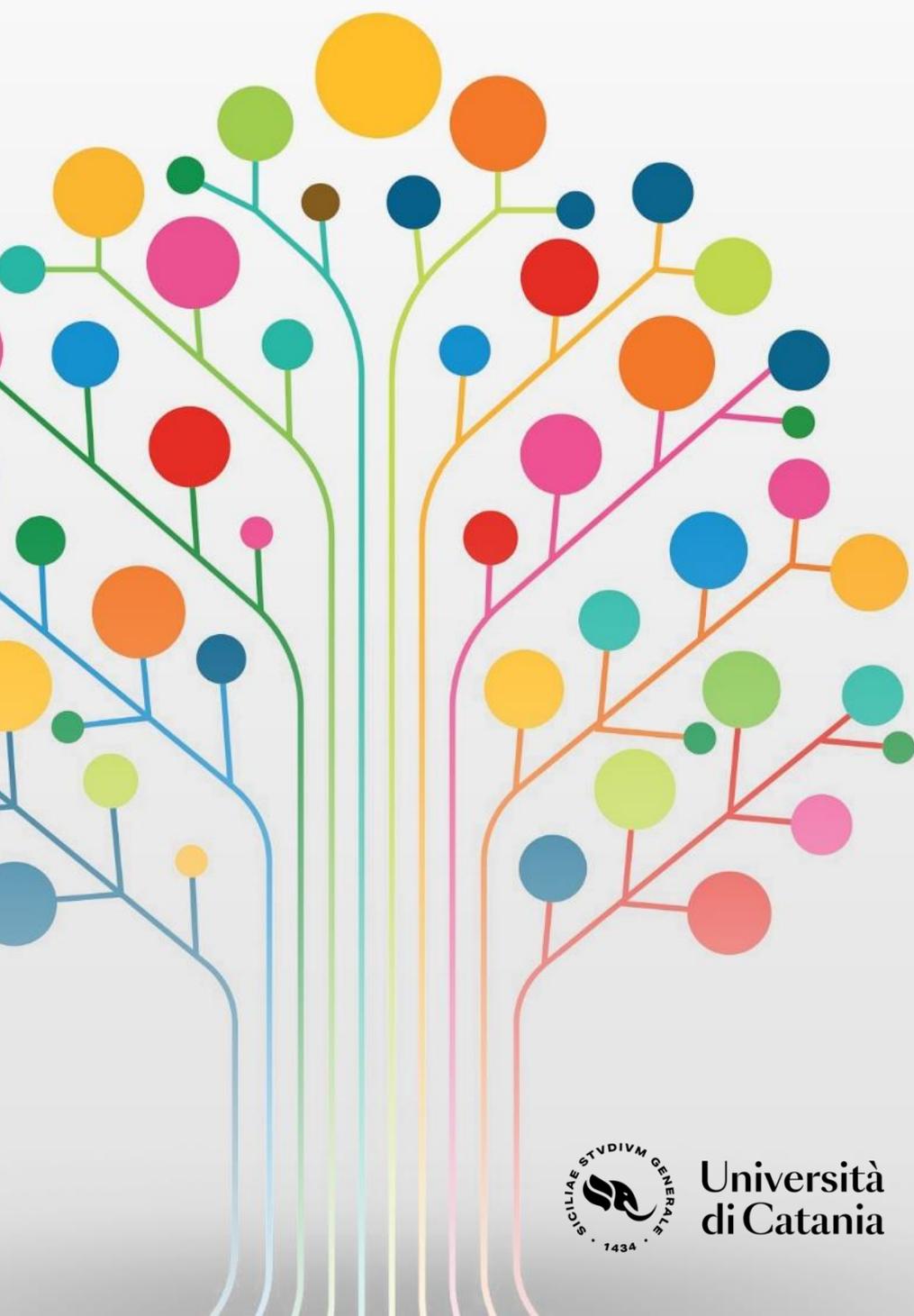


1/2015

# 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***

ADALBERTO PERULLI, Università “Ca’ Foscari” di Venezia

MARCO MARAZZA, Università di Roma “Universitas Mercatorum”

MICHELE DE LUCA, già Presidente della sezione lavoro della Corte Suprema di Cassazione

FRANCESCA MALZANI, Università di Brescia

ANNA FENOGLIO, Università di Torino

MARIAPAOLA AIMO, Università di Torino

ANGELA BRUNO, University of Malta

MARCO BIASI, Università “Ca’ Foscari” di Venezia

FRANCESCO D’AMURI, Banca d’Italia

CRISTINA GIORGIANTONIO, Banca d’Italia

CINZIA DE MARCO, Università di Palermo

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

FRANCO LISO, Università di Roma “La Sapienza”

LUISA CORAZZA, Università del Molise

ROBERTO VOZA, Università di Bari

EDOARDO ALES, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

ANNA ALAIMO, Università di Catania

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

GIUSEPPE BRONZINI, Corte di Cassazione - Sezione Lavoro

FRANCO SCARPELLI, Università di Milano-Bicocca

GIULIA FROSECCHI, Università di Firenze

ANTONIO VISCOMI, Università Magna Græcia di Catanzaro

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, Università di Roma “Sapienza”

PIETRO LAMBERTUCCI, Università de L’Aquila

## SOMMARIO

<b>Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?</b> Adalberto Perulli	1
<b>Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel <i>Jobs Act</i> (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)</b> Marco Marazza	23
<b>Un <i>grand arrêt</i> della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro <i>preariato scolastico statale</i>: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la <i>non applicazione</i> della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei <i>seguiti</i>)</b> Michele De Luca	41
<b>Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del <i>Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership</i> (TTIP)</b> Adalberto Perulli	62
<b>Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro</b> Francesca Malzani	95
<b>Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi <i>gender sensitive</i> degli interventi legislativi dell'ultimo triennio</b> Anna Fenoglio	117
<b>I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico</b> Mariapaola Aimò	150
<b>Measures to protect unlawfully dismissed employees. The Italian Legislative Model compared to the one in force in Malta</b> Angela Bruno	168
<b>Il salario minimo legale nel "<i>Jobs Act</i>": promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?</b> Marco Biasi	185
<b>Stato dell'arte e prospettive della contrattazione aziendale in Italia</b> Francesco D'Amuri - Cristina Giorgiantonio	208
<b>Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)</b> Cinzia De Marco	241

<b>Il salario minimo legale</b> Valerio Speciale	254
<b>Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto</b> Alessandro Garilli	268
<b>Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti</b> Stefano Giubboni	285
<b>La clausola di pace: variazioni sul tema</b> Franco Liso - Luisa Corazza	302
<b>Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore</b> Roberto Voza	316
<b>Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia</b> Edoardo Ales	330
<b>Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di <i>security</i> nel <i>Jobs Act</i> del Governo Renzi</b> Anna Alaimo	357
<b>Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio</b> Luigi de Angelis	374
<b>Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte</b> Giuseppe Bronzini	386
<b>Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e <i>nuovo</i> sistema sanzionatorio contro i licenziamenti <i>illegittimi</i>: tra legge delega e legge delegata</b> Michele De Luca	423
<b>La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015</b> Franco Scarpelli	451
<b>GDF Suez Transnational Collective Agreement on Health and Safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role</b> Giulia Frosecchi	463
<b>Lavoro e legalità: "settori a rischio" o "rischio di settore"? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione</b> Antonio Viscomi	495
<b>Il contratto aziendale in deroga</b> Giuseppe Santoro Passarelli	507
<b>Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a "distanza" tra <i>attualità</i> della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. <i>Jobs act</i>)</b> Pietro Lambertucci	521
<b>Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective</b> Edoardo Ales	535

## Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?\*

Adalberto Perulli

1. Il “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro autonomo economicamente dipendente.	2
2. La tesi della riconduzione della dipendenza economica nell’alveo della subordinazione: critica.	4
3. Dipendenza economica, subordinazione e “doppia alienità”: diversità strutturali e funzionali.	8
4. Lavoro autonomo economicamente dipendente e falso lavoro autonomo.	10
5. I caratteri socialtipici e normativi del lavoro autonomo economicamente dipendente.	11
6. Lavoro autonomo economicamente dipendente e impresa.	13
7. Una nuova disciplina per il lavoro autonomo economicamente dipendente.	15
7.1. La fattispecie.	15
7.2. Norme di tutela del rapporto di lavoro autonomo economicamente dipendente.	17
7.3. Norme di tutela del lavoratore autonomo economicamente dipendente sul mercato. Tutela del reddito, garanzie per le fasi di non lavoro, formazione.	19
7.4. Diritti collettivi.	20
8. Conclusioni.	21

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 235/2015

## 1. Il “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro autonomo economicamente dipendente.

La nuova riforma del mercato del lavoro delineata dalla legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. “Jobs Act”) prospetta il “superamento” dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (cfr. art. 1, co. 2, lett. b) punto 3) e art. 1, co. 7, lett. g), nell’ambito di un più generale disegno sistematico volto a razionalizzare e semplificare le discipline delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro - anche in vista, appunto, del “superamento” di talune di esse - nonché la previsione del contratto a tutele crescenti, intesa quale forma “comune” di contratto di lavoro. Tale prospettato superamento era già stato parzialmente preannunciato dal Ministro del lavoro Poletti nel suo intervento al Senato in sede di discussione del *Jobs Act*, laddove si avanza l’idea dell’eliminazione delle “forme meno utili e più precarizzanti quali il contratto di collaborazione a progetto. Naturalmente questa azione, che va estesa a tutte le forme contrattuali, dovrà tenere conto delle diverse finalità di ogni forma contrattuale anche in relazione alle effettive opzioni alternative che la nuova disciplina renderà disponibili”<sup>1</sup>. In seguito lo stesso Presidente del Consiglio Matteo Renzi, in un’intervista ad un quotidiano, aveva genericamente affermato di voler procedere alla soppressione dell’intero segmento del mercato del lavoro relativo al lavoro parasubordinato<sup>2</sup>.

La previsione del “superamento” delle collaborazioni coordinate e continuative, anche nella modalità a progetto, offre dunque al legislatore un’occasione storica per ripensare alla regolazione delle forme di lavoro autonomo caratterizzate dalla particolare situazione di “dipendenza economica” del prestatore. Lungo il *continuum* tra subordinazione e autonomia il lavoro “economicamente dipendente” rappresenta il punto focale in cui si condensa l’attenzione riformatrice dell’Unione europea, come testimonia il *Libro Verde* della Commissione europea sulla “modernizzazione del diritto del lavoro” riguardante proprio il lavoro economicamente dipendente<sup>3</sup>. Correttamente il documento della Commissione distingue il falso lavoro autonomo, da reprimere e ricondurre nell’alveo della subordinazione, dal lavoro autonomo “economicamente dipendente”, da promuovere in un quadro di nuove garanzie. Il medesimo approccio è stato proposto dal Comitato economico e sociale europeo (CESE) in due recenti pareri sul tema. Nel primo, relativo alle nuove tendenze del lavoro autonomo, il Comitato rileva come il fenomeno del lavoro economicamente dipendente debba essere chiaramente distinto dall’utilizzo, deliberatamente falso, della qualificazione di lavoro autonomo, mentre l’obiettivo dei legislatori nazionali è di contribuire a meglio tutelare queste categorie di lavoratori senza tuttavia assimilarle al lavoro subordinato<sup>4</sup>. In un successivo parere, dedicato espressamente all’abuso della qualificazione di lavoro autonomo, il Comitato ribadisce che il lavoro autonomo economicamente dipendente è un fenomeno fisiologico e “normale” del mercato del lavoro e

<sup>1</sup> G. Poletti, *Intervento del Ministro del lavoro al Senato il giorno 8 ottobre 2014, in sede di discussione del D.d-L. S. 1428*, in <http://www.senato.it>, p. 1 ss.

<sup>2</sup> “*Annuliamo cococo, cocopro e quella roba lì*”, intervista di M. Renzi a La Repubblica del 30 novembre 2014.

<sup>3</sup> Libro verde della Commissione, del 22 novembre 2006, dal titolo “Modernizzare il diritto del lavoro per affrontare le sfide del XXI secolo” (COM(2006) 708).

<sup>4</sup> Parere CESE 2011/C 18/08.

dell'economia, nell'ambito del quale si dovrebbe studiare il modo per far beneficiare questi prestatori di un sistema comune di tutele, anche dal punto di vista della sicurezza sociale e pensionistica, salute e sicurezza, formazione professionale; il CESE suggerisce inoltre agli Stati membri di individuare i settori particolarmente problematici e di fissare, tramite il dialogo sociale, delle tariffe minime orarie<sup>5</sup>.

È evidente come la tradizionale nozione italiana di “parasubordinazione” abbia risposto solo parzialmente alle esigenze regolative suggerite a livello europeo: scarse e inappropriate tutele di base, possibilità – nei fatti ampiamente realizzatesi – di un utilizzo improprio e strumentale dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella versione a progetto, per mascherare rapporti di lavoro subordinato. A tale scarsa razionalità regolativa si è accompagnato un crescendo normativo volto, dapprima, a contrastare le modalità di lavoro autonomo coordinato e continuativo mediante la loro forzata riconduzione alla nuova fattispecie di lavoro a progetto (riforma Biagi), in seguito ad irrigidire ulteriormente la fattispecie di lavoro a progetto con una serie di presunzioni che dissimulano una surrettizia strategia di modificazione per addizione della fattispecie di subordinazione (riforma Fornero).

L'effetto complessivo di questo accidentato percorso legislativo è quello di deprimere le potenzialità insite nello sviluppo di forme genuine di lavoro autonomo, benché “economicamente dipendente”<sup>6</sup>. In tal modo il legislatore non solo non è riuscito nell'intento di regolare efficacemente i mutamenti intercorsi nel mondo del lavoro autonomo con l'avvento del post-fordismo, ma si è spinto sulla strada fallace della valorizzazione tipologica di un elemento (il “progetto”) sprovvisto di ogni virtù identificativa della natura del rapporto, che veniva elevato a nuovo parametro per giudicare la genuinità delle forme di lavoro autonomo continuativo e coordinato.

Una recente, ma isolata, indagine dottrinale ha, invero, tentato di riconsiderare la materia fornendo una valutazione positiva della riforma, che avrebbe ammodernato la fattispecie di subordinazione prescindendo dal dato tipologico dell'eterodirezione, alla luce delle “trasformazioni intervenute dagli anni 40 ad oggi”<sup>7</sup>. Questa tesi non può certo essere accolta. La legge Fornero esprime un'errata postura culturale, che somma alla svalorizzazione del lavoro autonomo - cui corrisponde la coatta riconduzione a subordinazione di fattispecie non eterodirette - l'impiego di tecniche presuntive irrazionali, che alterano surrettiziamente il quadro sistematico del diritto del lavoro con una “modificazione di retroguardia”, per nulla aderente con le proposte di modifica della fattispecie di subordinazione avanzate in sede dottrinale<sup>8</sup>. In sostanza la legge Fornero ha accentuato i guasti di una disciplina che si fonda sul presupposto ideologico per cui “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nascenti dai più svariati contratti giusta la definizione

---

<sup>5</sup> Parere CESE 2013/C 161/03.

<sup>6</sup> Per una diversa valutazione dell'intera questione cfr. ora M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova, 2013, che rappresenta una delle poche voci a favore della riforma del 2012: il vantaggio della riforma Fornero, rappresentato dall'Autore, sarebbe quello di aver ricomposto la fattispecie di subordinazione attraverso l'identificazione del lavoro eterorganizzato, che si aggiunge a quello eterodiretto.

<sup>7</sup> M. Pallini, *op. cit.*, p. 174.

<sup>8</sup> Cfr. la condivisibile analisi di M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT -174/2013.

dell'art. 409, n. 3 c.p.c., siano fraudolenti e falsi e debbano quindi tutti scomparire dalla realtà sociale che invece fisiologicamente li richiede, e in misura crescente li richiederà<sup>9</sup>. Questa legislazione, basata su una serie di assunti dogmaticamente e tecnicamente errati, è frutto di un equivoco culturale che il *Jobs Act* potrebbe definitivamente superare con una scelta di politica del diritto salutare per il sistema, considerata l'involuzione che la disciplina del lavoro a progetto ha subito negli ultimi anni, producendo effetti molto negativi in termini di diffusione delle tipologie contrattuali autonome riconducibili alla dipendenza economica<sup>10</sup>.

## 2. La tesi della riconduzione della dipendenza economica nell'alveo della subordinazione: critica.

Tuttavia, la prospettiva del "superamento" delle collaborazioni coordinate e continuative, anche nella modalità a progetto, non può limitarsi all'abrogazione della previgente normativa, ma, come suggerito anche dagli organi e dalle istituzioni europee, deve farsi carico di fornire un quadro regolativo rinnovato, finalmente di stampo europeo, al fenomeno del lavoro autonomo "economicamente dipendente". È tempo di uscire dall'angusta prospettiva culturale - la sineddوحة giuslavoristica - che identifica il "lavoro per altri" con la subordinazione; è tempo di adottare una visione regolativa che non si limiti al solo lavoro salariato ma abbracci tutte le forme di "lavoro personale", affidando alla figura soggettiva del prestatore autonomo, e alle sue esigenze in termini di *capacitas*, la giustificazione dell'intervento normativo eteronomo funzionale a ristabilire un corretto rapporto tra "persona" e "mercato"<sup>11</sup>. Senza una riforma complessiva del lavoro autonomo economicamente dipendente, di matrice europea, si sommerebbero due fondamentali guasti: il primo relativo alla (dis)considerazione giuridica delle figure sociali di riferimento, che risulterebbero abbandonate alla pura e semplice regolazione commerciale, in controtendenza rispetto alle dinamiche del diritto dei contratti nella sua attuale versione costituzionalmente orientata<sup>12</sup>; il secondo attinente alle esigenze produttive di un sistema economico che esige prestazioni di lavoro autonomo fortemente integrate con l'impresa, specie nell'area degli *independent professionals* e dei *freelance*, in rapida crescita in tutta Europa<sup>13</sup>. Onde la riforma del *Jobs Act*, laddove si limitasse a bandire dal mercato del lavoro le diverse figure del lavoro autonomo economicamente dipendente contraddirebbe la stessa filosofia d'azione che ispira il legislatore delegato, interessato a rendere il sistema dei contratti di lavoro coerente "con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo"<sup>14</sup>. Del resto,

<sup>9</sup> M. Pedrazzoli, *Prefazione* a F. Martelloni, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012, p. 9.

<sup>10</sup> I dati di una ricerca condotta nella Regione del Veneto su dati INPS e Veneto Lavoro dimostrano una contrazione percentuale del 27% nel primo trimestre 2013 rispetto allo stesso trimestre dell'anno precedente; cfr. A. Perulli, A. Morato, *Monitoraggio sulla riforma del mercato del lavoro dal I trimestre 2010 al terzo trimestre 2014*, Università Ca' Foscari, dicembre 2014, p. 54.

<sup>11</sup> Cfr. S. Deakin, *Capacitas: Contract Law, capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in S. Deakin, A. Supiot (eds), *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 1 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. Vettori, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *European Review of Contract Law*, 2013, vol. 9, n. 3, p. 21 ss.; A. Nicolussi, *Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona*, in L. Nogler, U. Reifner, *Life Time Contracts*, Eleven, 2014, p. 123 ss.

<sup>13</sup> Cfr. P. Leighton e D. Brown, *Future Working: the Rise of Europe's Independent Professionals (iPros)*, Etip, 2013; J. Rapelli, *European I.Pros: a study*, Professional Contractors Group (PCG), UK.

<sup>14</sup> V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi, Seminari di Bertino, 23-24 ottobre 2014, p. 25 (del dattiloscritto).

anche i più scettici riconoscono che le collaborazioni coordinate e continuative non sempre nascondono una frode, e non possono essere semplicemente abolite quando si tratti di forme legittime di lavoro autonomo<sup>15</sup>, bensì ricollocate in una nuova prospettiva regolativa, finalmente sganciata dai numerosi preconcetti ideologici che hanno caratterizzato l'azione del legislatore in materia di lavoro autonomo dal 2003 sino ad oggi.

Sarebbe errato, invece, seguire diverse prospettazioni, pur autorevolmente avanzate, nel senso di una riconduzione della "dipendenza economica" nell'alveo della subordinazione. Anzitutto deve essere scongiurata l'idea di una meccanica trasposizione del lavoro autonomo economicamente dipendente nell'alveo della subordinazione. Si è scritto, a tal proposito, che la sorte del lavoro a progetto potrebbe consistere nell'assorbimento nella fattispecie del contratto a protezioni crescenti, secondo una linea di penalizzazione dell'istituto già emersa nella legge Fornero (n. 92/2012)<sup>16</sup>. Questa prospettiva non tiene conto delle strutturali divergenze che caratterizzano il lavoro autonomo economicamente dipendente rispetto alla fattispecie di subordinazione, finendo per riprodurre la semplicistica (e preconcetta) visione che impone di leggere l'universo delle prestazioni parasubordinate inforcando le lenti, parziali e distorsive, della frode e della dissimulazione. Ancor peggio è immaginare di modificare la disposizione di cui all'art. 69 bis del d. lgs. n. 276/2003 (introdotto dalla legge Fornero) con una presunzione di lavoro subordinato<sup>17</sup>. In tal caso sarebbe ricondotto nel sistema dell'art. 2094 c.c. non solo il lavoro a progetto instaurato senza l'individuazione di uno specifico progetto, quanto l'intero segmento del lavoro autonomo "a partita IVA" non rientrante nei requisiti posti dall'art. 69 bis (collaborazione inferiore agli 8 mesi nell'anno solare; compenso inferiore all'80% del reddito complessivo del titolare di partita Iva; definizione della c.d. committenza prevalente per la valutazione del compenso complessivamente percepito dal lavoratore; postazione fissa e strumenti di lavoro del committente). In questa prospettiva l'insensato effetto di attrazione del lavoro autonomo nell'ambito disciplinare della subordinazione si realizzerebbe in assenza di ogni vincolo di eteronomia (*rectius* di esercizio del potere direttivo da parte del committente), sul presupposto, del tutto errato, che la "dipendenza economica" sia sinonimo di subordinazione; una "subordinazione di ritorno, peggiorata dall'elusione degli obblighi datoriali"<sup>18</sup>. Anche questa prospettiva tradisce, in modo ancor più marchiano, l'errore invalso nella cultura giuridica dominante che tratta i lavoratori autonomi di seconda generazione come "lavoratori incompleti (atipici) e falsi autonomi, ibridi da confinare nell'universo dell'anomalia, finti come salariati e finti come freelance". È tempo, invece, di imboccare una diversa prospettiva, attenta alle narrazioni inascoltate dei consulenti del terziario e prendere sul serio il lavoro autonomo economicamente dipendente, per quello che è e per quello che può rappresentare per il nostro sistema socio-

---

<sup>15</sup> Così L. Mariucci, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in [www.epossibile.org](http://www.epossibile.org), 4 dicembre 2014.

<sup>16</sup> F. Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci, a cura di, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, 2014.

<sup>17</sup> V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi, Seminari di Bertino, 23-24 ottobre 2014, p. 24 (del dattiloscritto).

<sup>18</sup> P. Passaniti, *Le radici del particolarismo giuslavoristico novecentesco. La parabola storica dell'uomo subordinato*, in *Giornale dir. Lav. rel. ind.*, 2014, 1, p. 67.

economico, abbandonando i paradigmi consolidati che hanno sempre raffigurato “i lavoratori autonomi come dipendenti mancati, buttati fuori dall’impresa oppure sfruttato a loro insaputa”<sup>19</sup>.

Il medesimo costume mentale sembra caratterizzare una diversa e più definitiva proposta, che colloca direttamente il lavoro autonomo economicamente dipendente nell’alveo della fattispecie di subordinazione (art. 2094 c.c.) all’uopo rivista ed allargata per far spazio alle prestazioni parasubordinate. Si tratta di un’ipotesi che affonda idealmente le sue radici nel dibattito, risalente agli anni 80’ e ’90 del secolo scorso, sulla tendenza espansiva del diritto del lavoro e sulla necessità di ripensare la nozione di subordinazione per adeguarla al mutato contesto economico, produttivo ed organizzativo del post-fordismo. In quel periodo, una corrente avanzata della dottrina giuslavoristica si era cimentata, con soluzioni regolative anche sensibilmente diverse, al tema ambizioso di una revisione organica della fattispecie del diritto del lavoro nella direzione - scolpita da Giorgio Ghezzi in un indimenticabile scritto del 1996 - di una “possibile riunificazione (magari parziale, e certamente *in progress*) degli strumenti giuridici destinati a regolare l’insieme delle prestazioni di lavoro latamente intese e quindi le condizioni professionali, e per vari aspetti personali, di chi le compie”<sup>20</sup>. Negli anni successivi, tuttavia, il dibattito sulla rifondazione della fattispecie ha imboccato altre strade, che riflettono il punto di flessione subita dalla tendenza espansiva e dalla relativa aspirazione ad abbracciare la totalità delle situazioni di dipendenza, sia essa giuridica ed economica, sotto un unico ombrello protettivo; e si è giunti, con la legge Biagi, a progettare, invece del superamento della nozione di subordinazione a vantaggio di una più ampia e comprensiva tipologia di lavoro personale, basata su un’articolazione interna e su una batteria di tutele comuni, una diversa qualificazione del lavoro autonomo coordinato e continuativo, che veniva imperativamente ricondotto a “progetto”. Ora, la prospettiva *d’antant* sembra riemergere nel progetto di codice unificato del lavoro di Pietro Ichino, ma in un contesto normativo e sociale molto diverso da quello degli anni in cui Alleva e D’Antona formulavano, in quell’aureo libretto, le loro differenziate proposte. Un contesto, quello attuale, in cui la prospettiva della riunificazione risulta ampiamente falsata sia dalla progressiva erosione delle tutele che ha interessato il diritto del lavoro nel suo complesso, rendendo i relativi rapporti sempre più precari; sia dalla acquisita consapevolezza che il lavoro autonomo economicamente dipendente si colloca nell’ambito di quelle relazioni a “soggezione imperfetta”<sup>21</sup> le quali, caratterizzando il rapporto tra il prestatore e il suo partner privilegiato, richiedono un trattamento giuridico differenziato rispetto al lavoro subordinato: uno statuto normativo *ad hoc* che inizia dalla qualificazione della fattispecie e finisce nell’apprestamento di alcune tutele di base tanto sul fronte individuale quanto su quello collettivo.

Orbene, la proposta ricostitutiva di subordinazione e dipendenza formulata da Ichino è stata giudicata non coerente con l’impianto complessivo del *Jobs Act*, che guardando al sistema dei contratti di lavoro si prefigge l’adozione di un testo semplificato delle discipline delle tipologie

<sup>19</sup> S. Bologna, D. Banfi, *Vita da freelance. I lavoratori della conoscenza e il loro futuro*, Feltrinelli, Milano, 2011, rispettivamente pp. 138 e 128.

<sup>20</sup> G. Ghezzi, Introduzione generale alle otto proposte di legge, in G. Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, Roma, 1966, p. 67.

<sup>21</sup> Il termine risale a G. J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, LGDJ, 1986, p. 151 ss.

contrattuali e dei rapporti di lavoro “allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva”. In tal prospettiva, si opina, la revisione dovrebbe riguardare tutti contratti che sono strettamente connessi con l’accesso all’occupazione o alla flessibilità nel mercato del lavoro e non anche l’art. 2094 c.c., “la cui struttura generale non è direttamente connessa alle finalità individuate dalla delega”<sup>22</sup>. La tesi in esame non pare convincente. Infatti, la lettera a) dell’art. 7 dispone di “individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l’effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale ed internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali”. Riferendosi espressamente a tutte le tipologie contrattuali esistenti, il legislatore non può aver escluso l’art. 2094 c.c., che rappresenta la tipologia contrattuale di riferimento dell’intero diritto del lavoro e - come tale - non si pone certo al di fuori della dimensione dell’ “ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”. Inoltre la lettera b) dell’art. 7 si riferisce espressamente al contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, mentre la successiva lettera c) riguarda la previsione del contratto di lavoro “a tutele crescenti” in relazione all’anzianità di servizio, che, lungi dall’acquisire le fattezze normative del “contratto unico” (nelle sue molteplici declinazioni)<sup>23</sup>, costituisce null’altro, sotto il profilo tipologico, che la nuova tipologia base del diritto del lavoro. In sostanza, quindi, il legislatore delegato ben potrebbe, in ipotesi, modificare l’attuale art. 2094 c.c. al fine di ricomprendervi anche le situazioni di dipendenza economica, senza per ciò incorrere in alcun eccesso di delega.

In realtà il problema posto dalla prospettazione in esame è un altro, di matrice concettuale, e riporta l’analisi alla struttura normativa della subordinazione e dell’autonomia, intese come fattispecie oppostive benchè collegate da un ideale *continuum* e, sempre più spesso, percorse da tendenze osmotiche che ne contaminano i presupposti socialtipici, le dimensioni assiologiche e le caratteristiche giuridico-morfologiche. L’ipotetica riforma dell’art. 2094 c.c., sostenuta in particolare da Pietro Ichino<sup>24</sup>, finirebbe per dilatare a dismisura una neo-fattispecie di “subordinazione e dipendenza” (intesa, evidentemente, non come endiadi), accreditando una concezione di dipendenza economica concettualmente diversa da quella acquisita nel dibattito europeo. Nel codice semplificato del lavoro 3.0 (ultima versione del 19 marzo 2014) viene infatti formulata la seguente disposizione: “Articolo 2094 *Subordinazione e dipendenza*. 1. È prestatore di lavoro subordinato colui che si sia obbligato, dietro retribuzione, a svolgere per una azienda in modo continuativo una prestazione di lavoro personale soggetta al potere direttivo del creditore; 2. È prestatore di lavoro dipendente da un’azienda il lavoratore subordinato, nonché il lavoratore autonomo continuativo, l’associato lavoratore in partecipazione, o il socio lavoratore di società commerciale, che traggano più di tre quarti del proprio reddito di lavoro complessivo dal rapporto con l’azienda medesima, salvo che ricorra alternativamente uno dei seguenti requisiti:

<sup>22</sup> Così V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 22.

<sup>23</sup> Cfr. G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

<sup>24</sup> Cfr. il *Codice semplificato del lavoro*, consultabile in <http://www.pietroichino.it>

a) la retribuzione annua lorda annua percepita nell'ambito del rapporto dal collaboratore autonomo, dal socio o dall'associato in partecipazione superi i 18.000 euro; tale limite si dimezza per i primi due anni di esercizio dell'attività professionale;

b) il collaboratore autonomo, l'associato in partecipazione o il socio lavoratore sia iscritto a un albo o un ordine professionale incompatibile con la posizione di dipendenza dall'azienda". In questa proposta l'attuale fattispecie di subordinazione si sdoppia, acquisendo una duplice dimensione: la prima, grosso modo identica a quella tradizionale, identificata in base all'eterodirezione (assoggettamento al potere direttivo dell'imprenditore), la seconda comprensiva del lavoro autonomo continuativo, qualificata in base alla dipendenza (economica) del prestatore. In realtà, questa super-fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. confonde la "dipendenza personale" (quale criterio che, in astratto, può concorrere ad identificare il lavoro subordinato) con la "dipendenza economica", che non è un criterio impiegabile per qualificare forme di lavoro subordinato o *lato sensu* dipendente, ma costituisce criterio tipico di identificazione di talune forme di lavoro autonomo genuino caratterizzate da indici di dipendenza economica/finanziaria del prestatore rispetto al committente<sup>25</sup>, in sintonia con le scelte dei legislatori spagnolo<sup>26</sup>, tedesco<sup>27</sup>, e britannico<sup>28</sup>, nonché con gli orientamenti della Commissione europea<sup>29</sup>. Tant'è che, assai ambigualmente, la proposta di Ichino qualifica come lavoratore autonomo continuativo il soggetto "dipendente", creando una insanabile contraddizione tra fattispecie generale (intitolata *subordinazione e dipendenza*) ed il suo contenuto (comprendente sia il lavoro *subordinato* standard sia il lavoro *autonomo/dipendente*).

### 3. Dipendenza economica, subordinazione e "doppia alienità": diversità strutturali e funzionali.

La dipendenza economica, in quanto predicato dell'autonomia, non coincide, né equivale, alla dipendenza "personale" quale attributo della subordinazione; la prima non deve essere confusa, in particolare, con la nozione di dipendenza espressiva di uno status di subordinazione "allargata" secondo la nota sentenza della Corte costituzionale n. 30/1966, basata sulla nozione di "doppia alienità". Come è noto i criteri della doppia alienità esprimono un concetto di subordinazione "più pregnante e insieme qualitativamente diverso" rispetto a quello riferito all'eterodirezione, che coincide con una doppia alienità del prestatore: la prestazione è destinata a svolgersi in un contesto organizzativo altrui e in vista di un risultato di cui il titolare dell'organizzazione è legittimato ad appropriarsi direttamente. Quando è integrata da queste due condizioni la subordinazione "non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto", ma denota l'incorporazione della prestazione in una organizzazione sulla quale il lavoratore non ha alcun

<sup>25</sup> La tesi della subordinazione come dipendenza economica risale come è noto a P. Cuhe, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, in Rev. Crit., 1913, p. 423, ma è stata subito rifiutata dalla dottrina francese.

<sup>26</sup> Il legislatore spagnolo, con lo Statuto del lavoro autonomo, si è mosso in questa direzione, ricomprendendo in un unico testo legislativo tutte le forme del lavoro indipendente e dedicando un capitolo della legge al TRADE, lavoratore autonomo economicamente dipendente, cui attribuisce una serie di prerogative sinora non accordate a questa categoria di lavoratori.

<sup>27</sup> Come è noto la figura del prestatore come *arbeitnehmerähnliche Person* si differenzia da quella del lavoratore subordinato nella misura in cui, a differenza di quest'ultimo, è dipendente da un punto di vista economico e non personale, onde non è assoggettato alle direttive del datore: cfr. W. Grunsky, *Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar*, Munich, Verlag F. Vahlen, 1980; R. Wank *Arbeitnehmer und Selbständige*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988.

<sup>28</sup> Cfr. N. Countouris, *The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches*, in G. Casale (ed) *The Employment Relationship*, Hart Publishing-ILO, Oxford-Geneva, 2011, p. 43 ss.

<sup>29</sup> Cfr. A. Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Brussels, EC, 2003.

potere di controllo essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse giuridicamente tutelato. La dipendenza-subordinazione, intesa come doppia alienità, attiene interamente alla dimensione organizzativa in cui la prestazione si colloca, secondo criteri ricostruttivi che non si ritrovano affatto nella nozione di dipendenza economica, che guarda ad altri parametri, del tutto estrinseci a quelli organizzativi, relativi alla dimensione del prestatore sul mercato, alla sua dipendenza in termini economici dal committente, alla sua conseguente debolezza contrattuale (che infatti può sfociare in abuso della dipendenza economica).

Nella legislazione spagnola il lavoratore autonomo economicamente dipendente non è colui che soffre di una “doppia alienità”, riferita sia all’organizzazione dei mezzi di produzione sia al risultato del lavoro, in quanto, trattandosi di lavoratore autonomo, è un soggetto dotato di una struttura organizzativa propria, che sviluppa l’attività secondo criteri organizzativi non eterodiretti (pur senza pregiudizio delle possibili indicazioni tecniche che potrebbero venire dal cliente) e che detiene i mezzi di produzione, con disponibilità di infrastrutture produttive e di materiali di necessari all’esercizio dell’attività, indipendenti da quelli del committente<sup>30</sup>; onde lo stesso risultato della prestazione, in tal caso, non può dirsi appartenere originariamente al committente, secondo lo schema delle operae dedotte in subordinazione, ma appare – secondo lo schema dell’opus perfectum – il prodotto dell’attività economica/professionale del lavoratore indipendente. La normativa spagnola esemplifica quindi, limpidamente, la diversa accezione della “dipendenza” nelle due fattispecie considerate: mentre la dipendenza-subordinazione può essere giuridicamente raffigurata mediante lo schema concettuale della doppia alienità, quest’ultima non ricorre nella dipendenza economica quale attributo dell’autonomia, nella misura in cui il prestatore, realmente autonomo, non presenta le stigmate della subordinazione e mantiene integri gli elementi costitutivi tipici della locatio operis.

Un’ulteriore considerazione, parzialmente collegata con la prima, riguarda le “condizioni d’uso” della nozione di dipendenza economica: quest’ultima, almeno nei paesi europei che hanno impiegato questo concetto, non costituisce un criterio per identificare il contratto di lavoro subordinato, il quale resta identificato mediante altri criteri tecnico-giuridici (assoggettamento ad etero-direzione). Anche il lavoratore subordinato è “economicamente dipendente” dal datore di lavoro, ma la sua dipendenza economica è un effetto materiale ed extragiuridico della fattispecie di subordinazione, mentre nel caso dei sistemi che regolano il lavoro autonomo economicamente dipendente la dipendenza economica diventa elemento costitutivo della fattispecie.

Infine, il lavoro autonomo economicamente dipendente non costituisce un *tertium genus* tra subordinazione e autonomia. È tempo di uscire da questa prospettiva distorsiva che ha caratterizzato buona parte della riflessione dottrinale sulle possibili riconfigurazioni del campo materiale di applicazione del diritto del lavoro. Attraverso la nozione del lavoro autonomo economicamente dipendente non si intende quindi rappresentare – come pure spesso si usa dire – una “zona grigia” indistinta che si colloca tipologicamente tra subordinazione e autonomia, ma definire un’area di continenza transtipica ma collocata al di fuori dei confini della subordinazione. Questa opzione concettuale è chiarissima nello Statuto spagnolo, che affronta sistematicamente la materia del lavoro autonomo dedicando una parte della normativa al TRADE. È quindi opportuno che il Jobs

---

<sup>30</sup> Cfr. da ultimo J. Cruz Villalon, *Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*, in *Diritto lavoro mercati*, 2013, p. 287 ss.

Act superi le ambiguità presenti nell'esperienza tedesca sulla nozione di *Arbaitenemeranlikeperson* ("persona simile al lavoratore subordinato"), e in quella italiana del lavoro parasubordinato, benchè la giurisprudenza abbia sempre affermato che tale nozione rileva nell'ambito del lavoro autonomo ed ha valenza processuale e non sostanziale.

Da quanto sin qui esposto si comprende chiaramente l'errore di prospettiva che si corre nel ricondurre il lavoro autonomo dipendente economicamente nell'alveo della subordinazione. La subordinazione, concetto sempre più articolato e discreto quanto a standard di tutela, è anche sempre meno scientifico e capace di offrire una solida base di riferimento alla complessità delle forme in cui viene dedotta un'attività lavorativa, che non a caso induce la migliore dottrina a proporre, invece di neo-concettualizzazioni olistiche, un nuovo paradigma analitico basato sulla nozione di "relazioni personali di lavoro", in cui, cioè, è implicata la persona a prescindere dalla qualificazione in termini di subordinazione o di autonomia. Al punto che la prospettiva olistica, che vorrebbe estendere l'ambito di applicazione delle tutele giuslavoristiche al lavoro autonomo economicamente dipendente, viene oggi percepita non come tendenza espansiva del diritto del lavoro, ma in termini di "delegittimazione del diritto del lavoro"<sup>31</sup>.

#### 4. Lavoro autonomo economicamente dipendente e falso lavoro autonomo.

Tutte le proposte sin qui analizzate, in quanto volte ad assimilare il lavoro autonomo economicamente dipendente alla subordinazione, devono essere criticate in radice, nei loro presupposti culturali prima che tecnico-giuridici, giacchè non rispondono alla "trasformazione antropologica" del lavoro autonomo di nuova generazione, né riconoscono il suo anelito "libertario", e traducono il patrimonio della società fordista in abiti normativi che rispecchiano la retorica sulle false partite Iva, da riportarsi "nel loro alveo naturale, quello delle relazioni di lavoro dipendente"; non rispettando, di tal guisa, "la natura del lavoro autonomo e le nuove forme di coalizione che si vanno formando in questi anni per rappresentare le reali istanze delle partite Iva"<sup>32</sup>. La questione deve quindi essere posta altrimenti, e riguarda essenzialmente il rapporto tra il lavoro autonomo economicamente dipendente ed il falso lavoro autonomo. Quando parliamo di lavoro autonomo economicamente dipendente non parliamo di falso lavoro autonomo. La constatazione sembra banale e scontata, ma non lo è affatto. È essenziale tenere nettamente distinta questa figura dal falso lavoro autonomo giacchè nel nostro caso non ci troviamo di fronte ad un uso fraudolento della contrattazione, quanto ad una realtà socialtipica irriducibile alla modalità classica del lavoro autonomo espressa da un soggetto titolare di un'attività esercitata in piena autonomia economica, id est "working for many person and therefore employed by or dependent on no one person"<sup>33</sup>. Molto spesso la questione del falso lavoro autonomo (o dell'utilizzo di forme di lavoro autonomo per mascherare rapporti di lavoro subordinato, al fine di risparmiare sui costi economici e contributivi) ha pesantemente influenzato le scelte del legislatore, sovrapponendo il tema della dipendenza economica nel lavoro autonomo ed il problema del falso lavoro autonomo. Questo è accaduto in sistemi che hanno conosciuto una forte espansione del lavoro indipendente, come la Germania post-unificazione, dove molto si è discusso sulla "autonomia apparente" e sulle

<sup>31</sup> Cfr. nella dottrina europa M. Weiss, *Re-Inventing Labour Law?*, in G. Davidov & B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford, 2011, p. 48.

<sup>32</sup> Cfr. S. Bologna, D. Banfi, op. cit., p. 128 s.

<sup>33</sup> M. Freedland and N. Kountouris, *The Legal Characterization of Personal Work Relation and the Idea of Labour Law*, p. 201, e Id. *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, 2011.

modalità per incrementare la “vera autonomia”; ma anche in Italia il legislatore si è preoccupato di reprimere le forme fraudolente di lavoro autonomo piuttosto che di fornire un quadro regolativo e promozionale delle prestazioni personali di lavoro indipendenti, sul presupposto che i relativi contratti costituissero in gran parte lavoro subordinato mascherato. In realtà le deviazioni fraudolente, che pur vi sono, devono essere contrastate e corrette in altro modo, con l’applicazione di un apparato efficiente di ispezioni sul lavoro e la riqualificazione giudiziale dei rapporti. Riportare la dipendenza economica (quale predicato dell’autonomia) dentro la subordinazione è quindi errato concettualmente. Che poi, di fatto, le modificazioni apportate dal Jobs Act alla tassonomia legale delle prestazioni personali di lavoro possano condurre le dinamiche del mercato del lavoro verso una sorta di parziale reflusso di alcune forme di lavoro autonomo economicamente dipendente (come il lavoro a progetto) nell’ambito della nuova forma standard di lavoro subordinato (il contratto di lavoro a tutele crescenti) sarà questione, appunto, di fatto, da monitorare ed analizzare per comprendere anche la dimensione socio-economica del fenomeno. Sul piano strettamente giuridico, invece, è opportuno tener ferma la barra della qualificazione del lavoro autonomo economicamente dipendente nell’ampio sistema della *locatio operis*, evitando errate sovrapposizioni.

#### 5. I caratteri socialtipici e normativi del lavoro autonomo economicamente dipendente.

La nozione di “dipendenza economica” dovrebbe rappresentare, quindi, il fulcro della nuova regolazione dei rapporti di lavoro autonomo caratterizzati da una situazione di totale o prevalente monocommittenza, cui spesso si accompagna una marcata debolezza contrattuale del prestatore, tale da creare i presupposti di ciò che la dottrina tedesca chiama *Existenzgrundlage*<sup>34</sup>. La dipendenza economica segnala infatti l’esistenza di una relazione contrattuale caratterizzata dalla dipendenza del lavoratore da un cliente/committente privilegiato o unico, dal quale ritrae la maggior parte del proprio reddito: così è previsto dalla legislazione spagnola, che richiede la percezione di almeno il 75% dei propri redditi da lavoro da parte dell’impresa committente per la quale il prestatore lavora in misura prevalente; e così dispone quella tedesca, che tuttavia nella sezione quarta del paragrafo 7 del *Sozialgesetzbuch* (SGB) appresta una serie di indicatori presuntivi di dipendenza economica. Quando la continuità del rapporto si coniuga ad una esclusiva o assolutamente prevalente destinazione dell’attività a vantaggio di un solo committente, con esclusione della natura imprenditoriale dell’attività esercitata, viene a determinarsi quella tipica “distorsione monopsonistica” che si configura allorquando da un rapporto contrattuale una delle parti trae continuativamente l’intero reddito o la parte prevalente di esso, con conseguente riduzione della concreta possibilità di reperire sul mercato adeguate alternative ed esclusione di una connotazione in senso tipicamente autonomo/imprenditoriale della relativa attività. Una condizione di esposizione del contraente “dipendente” all’altrui *leverage* monopolistico che non garantisce al prestatore di agire sul mercato con i tratti di libertà (per esempio nella scelta dei clienti) che dovrebbe caratterizzare l’agire “senza vincolo di subordinazione” (art. 2222 c.c.). Donde la presenza di un “bisogno di protezione sociale” analogo a quello del lavoratore subordinato, non a caso definito espressamente dal legislatore tedesco - con riferimento alla dipendenza economica del lavoratore parasubordinato - come *soziale Schutzbedürftigkeit*.

<sup>34</sup> R. Wank, *op. cit.*

Il lavoro autonomo economicamente dipendente rappresenta un “ponte” tra i mercati interni ed i mercati esterni del lavoro – o, se si vuole, tra strategie di internalizzazione e di outsourcing – ascrivibile a quelle che in letteratura economica sono chiamate “relazioni collaborative di tipo integrativo”: configurabili come una delle forme intermedie tra il “mercato” e la “gerarchia” poiché il prestatore – anche se formalmente indipendente e soggetto di una relazione di mercato – viene funzionalmente “inserito” all’interno della struttura organizzativa (e nel progetto produttivo) altrui, quasi si trattasse di una relazione cooperativa interna all’impresa. Invece di contrastare questo fenomeno il legislatore dovrebbe fornire un quadro semplificato ma efficace di regole, sulla falsariga di quanto avvenuto in altri sistemi europei che hanno giuridificato la nozione di dipendenza economica. Questi rapporti caratterizzati da committenza ristretta, o vera e propria monocommittenza, rappresentano la dimensione peculiare del lavoro autonomo economicamente dipendente nel sistema tedesco: i lavoratori “simil-dipendenti”, oltre ad essere caratterizzati dall’assunzione volontaria del rischio d’impresa, non sono *persönlich abhängig*, né *weisungsgebunden*, cioè non si identificano per la dipendenza personale né per l’assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (ed al suo potere disciplinare), bensì per il carattere della “dipendenza economica”, il cui criterio legale di accertamento si incentra sul lavoro “svolto prevalentemente per una persona” (par.12a TVG). La dipendenza economica, così intesa, può essere individuata sia attraverso un criterio temporale (dove la questione: per quante ore, giorni, settimane, mesi il lavoratore deve prestare la propria attività per una sola persona affinché detta attività sia qualificabile come economicamente dipendente?), sia in termini di remunerazione (dove la questione: quanto deve essere consistente la parte di compenso che il lavoratore riceve dall’unico committente per poter essere considerato *arbeitnehmerähnlich*?). Nel diritto tedesco il legislatore ha privilegiato il criterio della remunerazione: in sostanza, è lavoratore economicamente dipendente chi ricava, in media, almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente; a tal fine non viene presa in considerazione l’entità del patrimonio privato. Il terzo comma del disposto, riferito ad un gruppo particolare di lavoratori, segue anch’esso lo stesso criterio, richiedendo che artisti, scrittori e giornalisti dipendano per 1/3 del loro guadagno totale da un solo soggetto. La ratio che informa la scelta legislativa appare evidente: il bisogno di protezione sociale e, di conseguenza, la spinta estensiva di alcune tutele tipiche del lavoro subordinato, è condizionato al fatto che il lavoratore tragga dal proprio lavoro la fonte fondamentale del suo mantenimento, ossia che il lavoro prestato prevalentemente per l’unico committente costituisca la sua “base dell’esistenza” (“Existenzgrundlage”).

Criteri analoghi sono in uso nel sistema francese, ove assume rilievo preminente al fine di misurare il grado di dipendenza economica la quantità di reddito percepito in base al contratto. In mancanza di soglie fissate *ex lege*, la cifra di affari realizzata viene rimessa all’apprezzamento del giudice: “*dés lors que l’essentiel de ses revenus professionnels proviendra du meme cocontractant, il y aura lieu de considerer qu’il se trouve en situation de dépendance économique*”<sup>35</sup>. Una situazione, questa, implicitamente assunta dal legislatore come ricorrente qualora sussistano le condizioni di esclusività o quasi esclusività di cui all’art. L 781-1-2 del *code du travail*, che valorizza il rapporto del prestatore-gerente con “*une seule entreprise industrielle ou commerciale*” che impone condizioni e prezzo di vendita.

<sup>35</sup> G. J. Virassamy, *op. cit.*

Ma è la Spagna ad aver dimostrato, più di ogni altro paese europeo, una particolare sensibilità per questo tema; un'attenzione che è sfociata in un importante intervento legislativo, lo "Statuto del lavoro autonomo" (l. 11 luglio 2007, n. 20), che prospetta in modo sistematico e coerente una regolazione delle forme del lavoro non subordinato e risponde in particolare ai problemi sociali sollevati dalla crescita del nuovo lavoro autonomo di nuova generazione. Lo Statuto spagnolo presenta dei pregi indubbi, ma anche qualche vistoso problema, che il legislatore ha dovuto affrontare con una successiva riforma compiuta sul finire del 2011 (L. 10 ottobre 2011, n. 36). Il pregio principale della legge spagnola concerne la postura culturale, che guarda al lavoro autonomo in modo ampio e sistematico, offrendo al *TRADE* alcune tutele specifiche, senza confonderlo con il lavoratore subordinato. Il difetto principale riguarda lo status del *TRADE*, fondato su una manifestazione di volontà che deve risultare dal contratto e dalla successiva registrazione presso l'amministrazione (art. 12 della l. n. 20/2007). In realtà la qualifica di lavoratore autonomo economicamente dipendente, una volta definita nei suoi tratti caratterizzanti dalla legge, dovrebbe essere "oggettiva" e prescindere da opzioni soggettivistiche, consentendo al giudice di riqualificare come *TRADE* anche il soggetto che non ha dichiarato di esserlo. Su questo punto si è acceso un dibattito che interessa al contempo la dottrina e la giurisprudenza spagnola, sfociato nelle pronunce del *Tribunal Supremo* secondo il quale la formalità della stipula per iscritto e successiva registrazione è un requisito *ad probationem* e non *ad substantiam*, mentre è essenziale che il prestatore comunichi al committente la sua condizione di dipendenza economica al fine della validità del contratto in esame. Contestualmente la legge di riforma n. 36/2011 ha risolto i principali nodi interpretativi facendo prevalere una visione sostanzialistica in virtù della quale in nessun caso l'assenza di forma scritta può inficiare la validità del contratto, senza pregiudizio per l'eventuale qualificazione alla stregua di *TRADE*. A tali profili problematici si aggiungono le rigidità poste dai requisiti di legge per la stipula di un contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente, che secondo la migliore analisi dottrinale sono alla base della modesta diffusione dello schema normativo del *TRADE*, a vantaggio di altri schemi contrattuali retti da norme civilistiche, commercialistiche o amministrativistiche, che di fatto si sostituiscono alle previsioni dello Statuto<sup>36</sup>. La disciplina spagnola dovrebbe essere rivisitata, infine, anche sotto il profilo dei contenuti, perché somministra tutele molto simili a quelle tipiche del lavoro subordinato: una prospettiva solo in parte corretta, giacché tende di fatto a riprodurre una logica di estensione selettiva di tutele che ricorda molto da vicino la tradizionale tendenza espansiva del diritto del lavoro.

## 6. Lavoro autonomo economicamente dipendente e impresa.

Sotto il profilo strettamente giuridico, il tema del lavoro economicamente dipendente incrocia fatalmente un'altra questione di fondo, che riguarda l'intersezione disciplinare tra diritto del lavoro, diritto civile e diritto commerciale. La questione può essere sintetizzata (e semplificata) nella seguente domanda: quando parliamo di lavoro autonomo economicamente dipendente ci riferiamo al lavoro individuale di una persona fisica o dobbiamo comprendere anche l'attività d'impresa, in particolare la micro-impresa individuale? In effetti, la dipendenza economica è un concetto ampio, che riguarda anche il rapporto tra imprese nell'ambito di una regolazione di matrice civilistica e giuscommercialistica: basti pensare all'abuso di "dipendenza economica" nel diritto della concorrenza, collocato nel sistema giuridico italiano nell'ambito della disciplina dei

<sup>36</sup> Cfr. J. Cruz-Villalon, op. cit., p. 294.

rapporti di subfornitura industriale (art. 9 l. n. 192/1998). Se analizziamo l'esperienza dei sistemi giuridici europei ci accorgiamo che già sul piano definitorio sorgono, su questa specifica questione, problemi di coerenza normativa. Infatti conosciamo sistemi che trattano forme di dipendenza economica a prescindere dalla natura imprenditoriale o meno dell'attività esercitata: per esempio la Francia applica la parte pressoché totale del diritto del lavoro subordinato (*Code du Travail*) a soggetti tipicamente imprenditoriali (per esempio i c.d. gerenti non salariati) che possono avere anche molti dipendenti, una struttura organizzativa di mezzi, ed esercitare l'attività addirittura in forma societaria. Si creano quindi figure ibride a statuto misto, lavoratori autonomi trattati come imprenditori nei rapporti che riguardano le modalità commerciali di gestione delle succursali (le stesse controversie tra il lavoratore autonomo e l'impresa sono trattate dai tribunali commerciali), e come lavoratori subordinati nei rapporti con il committente che abbiano ad oggetto le condizioni prestatorie. Anche la legislazione inglese estende alcune tutele di base (segnatamente in materia di salute e sicurezza) a lavoratori autonomi-imprenditori denominati "imprenditori dipendenti", mentre riserva una quota maggiore di tutele ai c.d. "workers", lavoratori indipendenti che svolgono personalmente la prestazione. Il tratto della personalità nella prestazione, che dovrebbe escludere quindi l'esistenza di un'impresa in senso tecnico, è presente nella legislazione italiana (art. 409, n. 3, c.p.c.) come in quella tedesca (l'art. 12 *TVG* afferma che l'opera o il servizio deve essere fornita personalmente senza la collaborazione di altri prestatori di lavoro), nonché nello Statuto del lavoro autonomo spagnolo, laddove espressamente il lavoratore autonomo economicamente dipendente (*TRADE*) esegue un'attività economica o professionale in maniera abituale e personale, con espressa esclusione della forma di società commerciale o civile.

L'esperienza comparata dimostra come il tormentato rapporto tra lavoro autonomo e impresa, oggetto di risalente interesse da parte della dottrina giuscommercialistica, è tutto da rivisitare in quanto "la distinzione tra lavoro autonomo e piccolo imprenditore è vieppiù evanescente"<sup>37</sup>. La piccola o micro impresa (art. 2083 c.c.) ha subito in questi anni un progressivo avvicinamento alla dimensione giuridicamente frammentata, ma ricomponibile concettualmente, del "lavoro personale", teorizzato come "capitalismo personale" o "molecolare" da sociologici come Bonomi e Rullani<sup>38</sup>, e giuridicamente riconducibile alle figure del "*personal work nexus*" teorizzate da Kountouris e Freedland, che ricomprendono nella loro neo-tassonomia del lavoro anche le *personal work relations of individual entrepreneurial workers*<sup>39</sup>. Vero è che la fattispecie-impresa esprime un crescente bisogno di quella protezione sociale storicamente imputabile al lavoratore subordinato: il piccolo imprenditore si caratterizza sempre più come "lavoratore", portatore di "interessi anche non economici e bisogni esistenziali e umani", quali "realizzare la propria personalità e garantirsi un reddito stabile e sufficiente"<sup>40</sup>; e ciò rende plausibile, ed anzi necessario, riguardare a queste figure micro-imprenditoriali anche da un punto di vista

<sup>37</sup> P. Montalenti, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in RTDPC, 2012, p. 390.

<sup>38</sup> *Il capitalismo personale. Vite al lavoro*, Einaudi, Torino, 2005.

<sup>39</sup> Cfr. M. Freedland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*, 2007, No. 1-2, p. 3 ss.

<sup>40</sup> O. Razzolini, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 4.

giuslavoristico<sup>41</sup>. Tuttavia permangono ostacoli normativi ad assimilare il piccolo imprenditore al lavoratore autonomo. L'impresa, anche se piccola, è caratterizzata da una serie di requisiti generali, tra i quali quello dell'organizzazione, che devono essere necessariamente presenti in tutte le sue declinazioni (o sottospecie); così l'art. 2083 c.c., nel definire il piccolo imprenditore, esige che l'attività di quest'ultimo sia prevalente in confronto degli altri fattori produttivi, imponendo la presenza di una certa modalità organizzativa che rientra nel requisito generale dell'art. 2082 c.c. Sino a quando questi dati normativi permarranno, l'assimilazione tra le figure del lavoro autonomo e della piccola impresa dovranno rimanere distinte sul piano *strutturale*. Ciò non toglie che sul piano *funzionale* le categorie concettuali in esame possano essere riaggregate attorno alla nozione di *lavoro personale* (o *prevalentemente personale*) presente nelle molteplici fattispecie che attengono alla sfera dell'attività professionale (art. 2222 c.c., 2083 c.c., 409 n. 3 c.p.c.), secondo una prospettiva aderente con la speculare tendenza, già presente nel codice civile, a rappresentare il lavoro in qualsiasi forma (art. 2060 c.c.), come "esercizio professionale delle attività economiche" (art. 2062 c.c.) in regime di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), di cui la stessa Costituzione, con norma da rileggersi secondo la sensibilità sociale attuale, si rivolge in funzione protettiva (art. 35 Cost.); e su questa base riarticolare i sistemi di tutela del lavoro, processuale e sostanziale, a prescindere dal tipo contrattuale con cui l'attività viene dedotta in obbligazione, nonché dello status (eventualmente, anche imprenditoriale) del prestatore. La nozione di dipendenza economica può rappresentare, sotto questo profilo, l'elemento transtipico aggregante che giustifica, sul piano funzionale, la predisposizione di un set di tutele ad hoc (e non per una meccanica trasposizione, su questo terreno, degli istituti propri del diritto del).

## 7. Una nuova disciplina per il lavoro autonomo economicamente dipendente.

La riforma suggerita dal *Jobs Act* dovrebbe articolarsi in alcuni nuclei normativi di base, al fine di costruire una disciplina compiuta del lavoro autonomo economicamente dipendente: A. definizione della fattispecie; B. norme riguardanti il rapporto di lavoro con il committente; C. norme di tutela del lavoratore autonomo economicamente dipendente sul mercato; D. prestazioni previdenziali; E. norme a carattere collettivo-sindacale.

### 7.1. La fattispecie.

Trattandosi di rapporti contrattuali aventi ad oggetto un *facere* entro le coordinate normative della *locatio operis*, la prestazione di lavoro autonomo economicamente dipendente deve caratterizzarsi per rigorosi requisiti di autonomia, responsabilità e assunzione di rischio. Quanto alla definizione della fattispecie del lavoro autonomo economicamente dipendente, è quindi opportuno rivisitare i connotati della prestazione d'opera di cui all'art. 409 c.p.c., eliminando il requisito più ambiguo presente in tale nozione, vale a dire il coordinamento. Nella dottrina sulla parasubordinazione il coordinamento esprime una sorta di "assoggettamento debole" alla direzione del creditore della prestazione, concettualmente distinto dal coordinamento spaziale e temporale quale elemento tipico essenziale della fattispecie di subordinazione. Tuttavia il

<sup>41</sup> Cfr. già A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1996, p. 227, ove si teorizza la "deriva" del pensiero giuslavoristico incentrato sulla subordinazione, e la necessità per il diritto del lavoro di appropriarsi del lavoro autonomo, estendendo selettivamente tutele essenziali non giustificabili in astratto esclusivamente nell'ottica della subordinazione tradizionale.

concetto fatica a distinguersi dal coordinamento della prestazione di lavoro giuridicamente subordinato: anche nell'accezione qualitativamente (e non quantitativamente) distinta dall'eterodirezione, la coordinazione non sembra dotata di sufficiente precisione e affidabilità per discernere rapporti di lavoro subordinato e rapporti di lavoro autonomo funzionalmente integrati nel ciclo produttivo dell'impresa. Non a caso il concetto di coordinamento, di per sé equivoco ed evanescente, non esiste in alcuno degli ordinamenti giuridici che conoscono le fattispecie di subordinazione e di autonomia, incardinando i relativi parametri normativi su relazioni gerarchiche da una parte, e di mercato, dall'altra. È necessario quindi ritornare, in punto di requisiti tipologici, alla distinzione tra eterodirezione, che pur nella varietà di manifestazioni fenomenologiche continua a connotare la subordinazione, ed autonomia nella determinazione delle condizioni di esecuzione dell'opera o servizio, secondo i dettami dell'art. 2222 c.c. Se in costanza di un rapporto di lavoro autonomo si manifestano forme di coordinamento del committente nei confronti del prestatore, delle due l'una: se si tratta del normale coordinamento tra debitore e creditore derivante dal programma negoziale in cui viene predeterminata l'opera o il servizio richiesto (cfr. art. 2224 c.c.), ovvero se il coordinamento assume le tipizzate forme di funzionalizzazione della prestazione all'*utilitas* del creditore (ad es. sotto forma di "istruzioni": artt. 1711, co. 2, c.c., 1739, co. 1, c.c., 1746, co. 2, c.c.), il rapporto di lavoro autonomo economicamente dipendente esprime una genuina transazione di mercato; viceversa, laddove il coordinamento scivoli nell'assoggettamento al potere direttivo, la dipendenza economica tenderà a mascherare una situazione di gerarchia, onde il rapporto andrà riqualificato in termini di subordinazione.

È evidente che l'eliminazione del requisito del coordinamento per l'identificazione delle forme di lavoro autonomo economicamente dipendente dovrebbe comportare, quale naturale effetto sistematico, una relativa espansione della fattispecie di subordinazione: nella misura in cui non è più ammissibile collocare nell'alveo dell'autonomia relazioni caratterizzate dal potere di coordinamento del creditore, è invece ammissibile che quelle relazioni vengano qualificate nei termini della subordinazione. In tal prospettiva il potere direttivo potrà esprimersi anche in termini programmatici e non necessariamente attraverso ordini continui e puntuali, secondo una superata visione "fordista" della subordinazione gerarchica. In sostanza, l'eliminazione del requisito del coordinamento come criterio del lavoro autonomo dipendente autorizza, di converso, ai fini discretivi, ad apprezzare il potere direttivo nella sua dimensione di intensità variabile, morfologicamente instabile, ma comunque percepibile sul piano del dover essere normativo<sup>42</sup>.

Come è noto, il contratto d'opera è stato concepito come contratto *spot*, per la realizzazione di una singola opera o servizio. Su questa struttura logico-giuridica il requisito della continuità di cui all'art. 409 c.p.c. ha innestato un elemento spurio di durata, che in quanto riferibile alla reiterazione di opera si giustifica nella logica dell'art. 2222 c.c., mentre, laddove sia riferito alla prestazione in sé e per sé considerata, connota il lavoro autonomo continuativo in una prospettiva relazionale di lungo termine. Non sembra quindi necessario eliminare il requisito della continuità, che deve anzi essere preservato per consentire la sussunzione nell'ambito del lavoro autonomo economicamente dipendente dei *long-term contracts* caratterizzati dalla concatenazione di successive prestazioni le quali, in base ad elementi negoziali predeterminati

---

<sup>42</sup> A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 346.

dalle parti, sono volte alla realizzazione dell'interesse complessivo e globale dell'altra parte. Diversamente dal coordinamento, del resto, la continuità non è in alcun modo espressione di subordinazione, anche se riferita alla prestazione e non al tempo necessario per la realizzazione dell'*opus* o servizio, e quindi come continuità in senso atecnico, rilevando ai fini qualificatori il profilo causale del contratto<sup>43</sup>.

Cio' posto, la nuova normativa dovrebbe contemplare i criteri della dipendenza economica, con una norma dal seguente tenore: *"1. La presente legge si applica alle persone fisiche che esercitano in forma abituale, personale o prevalentemente personale, diretta, per conto proprio ed al di fuori dell'ambito di direzione ed organizzazione altrui, un'attività economica o professionale a titolo oneroso, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, a prescindere dal nomen iuris del contratto stipulato e compatibilmente con la disciplina particolare del rapporto contenuta nel codice civile o nelle leggi speciali che lo regolano. 2. Integra i requisiti della dipendenza economica la persona fisica di cui al comma precedente che svolga un'attività economica o professionale a titolo oneroso a favore di un committente dal quale derivi almeno il 75% dell'ammontare complessivo dei compensi annui percepiti, senza avere alle proprie dipendenze lavoratori subordinati, con una organizzazione a proprio rischio e al di fuori dell'ambito di direzione e organizzazione del committente. Il prestatore dovrà comunicare per iscritto al committente la propria condizione di dipendenza economica al momento della stipula del contratto o nel corso dello svolgimento del rapporto producendo idonea certificazione attestante i compensi percepiti, nonché dovrà comunicare le variazioni di detta condizione che si siano determinate durante la vigenza del contratto. 3. A titolo esemplificativo si considerano espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione di questa legge i seguenti soggetti che rispettino i requisiti di cui ai commi precedenti: piccoli imprenditori, intendendosi per tali i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia; esercenti una libera professione indipendentemente dall'iscrizione ad un albo o elenco ex art. 2229 c.c. o ad una associazione professionale ex art. 2, l. n. 4/2013; gli agenti, i rappresentanti, e coloro che esercitano un'attività riconducibile alle tipologie contrattuali tipiche di lavoro autonomo di cui ai libri IV° e V° del codice civile, nonché alle forme atipiche di lavoro autonomo che hanno ad oggetto un'attività personale o prevalentemente personale resa senza vincolo di subordinazione a favore di terzi; gli associati in partecipazione il cui apporto consista nel lavoro proprio".*

La stipula dei contratti di lavoro autonomo economicamente dipendente, la loro proroga, trasformazione e cessazione dovrebbero essere comunicati on-line tramite il Sistema Informativo per le Comunicazioni Obbligatorie secondo i modelli unificati definiti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, da parte di tutti i soggetti obbligati e abilitati, come disposto dall'art. 9 bis d.l. n. 510/96 convertito in legge n. 608/96.

## 7.2. Norme di tutela del rapporto di lavoro autonomo economicamente dipendente.

1. Una prima garanzia fondamentale dovrebbe riguardare le condizioni contrattuali del rapporto, al fine di garantire al prestatore di lavoro la conoscenza di un programma negoziale definito ex ante, sulla scorta di quanto dispone, in materia di contratto d'opera, l'art. 2224 c.c.: una garanzia di tipo formale, che tuttavia realizza un migliore equilibrio contrattuale.

<sup>43</sup> Giurisprudenza costante: cfr. da ultimo Cass. 24 ottobre 2014, n. 22690.

In tal prospettiva il committente, pubblico o privato, dovrebbe essere tenuto a fornire per iscritto al lavoratore autonomo una serie di informazioni che integrano l'oggetto del contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente. Queste informazioni dovrebbero riguardare:

- a) una descrizione dettagliata e specifica dell'opera o servizio richiesto dal committente;
- b) la data di inizio del rapporto, la durata del contratto e/o i tempi di consegna dell'opera o del servizio;
- c) il corrispettivo pattuito, indicando se sono compresi o esclusi l'IVA, gli oneri previdenziali, gli eventuali rimborsi spese e la loro quantificazione;
- d) i tempi e le modalità di pagamento;
- e) i termini di preavviso e le causali di recesso.

In caso di mancato o ritardato, incompleto o inesatto assolvimento di tale obbligo informativo il lavoratore autonomo dovrebbe potersi rivolgere alla Direzione territoriale del lavoro affinché intimi al committente di fornire le informazioni previste dal presente articolo, pena l'applicazione di una sanzione amministrativa (prevista dall'art. 4, co.2, del d. lgs. n. 152/1997).

2. **Compenso.** Il compenso del lavoratore autonomo dovrebbe essere proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto, senza applicazione di ulteriori garanzie (art. 36 Cost.), se non quelle previste da eventuali specifici accordi sindacali, sul modello di quanto previsto dalla legislazione spagnola.

3. **Garanzia dei tempi di pagamento.** I lavoratori autonomi economicamente dipendenti spesso vivono situazioni di grave disagio dovute al ritardo con cui i committenti effettuano la corresponsione dei compensi. Il prestatore che vanta nei confronti della pubblica amministrazione o di altro ente pubblico un credito liquido, certo ed esigibile, provato nelle forme di cui all'articolo 635 del c.p.c., dovrebbe poter procedere al suo recupero mediante compensazione di importi dovuti, a qualunque titolo, alla pubblica amministrazione nonché ad altri enti pubblici. In caso di violazione dei tempi di pagamento il committente dovrebbe corrispondere interessi moratori in corrispondenza del superamento della scadenza, crescenti all'aumento del ritardo. Il rispetto dei tempi di pagamento da parte delle imprese che utilizzano prestazioni di lavoro economicamente dipendente potrebbe essere implementato anche attraverso l'istituzione di una competenza arbitrale per la soluzione rapida delle controversie relative ai mancati o ritardati pagamenti, reso obbligatorio per tutte le imprese committenti che fruiscono, in qualunque forma, di agevolazioni normative e fiscali concesse sulla base delle leggi statali o regionali.

4. **Recesso.** Il recesso dal contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente deve avvenire per giusta causa, senza preavviso, o per giustificato motivo, con preavviso nei termini previsti contrattualmente. Questo principio è desumibile dalle norme codicistiche che disciplinano il recesso nelle *locationes operis* (contratto d'opera, mandato, agenzia). In questo modo si fornisce al prestatore una garanzia di base che lo sottrae all'arbitrio del committente, coerentemente con quanto prescritto dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ferma restando la nullità di ogni recesso intimato per motivi discriminatori, in caso di recesso ingiustificato il committente dovrebbe corrispondere al lavoratore autonomo un'indennità, che, coerentemente con quanto disposto dall'art. 2227 c.c. in tema di recesso dal contratto d'opera, dovrebbe coprire il corrispettivo per l'attività svolta, le spese, ed il mancato guadagno. Un utile

riferimento comparato, che rispecchia il modello qui proposto, si rinviene nella disciplina spagnola sul TRADE che prevede, in caso di risoluzione contrattuale per decisione unilaterale dell'impresa committente giudicata ingiustificata un risarcimento dei danni e dei pregiudizi subiti dal prestatore. La determinazione del quantum dovuto segue una logica distinta rispetto a quella che guida la determinazione del risarcimento nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato; mentre per questi ultimi la tecnica normativa si basa sulla predeterminazione legale dell'indennità calcolata secondo parametri oggettivi (ultima retribuzione percepita dal lavoratore, anzianità di servizio), nel caso del TRADE lo Statuto riconosce al giudice un ampio potere discrezionale onde, nell'ipotesi in cui la misura risarcitoria non sia stata definita ex ante dalle parti o nell'accordo di interesse collettivo, valuta una serie di fattori come il tempo residuo rispetto alla durata inizialmente prestabilita, la gravità dell'inadempimento del committente, gli investimenti e i costi anticipati dal prestatore, il termine di preavviso concesso al committente rispetto alla data di estinzione del contratto<sup>44</sup>.

5. Parità e non discriminazione. La legislazione in materia di parità tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro comprende tanto il lavoro subordinato quanto quello autonomo. Questa tendenza estensiva è stata formalizzata e consacrata dal diritto dell'Unione europea per quanto attiene all'accesso al lavoro, alla formazione, alle condizioni di lavoro, ai regimi professionali di sicurezza sociale. È evidente che questa normativa deve trovare applicazione in tutte le fattispecie riconducibili al lavoro autonomo economicamente dipendente.

6. Salute e sicurezza. Al lavoratore autonomo economicamente dipendente si applicano le disposizioni del d. lgs. n. 81/2008 quando la prestazione sia svolta nei luoghi di lavoro del committente, nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

### 7.3. Norme di tutela del lavoratore autonomo economicamente dipendente sul mercato. Tutela del reddito, garanzie per le fasi di non lavoro, formazione.

È necessario pensare ad una serie di norme di tutela sul mercato: una strategia di *flexicurity* per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti. In tal prospettiva lo Stato e le Regioni dovrebbero adottare misure idonee a promuovere la fruizione di una indennità in caso di inoccupazione, come ha iniziato a fare, sia pure molto timidamente, il governo italiano nel corso della crisi economica<sup>45</sup>. Una tale misura dovrebbe essere estesa a tutti i lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

Lo Stato e le Regioni dovrebbero istituire, per le fasi di non lavoro derivanti da mancanza di commesse, alcune garanzie volte a promuovere l'investimento del lavoratore in termini di aggiornamento, formazione, ricerca, al fine di preservare e migliorare il capitale umano dei prestatori autonomi temporaneamente inattivi secondo il principio del *professional skills development*. In quest'ambito potrebbero prevedersi strumenti di protezione sia in termini di

---

<sup>44</sup> Cfr. J. Cruz Villalon, op. cit., p. 304.

<sup>45</sup> L'indennità una tantum prevista a favore dei collaboratori coordinati e continuativi di cui all' art. 61, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, introdotta in via sperimentale nel quadro degli strumenti di tutela del reddito di cui all'articolo 19 del D.L.185/08 (Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale), convertito dalla L.2/09, art. 19, co.1. lett. C).

stabilizzazione dei rapporti, sia di accesso a servizi informatici, culturali, abitativi, di trasporto, sia in termini di sostegno finanziario, al fine di garantire il potenziale di cooperazione sociale che i lavoratori autonomi apportano nei territori in cui si articola la loro presenza, quali:

- a) incentivi all'inserimento da parte dei committenti, nei contratti di lavoro autonomo economicamente dipendente, di clausole di durata minima, anche al fine di scongiurare comportamenti opportunistici delle imprese, le quali, al fine di evitare i costi della risoluzione anticipata del rapporto, potrebbero stipulare contratti di breve durata reiterati nel tempo<sup>46</sup>;
- b) concessione di assegni formativi individuali e predisposizione di percorsi formativi qualificati a favore di lavoratori occupati sulla base di rapporti di lavoro non subordinati al fine di favorirne l'occupabilità attraverso il rafforzamento delle competenze;
- c) offerta alle persone di servizi e strumenti, fra i quali anche i bilanci di competenza, per valorizzare e rendere riconoscibili le competenze acquisite con le esperienze lavorative, ivi comprese quelle maturate nell'ambito di rapporti di lavoro non subordinato, ed i percorsi di istruzione e formazione professionale;
- d) istituzione di una borsa informatica delle domande di lavoro delle imprese committenti volta a favorire la mobilità del lavoratore autonomo da un rapporto di lavoro all'altro;
- e) sostegno ai processi aziendali di trasformazione organizzativa e di innovazione tecnologica finalizzati alla stabilizzazione del lavoro in forma non subordinata;
- f) voucher per l'autoformazione dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti;
- g) prestazioni previdenziali in caso di sospensione dell'attività. In caso di sospensione dell'attività per malattia, gravidanza, maternità e paternità, infortunio, cura e assistenza di familiari, attività formative, ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti dovrebbero riconoscersi congrue indennità previdenziali, anche sotto forma di assegni di servizio o mediante erogazioni delle forme mutualistiche.

#### 7.4. Diritti collettivi.

Al lavoratore autonomo economicamente dipendente deve essere attribuito il diritto ad organizzarsi collettivamente e ad esercitare i diritti sindacali, nonché il diritto di sciopero. Esempio, ancora una volta, lo Statuto spagnolo, nonché la legge tedesca sui contratti collettivi. Segni di associazionismo di lavoratori economicamente dipendenti con finalità di tutela della categoria sono presenti in alcuni paesi europei ove hanno svolto funzioni significative di tutela ma sono tuttora molto frammentate: si consideri, per esempio, il fenomeno dell'associazionismo nell'ambito del lavoro autonomo in Spagna, che ha giocato un ruolo non secondario nella decisione politica di dar vita allo Statuto del lavoro autonomo, segnatamente nel settore del trasporto e in quello della distribuzione; le associazioni tedesche nel settore del franchising; le associazioni indipendenti nel settore giornalistico in UK, con evidenze di contrattazione collettiva;

---

<sup>46</sup> Al fine di modulare questi interventi in relazione alla diffusione delle tipologie contrattuali ed all'andamento del mercato del lavoro, le istituzioni statali e territoriali stabiliscono i criteri per l'assegnazione, previo procedimento ad evidenza pubblica, degli incentivi. Ai fini dell'erogazione di tali incentivi vengono stabilite altresì, secondo lo stesso procedimento, le condizioni che, in relazione alla natura dei rapporti di lavoro ed alle situazioni personali, comportano elevato rischio di precarizzazione, nonché le caratteristiche, quali quelle dimensionali, settoriali e territoriali, delle imprese, che devono, comunque, operare nel rispetto delle condizioni normative e contrattuali vigenti.

in Italia nel settore degli agenti di commercio. Le ricerche empiriche dimostrano che molti lavoratori autonomi economicamente dipendenti rifiutano le logiche della rappresentanza collettiva, considerando che il proprio lavoro si svolge in una dimensione individualistica e non collettiva, mentre le OO.SS. storicamente radicate nell'area del lavoro subordinato faticano a sintonizzarsi con le figure del lavoro autonomo di nuova generazione. Come dire che queste figure sociali sono ancora in cerca di nuove modalità di rappresentanza degli interessi: una rappresentanza innovativa nei contenuti e nelle dimensioni, che i sindacati tradizionali non sono stati generalmente in grado di organizzare. Il legislatore deve operare in un'ottica promozionale, mentre le organizzazioni sindacali dovrebbero superare una cultura che identifica il lavoro (e la sua rappresentanza collettiva) esclusivamente con il lavoro salariato.

## 8. Conclusioni.

Il *Jobs act*, con il suo portato di razionalizzazione delle tipologie contrattuali, rappresenta un'occasione storica per colmare un ritardo regolativo ed una distorsione nella percezione normativa del lavoro autonomo che affligge da tempo la legislazione italiana, mettendola al passo con i più avanzati sistemi europei. Per realizzare questo importante obiettivo è necessario che il legislatore rifiuti la corrente rappresentazione del lavoro autonomo economicamente dipendente quale versione simulata del lavoro subordinato, accettando definitivamente il valore positivo delle "relazioni personali di lavoro", anche se caratterizzate da dipendenza economica, e sviluppando strumenti e metodi di rafforzamento e di sostegno specifico per questo segmento del mercato del lavoro.

È necessario che il legislatore italiano eviti ogni assimilazione, che risulterebbe indebita e incongrua rispetto al panorama comparato, della dipendenza economica nell'alveo della subordinazione, operando piuttosto una valorizzazione del lavoro autonomo economicamente dipendente funzionale alle esigenze del sistema produttivo. Meditando su quanto previsto dalla Raccomandazione n. 198 dell'OIL, in cui si chiede ai governi di adottare criteri chiari che consentano di distinguere il rapporto di lavoro subordinato dal lavoro autonomo, il legislatore del *Jobs Act* dovrebbe rivisitare la nozione di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c., abrogando la fattispecie del lavoro a progetto ed eliminando, nella formula del lavoro parasubordinato, l'ambiguo riferimento al "coordinamento" della prestazione. L'effetto sistematico di questa operazione di "pulizia concettuale" dovrebbe ricondurre naturalmente una parte delle attuali fattispecie di parasubordinazione (quelle più "compromesse" con i caratteri della subordinazione) entro le coordinate concettuali ed operative dell'art. 2094 c.c., contribuendo, in tal modo, a dare consistenza al nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Al contempo, tenendo distinto l'esigenza di contrasto al falso lavoro autonomo dalla necessità di riconoscere giuridicamente il lavoro autonomo economicamente dipendente, quale fattispecie transtipica rappresentativa di un segmento non fraudolento del mercato del lavoro, il legislatore dovrebbe identificarne i tratti normativi ed apprestare, sul piano degli effetti, una serie di tutele, di ispirazione europea, che garantiscano ai rapporti personali di lavoro caratterizzati da dipendenza economica una rete di sicurezza sia sul piano del contratto, sia nella dimensione della

sicurezza sociale, sia, infine, nell'ambito della rappresentanza collettiva degli interessi<sup>47</sup>. Se il legislatore saprà muoversi in questa direzione, la disciplina del mercato del lavoro italiano avrà fatto un passo in avanti nella giusta direzione.

---

<sup>47</sup> Per un accenno alla opportunità di apprestare tutele ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, da ultimo, L. Zoppoli, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 213/2014

## Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *Jobs Act* (un commento provvisorio, dallo schema al decreto) \*

Marco Marazza

1. Le novità, in sintesi.	24
2. La difficile valutazione (allo stato) dell'impatto della nuova flessibilità in uscita.	26
3. Le ombre di una riforma che riguarda i nuovi assunti nel settore privato.	26
4. L'ambito di applicazione del decreto ed il vaglio di ragionevolezza (art. 3 Cost.).	27
4.1. segue: impiego pubblico e impiego privato.	29
4.2. segue: i rapporti speciali di lavoro.	30
4.3. segue: i lavoratori già dipendenti da datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della tutela obbligatoria.	31
5. I licenziamenti disciplinari.	32
5.1. segue: reintegrazione e insussistenza del "fatto materiale".	32
5.2. segue: insussistenza del fatto materiale e irrilevanza disciplinare del fatto (nel senso di fatto che non è inadempimento o di fatto non imputabile).	33
5.3. segue: reintegrazione e preclusione di una verifica di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione.	34
5.4. segue: i problemi sulla ripartizione dell'onere della prova.	35
6. La reintegrazione nei licenziamenti per inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il regime sanzionatorio del licenziamento per superamento del comportamento illegittimo.	37
7. Il regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare proceduralmente viziato, tra indennizzo e tutela reintegratoria.	37
7.1. segue: il problema della natura procedurale della violazione dei requisiti di tempestività e immediatezza.	38
8. Il regime sanzionatorio del licenziamento per motivi oggettivi proceduralmente o formalmente viziato.	40

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 236/2015

## 1. Le novità, in sintesi.

Per i nuovi assunti entra in vigore una nuova disciplina dei licenziamenti destinata a sostituire, a seconda della dimensione occupazionale del datore di lavoro, sia l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (la cosiddetta "tutela reale") che l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 (la cosiddetta "tutela obbligatoria").

Le novità non riguardano i presupposti giustificativi del recesso datoriale, che come prima deve essere sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo, ma alcuni aspetti procedurali<sup>48</sup>, il regime processuale applicabile alle impugnazioni giudiziali<sup>49</sup>, gli strumenti di incentivazione alla composizione consensuale della controversia sulla risoluzione del rapporto di lavoro<sup>50</sup>, nonché, questo certamente l'aspetto più qualificante della riforma, parte dell'impianto sanzionatorio dei licenziamenti individuali e collettivi invalidi, con una restrizione delle ipotesi di applicazione della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro.

Fatti salvi i licenziamenti inefficaci perché intimati senza la forma scritta ed i licenziamenti nulli, per i quali continua ad operare la sanzione della reintegrazione con effetti risarcitori pieni negli stessi casi e con le medesime modalità già previste dall'art. 18<sup>51</sup>, la reintegrazione ad effetti risar-

<sup>48</sup> È stato superato l'obbligo del preventivo tentativo di conciliazione per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966.

<sup>49</sup> Alle impugnazioni giudiziali dei licenziamenti rientranti nel campo di applicazione del nuovo regime non trova applicazione il cosiddetto "rito Fornero" introdotto dall'art. 1, commi da 48 a 68, della legge n. 92 del 2012.

<sup>50</sup> Il decreto introduce un interessante meccanismo di defiscalizzazione e decontribuzione della somma corrisposta al lavoratore alla cessazione del rapporto per licenziamento che, se accettata, comporta la rinuncia alla impugnazione della risoluzione del rapporto. La misura, certamente utile, è limitata ai soli lavoratori assunti a tempo indeterminato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto e la quantità dell'indennizzo defiscalizzato (ma nulla esclude che a tale somma se ne possano aggiungere altre corrisposte per un diverso titolo con il conseguente regime fiscale e contributivo) è vincolata. L'importo, compreso tra un minimo di 2 ed un massimo di 18 mensilità, è infatti quantificato in modo predeterminato nell'ordine di una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio. Affinchè operi il regime di defiscalizzazione è necessario che la somma sia offerta dal datore di lavoro al lavoratore entro il termine di sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi protette ove è possibile perfezionare una valida rinuncia o transazione. La somma deve essere corrisposta mediante assegno circolare che, se accettato dal lavoratore, produce un effetto legale di rinuncia alla impugnazione del licenziamento.

<sup>51</sup> In caso di licenziamento nullo continua a trovare applicazione la sanzione della reintegrazione con l'integrale risarcimento del danno per il cosiddetto periodo intermedio, nei termini sostanzialmente già previsti dalla attuale formulazione dei primi tre commi dell'attuale art. 18 della legge n. 300 del 1970. Da un punto di vista letterale la massima sanzione è applicabile nel caso in cui il Giudice "dichiari la nullità del licenziamento perché discriminatorio ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", ivi inclusa l'ipotesi di licenziamento inefficace perché intimato in forma orale. Dunque, a differenza dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il decreto non espone analiticamente tutte le diverse ipotesi di nullità del licenziamento ma la sostanza, a ben vedere, non cambia. Il fatto che la reintegrazione debba essere disposta nei casi di nullità del licenziamento "espressamente previsti dalla legge" non autorizza infatti ad affermare che questa sanzione sia applicabile solo ai casi in cui la legge sancisca, in modo specifico, la nullità di un atto negoziale tipico qual è il licenziamento. Ne deriva, pertanto, che la reintegrazione dovrà essere disposta anche nel caso in cui il licenziamento sia nullo ai sensi della più generale disciplina dell'invalidità degli atti negoziali perché, ad esempio, connotato da un motivo illecito, esclusivo e determinate, ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. Del resto, a ritenere diversamente si dovrebbe poi concludere nel senso che ai dirigenti assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto, ma comunque esclusi da suo campo di applicazione, troverebbe applicazione un regime sanzionatorio del licenziamento nullo (art. 18 della legge n. 300 del 1970) più rigido rispetto a quello applicabile ai nuovi assunti nella categoria impiegatizia. Perché, ad esempio, tra gli assunti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, solo i dirigenti potrebbero invocare la nullità del cosiddetto licenziamento ritrosivo ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. e non anche gli impiegati. Sulla questione si veda anche F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in WP CSDL "Massimo D'Antona", per il quale la nuova formulazione del decreto dilaterrebbe invece la sfera delle ipotesi di configurabilità del licenziamento discriminatorio.

citori limitati nell'ammontare massimo di dodici mensilità<sup>52</sup> può essere disposta dal Giudice solo in caso di licenziamenti disciplinari intimati da datori di lavoro che superano la nota soglia occupazionale di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970 quando risulti insusistente il fatto materiale contestato al lavoratore (vedi *infra* n. 5-5.4).

In tutti gli altri casi, il licenziamento (sia individuale che collettivo<sup>53</sup>) invalido produce comunque l'effetto estintivo del rapporto di lavoro ed è sanzionato con un'indennità economica rigidamente parametrata all'anzianità di servizio<sup>54</sup>, differenziata in considerazione della natura sostanziale<sup>55</sup> o procedurale<sup>56</sup> del vizio invalidante, il cui importo è comunque ridotto in caso di lavoratori occupati da datori di lavoro rientranti nel campo di applicazione della tutela obbligatoria<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> In questi casi il Giudice dispone la reintegrazione del dipendente con effetti risarcitori commisurati alla durata del periodo intermedio ma comunque limitati ad un massimo di 12 mensilità, secondo il meccanismo già vigente nell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 per i licenziamenti più manifestamente ingiustificati. Le novità rispetto all'art. 18 sono piuttosto circoscritte, come evidenziato da G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, e riguardano: a) il chiarimento sul fatto che l'indennizzo massimo di dodici mensilità copre esclusivamente il periodo che intercorre dalla data del licenziamento a quella della sentenza che dispone la reintegrazione; b) il regime dell'*aliunde perceptum*, che nel decreto prevede che dal risarcimento venga dedotto quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative "nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181". Viene dunque meno il riferimento, per il vero piuttosto generico, alla detrazione degli importi che il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. Più esplicitamente, ai fini dell'*aliunde perceptum* rileva, ai sensi del d.lgs. n. 181 del 2010, il "rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196, nell'ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici, stabiliti dalle Regioni".

<sup>53</sup> È da valutare positivamente l'estensione del nuovo regime sanzionatorio anche ai licenziamenti collettivi viziati sotto il profilo procedurale o della applicazione dei criteri di scelta, ove però emergerà con ancora più evidenza l'irrazionalità di un impianto di riforma destinato esclusivamente ai nuovi assunti. Ai licenziamenti collettivi viziati trova pertanto applicazione l'indennizzo previsto in caso di vizio di motivazione (variabile tra 4 e 24 mensilità), indipendentemente dal fatto che l'invalidità derivi dal mancato rispetto della procedura o dei criteri di scelta.

<sup>54</sup> Nell'ambito degli appalti il criterio dell'anzianità di servizio subisce una peculiare modulazione giacché ai fini della quantificazione del risarcimento si computa l'anzianità complessivamente maturata dal dipendente nell'attività appaltata, anche se prestata a favore di diversi datori di lavoro. La formulazione risulta piuttosto vaga e non è ben chiaro se il correttivo operi solo in caso di passaggio da un datore di lavoro all'altro senza soluzione di continuità. L'ampiezza del testo, che fa riferimento al "lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa che subentra nell'appalto" non sembra porre limiti alla ricongiunzione dei periodi di servizio ai fini specifici della quantificazione dell'anzianità di servizio utile alla determinazione dell'indennizzo. Dunque la disposizione sembra applicabile anche nel caso di lavoratore riassunto dall'appaltatore che subentra nell'appalto a distanza di tempo dall'avvio delle attività appaltate.

<sup>55</sup> In presenza di un vizio di giustificazione l'indennizzo è esente da contribuzione previdenziale e può variare da 4 a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La quantificazione dell'indennizzo non è rimessa alla valutazione del giudice in quanto esclusivamente condizionata dall'anzianità di servizio del lavoratore. Nei tetti minimi e massimi appena detti, l'indennizzo aumenta con la progressione di due mensilità per ogni anno di servizio. In caso di recesso intimato nel corso dell'anno di servizio l'indennità è proporzionata ai mesi di vigenza del rapporto, computandosi per mese intero quello in cui il rapporto di lavoro è risultato attivo per almeno quindici giorni.

<sup>56</sup> Ove il licenziamento presenti vizi formali o procedurali l'indennizzo è ridotto ed è compreso tra un minimo di due ed un massimo di 12 mensilità, con incremento progressivo di una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio. Questo regime sanzionatorio alleggerito si applica nel caso in cui il licenziamento sia intimato in violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o in caso di violazione della procedura disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970. L'indennizzo ridotto, dunque, non è applicabile in caso di licenziamento collettivo intimato in violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale, per il quale si applica l'indennizzo pieno compreso tra 4 e 24 mensilità.

<sup>57</sup> Per i datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della cosiddetta tutela obbligatoria l'indennizzo è l'unica sanzione applicabile giacché la reintegrazione è esclusa anche per i licenziamenti disciplinari viziati. L'ammontare "delle indennità e dell'importo", si legge nel decreto, è dimezzato rispetto a quanto previsto per i datori di lavoro che superano la soglia dimensionale di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970. Il riferimento all'importo, oltre che all'indennità, significa che per questi lavoratori l'indennità è quantificata con la progressione di mezza mensilità (anziché una) dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio (in caso di licenziamento che presenta vizi di forma o procedura) e di una mensilità (anziché due) dell'ultima

## 2. La difficile valutazione (allo stato) dell'impatto della nuova flessibilità in uscita.

Ad uno sguardo di insieme è difficile sostenere che il *Jobs Act*, visti i testi dei primi decreti attuativi in corso di pubblicazione, rappresenti effettivamente una “*rivoluzione copernicana*”. L'impressione che allo stato si ricava è, piuttosto, quella di una riforma in piena evoluzione dagli esiti ed equilibri finali ancora imprevedibili. Il punto è che la mancanza di chiarezza sugli ulteriori decreti attuativi della legge delega (legge n. 183 del 2014) non consente una compiuta valutazione del complessivo disegno riformatore del Governo e neanche del più specifico provvedimento che, per i nuovi assunti, introduce un nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi.

È indubbio, infatti, che l'impatto economico ed organizzativo della nuova dose di flessibilità in uscita introdotta dal decreto resti condizionato dal contenuto che il Governo vorrà dare agli interventi in materia di mercato e rapporto di lavoro<sup>58</sup>. Ond'è che se è vero che per i nuovi assunti sono oggi più circoscritte le ipotesi nelle quali il Giudice può disporre la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo d'altra parte non può essere taciuto che se a questa novità dovesse corrispondere una radicale eliminazione delle tipologie contrattuali flessibili l'organizzazione del lavoro, alla fine dei conti, potrebbe anche risultare più rigida e costosa rispetto al passato<sup>59</sup>.

I tempi, in conclusione, sono prematuri per una valutazione complessiva della riforma del lavoro del Governo Renzi.

## 3. Le ombre di una riforma che riguarda i nuovi assunti nel settore privato.

Sempre da un punto di vista generale è da considerare che la nuova e più flessibile disciplina del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi si applica, come noto, solo ai nuovi assunti (vedi *infra* n. 4 - 4.3). È chiaramente il frutto di un difficile compromesso politico, ma i limiti di questa opzione, che connota le fondamenta stesse della riforma, si possono cogliere almeno da due diversi punti di vista.

---

retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio in caso di licenziamento che presenta vizi di giustificazione. L'indennità non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità, ma non è chiaro se trovi applicazione la soglia minima di indennizzo, eventualmente dimezzata rispetto al regime applicabile ai datori di lavoro che soddisfano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970.

<sup>58</sup> A tal proposito si rinvia al contributo di L. Zoppoli, *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale* in WP CSDLE “Massimo D’Antona” 213/2014, che evidenzia gli effetti di una possibile concorrenza tra il nuovo contratto a termine acausale e il c.d. contratto unico a tempo indeterminato (p.25).

<sup>59</sup> Se il nuovo contratto a tutele crescenti fosse accompagnato da una forte restrizione delle ipotesi di accesso al contratto a termine, ad esempio, il costo della risoluzione del rapporto di lavoro registrerebbe un incremento. Il fenomeno assumerebbe una portata ancora più significativa ove i successivi decreti dovessero comportare una limitazione eccessiva all'utilizzo dei contratti di prestazione d'opera o delle collaborazioni autonome, giacché in questi contratti la prestazione di lavoro – se non altro perché compensata in ragione della prestazione effettiva - è connotata da livelli di produttività sensibilmente superiori rispetto al lavoro subordinato. Resta poi da aggiungere nell'equilibrio complessivo della riforma la attrattività del nuovo regime del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato dipenderà comunque in modo significativo dalla auspicabile introduzione un quadro normativo certo ed evoluto sui temi della produttività del lavoro, della rappresentanza sindacale e della semplificazione delle procedure di ristrutturazione aziendale. Sulle possibili sorti del lavoro autonomo a fronte della l.d. n.183/2014 si veda A. Perulli, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” 235/2014.

In primo luogo è da valutare se una riforma così impostata sia coerente con l'attuale congiuntura economica oppure no. Perché se è vero che un alleggerimento delle sanzioni contro i licenziamenti può incentivare nuove assunzioni, soprattutto unitamente agli sgravi contributivi introdotti dalla legge di stabilità (art. 1, comma 118, legge n. 190 del 2014), che pure qualche dubbio sollevano<sup>60</sup>, resta comunque da verificare se l'innovazione sia storicamente adeguata in una fase economica recessiva contraddistinta da una bassa domanda di lavoro e, soprattutto, dall'esigenza di assecondare i processi di riconversione del sistema produttivo che coinvolgono, essenzialmente, il personale già occupato.

In secondo luogo il fatto che la nuova disciplina dei licenziamenti sia destinata solo ai nuovi assunti non solo introduce una ulteriore sottocategoria di *insider* e *outsider* ma scoraggia la mobilità degli attuali occupati, certamente poco incentivati a cambiare lavoro e datore di lavoro per il timore di perdere le tutele di cui oggi beneficiano, con ricadute immediate anche sui processi di riorganizzazione in corso<sup>61</sup>.

#### 4. L'ambito di applicazione del decreto ed il vaglio di ragionevolezza (art. 3 Cost.).

I destinatari delle nuove regole sono tutti i *“lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore”* del decreto, anche se assunti da datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale di istruzione ovvero di religione o di culto, sino ad oggi esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 ai sensi dell'art. 4, primo comma, della legge n. 108 del 1990<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Solo per i nuovi assunti nel 2015 con contratto a tempo indeterminato l'art. 1, comma 118, della legge n. 190 del 2014 introduce un significativo sgravio contributivo per la durata di tre anni. Un'incentivazione di tale portata concentrata sulle nuove assunzioni effettuate nel 2015 rischia di alimentare l'avvio di nuove attività che possono gravemente alterare la concorrenza tra imprese, in maniera eccessiva soprattutto nei settori *labour intensive* nei quali il costo del lavoro rappresenta la parte più significativa del costo di impresa, con potenziali ricadute sulla conservazione degli attuali livelli occupazionali e, conseguentemente, sulla spesa pubblica necessaria per finanziare gli ammortizzatori sociali. Ciò a maggior ragione anche considerato il rischio che al termine del periodo incentivato potrà in molti casi emergere l'insostenibilità dell'incremento del costo del lavoro con conseguenze imprevedibili per gli stessi lavoratori neo assunti. È da evidenziare, infatti, che al termine del periodo incentivato il datore di lavoro potrà risolvere il rapporto di lavoro avvalendosi della nuova flessibilità in uscita senza perdere il diritto alla riduzione dei contributi previdenziali di cui ha usufruito nel corso del triennio.

<sup>61</sup> Basti pensare, solo per fare un esempio, alle innumerevoli procedure di mobilità che quotidianamente si chiudono con accordi sindacali che ai sensi dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991 prevedono quale unico criterio di scelta per la risoluzione dei rapporti di lavoro quello della non opposizione del dipendente. È quanto meno probabile che il regime destinato ai nuovi assunti comporti, in questi casi, la necessità di un significativo incremento delle somme che i datori di lavoro destinano normalmente alla incentivazione delle non opposizioni alla collocazione in mobilità.

<sup>62</sup> A questi particolari datori di lavoro si applica infatti la disciplina del decreto con la conseguenza che, solo per le nuove assunzioni, cambia il regime sanzionatorio dei licenziamenti invalidi. La formulazione letterale del decreto potrebbe fare sorgere il dubbio che il nuovo regime trovi applicazione anche per il personale già occupato in queste particolari organizzazioni ma tale conclusione è in parte impedita dal contenuto della legge delega (che rivolge espressamente il nuovo regime ai nuovi assunti) e, per altra parte, anche superabile in considerazione del fatto che per questi datori di lavoro trova applicazione l'intero decreto che, all'art. 1, delimita il suo campo di applicazione ai soli nuovi assunti. Per le organizzazioni di tendenza parte minoritaria della giurisprudenza aveva come noto escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 18 soltanto i lavoratori adibiti a mansioni “di tendenza” e non coloro che svolgessero attività c.d. neutre (Pret. Milano, 24 luglio 1987, in Riv. giur. lav., 1988, II, 499; v. anche Cass. 6 novembre 2001, n. 13721, in Dir. lav., 2002, II, 186). Con il decreto nelle organizzazioni di tendenza l'applicazione del nuovo regime sanzionatorio troverà invece applicazione senza alcuna distinzione in ragione delle mansioni affidate al dipendente.

Al di là del riferimento contenuto nel titolo al “*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*”, il decreto non introduce una tipizzazione della fattispecie in grado di fare emergere una specificità di requisiti rispetto al tradizionale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Più semplicemente, il contratto a tutele crescenti, caratterizzato più per i suoi effetti che per la fattispecie ad essi sottesa, sostituisce l’attuale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato limitandosi ad introdurre per i nuovi assunti un nuovo modello di statuto protettivo contro i licenziamenti la cui sfera di applicazione, *ratione temporis*, resta esclusivamente condizionata dalla data di costituzione del vincolo obbligatorio.

Tale constatazione è probabilmente destinata ad alimentare qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi per contrasto con l’art. 3 Cost., soprattutto in considerazione della fattuale coesistenza all’interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti diversamente tutelati pur a fronte della stipulazione di un identico contratto di lavoro, ove si ritenesse che la sola data di costituzione del rapporto di lavoro (pre o post l’entrata in vigore del decreto) non possa costituire un elemento differenziale in grado di giustificare, in sé, la razionalità formale e la ragionevolezza<sup>63</sup> del diverso regime applicabile ai lavoratori subordinati assunti, in tempi diversi, con contratto a tempo indeterminato<sup>64</sup>.

Tuttavia tale considerazione sembra superabile alla luce di quell’orientamento della Corte Costituzionale che ha già in altre occasioni avuto modo di precisare che “*non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, (...), essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo*”<sup>65</sup>.

Ond’è che, seguendo tale principio, anche valutato l’attuale quadro socio economico, il decreto potrebbe superare positivamente il giudizio di ragionevolezza che, “*lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*”<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Corte Cost. n. 172 del 1996. Ma si veda anche Corte Cost. n. 206 del 1999 per la quale la ragionevolezza è da intendersi anche come non arbitrarietà, che si ravvisa quando la scelta del legislatore è sostenuta da un’adeguata ragione giustificatrice.

<sup>64</sup> Sul rapporto tra ragionevolezza e giudizio di eguaglianza, G. Scaccia, , pp. 25 e ss., che mette in evidenza le diverse fasi in cui si articola la valutazione di ragionevolezza e cioè: la verifica in merito alla omogeneità delle situazioni poste a raffronto, onde accertare la loro comparabilità (nel nostro caso, gli assunti con contratto a tempo indeterminato prima e dopo l’entrata in vigore del decreto); l’analisi della norma posta come *tertium comparationis* (nel nostro caso, il sistema normativo che sanziona il licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti prima dell’entrata in vigore del decreto); la decisione, che sarà di accoglimento se “*situazioni accomunate da un’identica ratio sono diversamente disciplinate*”. Nel caso di specie, dunque, il punto centrale consiste nel sapere se le situazioni comparate sono o no omogenee, rilevando a tal riguardo la forza differenziale della data di costituzione del rapporto di lavoro. Data che, se successiva alla entrata in vigore del decreto, determina l’applicazione di un nuovo e alleggerito regime sanzionatorio.

<sup>65</sup> Corte Cost. 13 novembre 2014, n. 254 in ordine al possibile contrasto con l’art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento, del nuovo regime della responsabilità solidale applicabile agli appalti (art. 29 del dlgs. 276/2003). Nello stesso senso anche le ordinanze della Corte Costituzionale n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, e n. 77 del 2008.

<sup>66</sup> Corte Cost. n. 1130 del 1988.

Ciò, quanto meno, ove si considerasse il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti proporzionato e coerente<sup>67</sup> rispetto al mutato contesto socio economico ed alla finalità, dichiarata dal legislatore delegante, di *“rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”* (art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014).

#### 4.1. segue: impiego pubblico e impiego privato.

La lettura coordinata della legge delega (legge n. 183 del 2014) e del decreto attuativo non offre riferimenti testuali diretti per concludere nel senso dell'esclusione del pubblico impiego dal nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti, pur essendo oramai nota la volontà del Governo di affrontare la materia nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione (con ciò avvalorando la tesi che la normativa oggi in esame è riferita esclusivamente all'impiego privato).

Invero, l'assenza di una esplicita esclusione del pubblico impiego dal campo di applicazione della legge delega e del decreto lascerebbe propendere per la soluzione opposta e, cioè, per un'applicazione generalizzata del nuovo regime in coerenza con quanto stabilisce l'art. 2, comma secondo, del d.lgs. n. 165 del 2001<sup>68</sup>.

D'altra parte resta comunque da osservare che l'esclusione del pubblico impiego dal campo di applicazione del decreto potrebbe essere argomentata alla luce del fatto che per i pubblici dipendenti non trova applicazione l'art. 2095 cod. civ. e, quindi, neanche la classificazione del personale in operai, impiegati, quadri e dirigenti ivi contenuta<sup>69</sup>. Ond'è che, facendo il decreto riferimento proprio ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri, la nuova disciplina dei licenziamenti potrebbe, forse per questa specifica ragione, ma pur sempre con qualche sofferenza argomentativa, non essere applicabile ai dipendenti pubblici.

Ciò non toglie, bene inteso, che la differenziazione di regime tra pubblico e privato appaia comunque discutibile. Se è pur vero che nella pubblica amministrazione il licenziamento per motivi economici può essere considerato marginale, giacché la relativa disciplina è di fatto sostituita da quella sulla mobilità del lavoratore, a parere di chi scrive non vi è alcun motivo per tutelare diversamente i dipendenti pubblici e privati in caso di licenziamenti disciplinari. Anzi, proprio nel pubblico impiego l'interesse generale intensifica il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro e richiede, a ben vedere, una maggiore responsabilizzazione del dipendente.

<sup>67</sup> La ragionevolezza può essere rappresentata anche come coerenza, che difetta nel caso in cui “la legge manca il suo obiettivo e tradisce la sua ratio” (Corte Cost. n. 43 del 1997).

<sup>68</sup> In questo senso anche G. Mimmo, op. cit.

<sup>69</sup> In tal senso Cass. 5 luglio 2005, n. 14193 “al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo la cosiddetta privatizzazione non è applicabile la disciplina prevista in materia di categorie e qualifiche per il settore privato, con la relativa individuazione dei quadri (art. 2095 cod. civ. e legge n. 190 del 1985), stante la specialità del regime giuridico previsto per il primo, soprattutto con riferimento al sistema delle fonti cosicché la contrattazione collettiva può intervenire senza incontrare il limite dell'inderogabilità delle norme concernenti il lavoro subordinato privato, quale emerge dal complesso normativo del D.Lgs. n. 165 del 2001, testo che ora costituisce lo “statuto” di tale rapporto di lavoro (...)”. Sulla incerta applicabilità dell'art. 2095 cod. civ. al pubblico impiego, U. Carabelli - M. T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 168.

#### 4.2. segue: i rapporti speciali di lavoro.

Resta comunque un dubbio non trascurabile sul fatto che per come è formulato il decreto la disciplina, se interpretata in modo strettamente letterale, potrebbe non essere applicabile ad alcune speciali tipologie di lavoratori subordinati che non è possibile inquadrare nelle tradizionali categorie (operai, impiegati e quadri) di cui all'art. 2095 cod. civ.

Il problema si pone, anzitutto, per gli apprendisti, già esclusi dal campo di applicazione della legge n. 604 del 1966 dall'art. 10 della medesima legge che, con formulazione analoga a quella utilizzata dal decreto, dispone(va<sup>70</sup>) che le norme di quella legge si applicano *“nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell'articolo 2095 del Codice civile”*.

Se il presupposto della pronuncia della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966 nella parte in cui non ricomprendeva gli apprendisti era proprio l'esclusione di questi lavoratori subordinati dalle categorie di dipendenti lavoratori individuate da quella disposizione è chiaro, a ben vedere, che il medesimo problema si può porre con riferimento al decreto in commento. E ciò pur essendo opportuno rimarcare come per gli apprendisti, ai sensi dell'art. 2, comma primo, lett. l), del d.lgs. n. 167 del 2011, in caso di licenziamento privo di giustificazione intimato durante il periodo di formazione *“trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente”*. La mancata individuazione di uno specifico regime sanzionatorio rende la norma strutturalmente aperta alle successive evoluzioni legislative e ciò potrebbe agevolare l'applicazione della nuova disciplina introdotta dal decreto per i contratti di apprendistato – che sono pur sempre contratti di lavoro a tempo indeterminato - stipulati dopo la sua entrata in vigore.

Per fare un altro esempio di significativa portata si pensi anche al personale navigante del settore marittimo ed aeronautico - per il quale la classificazione del personale è contenuta direttamente nel codice della navigazione (artt. 322, 732 Cod. Nav.) - cui la Corte Costituzionale aveva già esteso la disciplina comune dichiarando l'incostituzionalità sia dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966 che dell'art. 35 della legge n. 300 del 1970, nella parte in cui queste disposizioni escludevano il personale navigante rispettivamente dal campo di applicazione della legge n. 604 del 1966 (proprio in ragione della impossibilità di ricondurre tale personale alle categorie di cui all'art. 2095 cod. civ.) e dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970<sup>71</sup>.

L'irrazionalità della esclusione di tali categorie di lavoratori dalla nuova disciplina potrebbe esporre il decreto ad alcuni profili di incostituzionalità, pur essendo evidente che una eventuale pronuncia di incostituzionalità – a differenza di quanto accaduto in passato – avrebbe questa volta l'effetto di estendere a categorie di lavoratori non espressamente contemplate dal decreto l'applicazione di uno statuto protettivo per loro di minor vantaggio rispetto all'attuale.

<sup>70</sup> Sino alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha esteso anche agli apprendisti l'applicazione della legge n. 604 del 1966, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 10 di quella legge nella parte in cui esclude gli apprendisti. Corte Cost. 22-28 novembre 1973, n. 169.

<sup>71</sup> Corte Cost. n. 96 del 1987; Corte Cost. n. 41 del 1991.

È comunque plausibile che anche prima di un possibile, forse auspicabile, intervento additivo della Corte Costituzionale si possa giungere in via interpretativa, proprio al fine di preservare la coerenza della norma con il dettato costituzionale, ad affermare l'estensione del campo di applicazione del decreto a tutte le categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato sopra menzionate<sup>72</sup>. Ciò pur dovendo mettere in conto una prevedibile ritrosia della giurisprudenza ad estendere il campo di applicazione del decreto oltre quanto previsto dal dato strettamente letterale.

Resterebbero dunque esclusi dalla nuova disciplina i dirigenti, chiaramente non assimilabili alle categorie di lavoratori (operai, impiegati, quadri) cui il decreto si rivolge, e quei rapporti speciali di lavoro, non sussumibili nelle categorie di cui all'art. 2095 cod. civ., che erano e sono destinatari di un loro speciale regime di tutela. Si pensi ai lavoratori domestici (il cui regime di impegno speciale è contenuto nella legge n. 339 del 1958) ed agli sportivi professionisti (legge n. 91 del 1981).

In conclusione, sul campo di applicazione del decreto sembrerebbe opportuno un intervento chiarificatore del legislatore delegato ed a tal fine potrebbe essere sufficiente estendere l'operatività della nuova disciplina a tutti i lavoratori subordinati neo assunti a tempo indeterminato, con l'indicazione puntuale ed esplicita dei soli rapporti esclusi.

#### 4.3. segue: i lavoratori già dipendenti da datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della tutela obbligatoria.

Oltre che ai nuovi assunti, la disciplina introdotta dal decreto si applica anche ai dipendenti già occupati da datori di lavoro che oggi rientrano nel campo di applicazione della cosiddetta "*tutela obbligatoria*", nel caso in cui per effetto delle assunzioni effettuate successivamente all'entrata in vigore del decreto sia superata una delle soglie dimensionali stabilite dall'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970.

La disposizione persegue il condivisibile obiettivo di non ostacolare le nuove assunzioni a tempo indeterminato nelle imprese di piccole dimensioni ma introduce, di fatto, una nuova disciplina dei licenziamenti applicabile anche a coloro che sono già occupati.

Emerge pertanto un serio rischio di superamento dei limiti della delega, con possibile rischio di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., giacché ai sensi dell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183 del 2014 il Governo era delegato ad introdurre una nuova disciplina del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi solo "*per le nuove assunzioni*"<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Il personale nautico potrebbe essere incluso nell'ambito di applicazione della nuova disciplina, tenendo conto di quell'orientamento giurisprudenziale che in passato aveva ritenuto sufficiente "*la circostanza che i rapporti di arruolamento dei lavoratori del settore (fossero) qualificabili come rapporti di lavoro a tempo indeterminato (...) a rendere applicabili la legge 15 luglio 1966, n. 604 (con i relativi requisiti di forma e di giustificazione sostanziale del licenziamento), nonché l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300*" (Cass. 11 aprile 2005, n. 7368), spostando pertanto l'attenzione sul rapporto di lavoro piuttosto che sulla categoria legale di appartenenza.

<sup>73</sup> Si richiama la definizione, ancora attuale, della figura dell'eccesso di delega, elaborata nella sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 1957, n. 3 che ascrive a tale categoria la "*mananza, anche parziale, di delegazione, nonché l'uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata*". Se non può parlarsi di un sicuro decalogo in base al quale poter accertare la sussistenza dell'eccesso di delega è utile, comunque, richiamare a riguardo la sentenza della Corte Cost. 2 aprile 2008, n. 98 che nel ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali in materia fissa i seguenti passaggi interpretativi: "*il primo, relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi*", senza tuttavia escludere un margine di discrezionalità da parte del legislatore delegato, "*il cui eventuale eccesso va individuato tenendo conto della ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (...)*".

## 5. I licenziamenti disciplinari.

In caso di licenziamento disciplinare viziato sono più circoscritte le ipotesi in cui il Giudice può disporre la reintegrazione del lavoratore, anche se la formulazione del decreto lascia prevedere alcune incertezze applicative affatto trascurabili.

Testo alla mano, in caso di licenziamento disciplinare il Giudice potrà disporre la reintegrazione esclusivamente quando *“sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”*.

### 5.1. segue: reintegrazione e insussistenza del “fatto materiale”.

Il decreto precisa, in ciò allineando la disciplina legale alla più recente giurisprudenza della Suprema Corte<sup>74</sup>, che l’insussistenza deve riguardare il *“fatto materiale”* contestato al lavoratore e, dunque, ma è facile prevedere una forte tensione interpretative sul punto, un fatto apparentemente depurato da ogni qualificazione giuridica<sup>75</sup>.

Ne deriva, anzitutto, che ai fini dell’individuazione della sanzione applicabile l’accertamento riguarderà la sussistenza del comportamento contestato al lavoratore, con la precisazione che nel concetto di materiale sussistenza della condotta può essere considerato implicito, a ben vedere, anche quello della materiale riferibilità della stessa al lavoratore contestato. Ciò in quanto un fatto esistente, ma compiuto da altri, risulterebbe comunque insussistente avuto specifico riguardo alla sfera comportamentale del lavoratore destinatario della contestazione disciplinare.

<sup>74</sup> Sul significato da attribuire alla insussistenza del “fatto” contestato ai sensi dell’art. 18 della legge n. 300 del 1970 si è come noto espressa la Corte di Cassazione con la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669, stabilendo che *“in tema di licenziamento e reintegrazione ex art. 18 Stat. lav. come modificato dalla L. n. 92 del 2012 la reintegrazione nel posto di lavoro avviene solo in caso di verifica giudiziale della insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento medesimo rispetto alla quale non può esservi alcuna valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”*. La sentenza supera quel diverso orientamento che faceva riferimento al cd. “fatto giuridico” inteso come il fatto globalmente accertato, nell’unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l’elemento soggettivo (Trib. Bologna 15 ottobre 2012). Per un commento alla sentenza della Suprema Corte si veda R. Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in corso di pubblicazione su *Riv. It. Dir. Lav.* In dottrina, sulla nozione di “fatto materiale” si rinvia a A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, p. 875 ss; A. Vallebona, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012, p. 621 ss; M. Marazza, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, p. 612 ss. Sul fatto, come “fatto giuridico” si rinvia a A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 Stat. lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, p. 785 ss; M.T. Carinci, *Fatto “materiale” e fatto “giuridico” nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1326 ss.

<sup>75</sup> Sulla questione del fatto materiale va detto che non può essere in alcun modo ritenuta risolvete l’osservazione, piuttosto diffusa, per la quale l’ordinamento non conosce fatti materiali privi di una qualificazione giuridica. Con parole che sento di condividere profondamente, l’anomalia di questo assunto è stata bene messa in evidenza da R. Del Punta, op. cit., per il quale affermare che il fatto non può che essere giuridico *“non ha di per sé senso, giacché il legislatore, in astratto, può ben isolare la componente materiale di un fatto ... per imputare ad essa un effetto”*. Ciò che va tenuto distinto, in altri termini, è la componente materiale del fatto dagli effetti, ovviamente giuridici, che l’ordinamento ad esso può ricollegare.

5.2. segue: insussistenza del fatto materiale e irrilevanza disciplinare del fatto (nel senso di fatto che non è inadempimento o di fatto non imputabile).

È difficile, invece, dire se nella categoria dell'insussistenza del fatto materiale debba anche rientrare l'ipotesi in cui il fatto contestato esiste, pur essendo privo di rilevanza disciplinare.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il fatto contestato sia in sé oggettivamente privo di qualsiasi rilevanza disciplinare perché non costituisce un inadempimento (licenziamento intimato al lavoratore per non aver salutato il superiore gerarchico) ovvero all'ipotesi in cui l'inadempimento esiste nella sua materialità ma sia determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al lavoratore<sup>76</sup> (art. 1218 cod. civ.) e, quindi, difetti il requisito della colpa (il licenziamento intimato al lavoratore per un fatto commesso per ragioni di forza maggiore).

La risoluzione del rapporto, in questi casi, risulterebbe chiaramente ingiustificata per insussistenza di una giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma si porrebbe comunque il problema di individuare la sanzione da applicare.

Inserendo tali ipotesi tra quelle che possono legittimare la reintegrazione del lavoratore, l'accertamento del Giudice riguarderebbe non solo la sussistenza materiale del fatto ma, a ben vedere, anche la sua qualificazione giuridica alla stregua di un inadempimento imputabile o meno. Una siffatta interpretazione, per alcuni, potrebbe sembrare una forzatura della lettera del decreto che, come visto, è incentrata sulla materialità oggettiva del fatto piuttosto che sulla sua qualificazione.

D'altra parte è però evidente che un licenziamento intimato per fatti privi di rilevanza disciplinare o per fatti commessi senza alcuna colpa risulterebbe del tutto carente di motivazione e, quindi, anche se non nullo, certamente meritevole della sanzione più consistente.

Proprio in considerazione di ciò è ragionevole sostenere - salvo non voler alimentare un pericoloso ed imprevedibile percorso di dilatazione della fattispecie del licenziamento nullo cui la giurisprudenza potrebbe contribuire invocando la nullità dell'atto per frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) - che l'"insussistenza" del fatto materiale deve essere intesa non solo nel senso di "non esistenza" del comportamento contestato ma anche in quello di "assoluta irrilevanza" disciplinare dello stesso.

Il fatto, dunque, può essere considerato materialmente sussistente se integra un inadempimento – qualunque esso sia<sup>77</sup> – imputabile. Mentre è escluso, come del resto chiarito anche dalla Su-

<sup>76</sup> Sul problema della rilevanza dell'imputabilità dell'inadempimento ai fini della legittimazione del rimedio della risoluzione per inadempimento, M. Giorgianni, *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. diritto*, XX, Milano, 1970, pag. 888, per il quale l'imputabilità non condiziona il diritto del creditore di risolvere comunque il contratto. Diversamente, nel senso che l'imputabilità dell'inadempimento assurge ad elemento costitutivo del diritto di risolvere il contratto (art. 1453 cod. civ.), A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. diritto*, XL, Milano, 1989, pag. 1316.

<sup>77</sup> Si esprime nel senso che la reintegrazione opera anche nel caso di un "inadempimento al limite della irrilevante", F. Carinci, op. cit. Ma il punto, a ben vedere, è che l'esclusione di ogni valutazione in merito alla proporzionalità circoscrive l'indagine del giudice esclusivamente all'esistenza o meno di un inadempimento, indipendentemente dalla sua entità.

prema Corte, che l'indagine sulla sussistenza del fatto possa essere condizionata dalla sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo o, più in generale, da una valutazione sulla proporzionalità della sanzione.

Ciò, se non altro, perchè la contestazione disciplinare ha pur sempre ad oggetto "l'addebito" (art. 7, comma secondo, della legge n. 300 del 1970) di un'infrazione (art. 7, comma primo, della legge n. 300 del 1970) disciplinare. Ond'è che se ciò che è contestato non risulta qualificabile alla stregua di un'infrazione, e cioè di un inadempimento (qualunque esso sia), la contestazione ha ad oggetto un fatto materiale insussistente dal punto di vista disciplinare<sup>78</sup>.

Per evitare imprevedibili e forse anche inutili tensioni interpretative sarebbe opportuno un chiarimento in via legislativa sulle questioni della rilevanza disciplinare e della imputabilità del fatto contestato. Chiarimento che non dovrebbe in alcun modo spaventare i teorici della limitazione a tutti i costi della sanzione della reintegrazione proprio in considerazione del fatto, come ora si dirà, che il decreto stesso esclude esplicitamente – per l'individuazione della sanzione applicabile - ogni indagine sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla infrazione.

### 5.3. segue: reintegrazione e preclusione di una verifica di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione.

L'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, nei termini ora descritti, è l'unica ipotesi di accesso alla tutela reintegratoria. La differenza rispetto a quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 è significativa perché l'assenza di ulteriori canali di accesso alla tutela reintegratoria fa sì che una volta accertata la sussistenza del fatto contestato al Giudice è preclusa, ai soli fini della individuazione della sanzione applicabile, ogni indagine e valutazione in merito alla proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Il principio, va da subito chiarito a scanso di ogni equivoco, non limita la discrezionalità del Giudice nella valutazione della proporzionalità del licenziamento al fine di accertarne l'eventuale ingiustificatezza. Come sempre, al Giudice compete in primo luogo il comito di accertare se i motivi posti a base del licenziamento siano sussumibili nelle fattispecie di giusta causa o giustificato motivo, anche alla stregua della verifica di proporzionalità effettuata ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. e delle disposizioni del codice disciplinare.

Piuttosto, ed è questa la novità più rilevante introdotta dal decreto, perché supera l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nella parte in cui dispone la reintegrazione nei casi in cui il codice disciplinare preveda sanzioni di tipo conservativo per l'infrazione oggetto di contestazione risultata sussistente, al Giudice che ritenga il licenziamento ingiustificato è oggi precluso ogni accertamento di proporzionalità ai fini della individuazione della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato intimato per un fatto materiale sussistente.

Ne deriva che in presenza di una infrazione disciplinare di qualsiasi tipo, purchè provata nella sua materiale sussistenza in giudizio, troverà sempre applicazione la tutela indennitaria. Dunque, se il datore di lavoro ha licenziato il lavoratore per un ritardo di pochi minuti, realmente esistito, la

---

<sup>78</sup> Semmai può essere considerato più controversa la rilevanza del requisito della imputabilità dell'inadempimento, tenuto anche conto del dibattito che ancora affanna i civilisti sulla rilevanza o meno della imputabilità dell'inadempimento, certamente necessaria per la fondatezza dell'azione risarcitoria, anche ai fini della risoluzione del contratto (art. 1453 cod. civ.).

reintegrazione non potrà essere disposta ed il lavoratore illegittimamente licenziato avrà diritto ad un indennizzo proporzionato alla sua anzianità di servizio.

È in questo passaggio specifico del decreto che emerge un forte dubbio di razionalità sull'impianto del nuovo sistema sanzionatorio, non tanto avuto riguardo al più ristretto margine di operatività della sanzione della reintegrazione quanto, piuttosto, al connesso meccanismo di quantificazione dell'indennizzo il cui ammontare è esclusivamente proporzionato all'anzianità di servizio. Era forse preferibile, per conferire maggiore certezza ed equilibrio all'impianto sanzionatorio, escludere del tutto l'ipotesi di reintegrazione in caso di licenziamento viziato e, comunque, modulare l'indennizzo in una componente fissa legata all'anzianità di servizio del lavoratore ed in una componente variabile, quantificata dal Giudice alla luce del caso concreto preso in considerazione. In questo modo i datori di lavoro avrebbero avuto la certezza di non dover reintegrare il lavoratore ed i lavoratori licenziati ingiustificatamente per futili motivi avrebbero avuto, come giusto, diritto ad un indennizzo economico maggiormente consistente a prescindere dalla loro anzianità di servizio.

#### 5.4. segue: i problemi sulla ripartizione dell'onere della prova.

Un problema rilevante che si pone è poi quello di capire se il decreto, nella parte in cui afferma che l'insussistenza del fatto materiale deve essere "*direttamente dimostrata in giudizio*", abbia inteso in qualche modo anche superare il principio che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificatezza del licenziamento (art. 5 della legge n. 604 del 1966).

La questione è di grande importanza ma la lettera del decreto non offre adeguate certezze ed induce alcuni primi commentatori, comprensibilmente, a concludere nel senso che nulla è cambiato rispetto a prima<sup>79</sup>. È difficile, però, fare finta che la formulazione del decreto non abbia una portata innovativa.

Per inquadrare correttamente il problema occorre anzitutto evidenziare che il decreto non esclude affatto l'applicabilità dell'intera legge n. 604 del 1966 al nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti limitandosi, piuttosto, ad indicare solo alcune specifiche disposizioni di quella legge non applicabili ai nuovi assunti. Tra le disposizioni non applicabili non è citato l'art. 5 della legge n. 604 del 1966, che come noto onera il datore di lavoro di provare la giustificatezza del licenziamento.

Ond'è che, ai fini della preliminare verifica in merito alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, l'onere della prova continua a gravare sul datore di lavoro perché è lui a dover dimostrare l'esistenza dei fatti giustificativi del recesso. Ne deriva, in altri termini, che il Giudice, ferma restando la sua piena autonomia in merito al controllo proporzionalità effettuato ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. e di quanto previsto dal codice disciplinare, dovrà prendere in considerazione la prova offerta dal datore di lavoro anche, ovviamente, per ciò che riguarda la sussistenza del fatto materiale contestato.

Ove all'esito di tale valutazione il licenziamento risulti ingiustificato (perché sproporzionato rispetto alla infrazione o perché difetti la prova dei fatti posti a suo fondamento) si pone, come già avviene in applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il problema di individuare la sanzione applicabile e di scegliere tra l'indennizzo e la reintegrazione.

---

<sup>79</sup> Per G. Mimmo, op. cit., il decreto non introduce modifiche in materia di ripartizione dell'onere della prova.

Ed è proprio con riferimento a questa specifica e autonoma fase istruttoria, il cui scopo è quello di individuare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo e non di qualificare il licenziamento come ingiustificato o no, che può emergere un impatto della nuova formulazione adottata dal decreto nella parte in cui è disposto che l'insussistenza del fatto materiale deve essere *“direttamente provata in giudizio”*<sup>80</sup>.

Restando alla lettera della disposizione, infatti, sembrerebbe che la reintegrazione possa essere disposta solo nel caso in cui il lavoratore dimostri in giudizio l'insussistenza del fatto a lui contestato, non essendo chiaramente ipotizzabile che sia il datore di lavoro a dover dimostrare la medesima circostanza.

E tale conclusione risulterebbe avvalorata dal fatto che il decreto richiede che l'insussistenza del fatto sia *“direttamente”* dimostrata in giudizio. Il lavoratore, dunque, per ottenere la reintegrazione dovrebbe offrire la prova negativa in merito all'insussistenza del fatto contestato, e ciò in applicazione del principio giurisprudenziale giusto il quale la regola che ripartisce l'onere probatorio *“non subisce deroga quando ne formino oggetto fatti costitutivi negativi, ancorchè l'onere possa, in tale caso, essere assolto mediante dimostrazione del fatto positivo contrario oltre che - ovviamente - mediante la prova - anche presuntiva - dello stesso fatto negativo”*<sup>81</sup>.

Ne deriverebbe, in pratica, che per l'applicazione della reintegrazione non sarebbe più sufficiente constatare la carenza delle prove offerte dal datore di lavoro in merito alla sussistenza del fatto. Occorrerebbe infatti anche un'adeguata prova da parte del lavoratore, che può consistere in una prova positiva contraria al fatto contestato ovvero in una prova negativa dello stesso fatto. E nel fornire tale prova, peraltro, il lavoratore non potrà invocare il sistema delle presunzioni giacchè il decreto richiede che la prova sia diretta (*“direttamente provato”*)<sup>82</sup>.

L'effetto pratico, ove questa fosse la corretta interpretazione del decreto, è che la reintegrazione – in mancanza di adeguata prova diretta contraria da parte del lavoratore circa l'insussistenza del fatto contestato - non potrebbe essere disposta in presenza di carenza di prova da parte del datore di lavoro in merito ai fatti contestati in quanto la mancata soddisfazione degli oneri probatori posti a suo carico inciderebbe esclusivamente sulla valutazione della illegittimità del licenziamento (ma non anche sul regime sanzionatorio applicabile).

L'effetto appare per certi versi eccessivo ed è indubbio che anche questo punto affannerà non poco gli interpreti.

<sup>80</sup> La novità introdotta dal legislatore non sembra riguardare soltanto il tema dell'onere probatorio, ma anche un eventuale limite alle prove che possono essere ammesse nell'ambito del giudizio. In ordine a tale ultimo profilo, la prova richiesta al lavoratore può qualificarsi come negativa (o contraria), là dove mira a stabilire che un fatto non si è verificato e quindi che il relativo enunciato è falso (M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, in Trattato di diritto civile e commerciale, 2012, p.58). La prova negativa può essere data dalla *“dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (...) non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto”* (Cass. Sez. III, 13 giugno 2013, n. 14854). Tale costante orientamento sembra, tuttavia, soltanto parzialmente recepito dalla lettera della disposizione in esame che sembra prevedere la sola prova *“diretta”* dell'insussistenza del fatto, escludendo in tal senso le c.d. prove indirette negative, come le presunzioni ex art. 2727 cod. civ. e ss.

<sup>81</sup> Cass. 9 giugno 2008, n. 15162. In senso conforme anche le sentenze n. 384, 3374, 18480 del 2007; n. 12963 del 2005; n. 23229 del 2004.

<sup>82</sup> Vedi le due note qui sopra.

## 6. La reintegrazione nei licenziamenti per inidoneità fisica o psichica del lavoratore ed il regime sanzionatorio del licenziamento per superamento del comportamento illegittimo.

La reintegrazione ad effetti risarcitori ridotti è disposta dal giudice anche nel caso in cui il licenziamento sia intimato per ragioni consistenti nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, e presenti un vizio di giustificazione.

Ne deriva che avrà diritto alla reintegrazione il lavoratore disabile obbligatoriamente assunto, licenziato in violazione della specifica disciplina a loro applicabile in caso di aggravamento delle condizioni di salute incompatibile con lo svolgimento delle mansioni contrattualmente dovute (art. 10, comma terzo, legge n. 68 del 1999), nonché il lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio e malattia, ove il licenziamento sia stato disposto senza verificare la possibilità di assegnare il dipendente a mansioni equivalenti o inferiori (art. 4, comma quarto, della legge n. 68 del 1999).

Per quanto il decreto, a differenza di quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, non faccia espresso riferimento al licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. appare ragionevole sostenere che per questa peculiare tipologia di recesso la motivazione sia comunque riconducibile all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore<sup>83</sup>. Con la conseguenza che in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento viziato per difetto di giustificazione dovrebbe comunque trovare applicazione la reintegrazione ad effetti risarcitori ridotti<sup>84</sup>.

Ad una siffatta conclusione induce la lettera del decreto che fa un generico riferimento ai licenziamenti per ragioni di inidoneità fisica o psichica del lavoratore, *“anche”* ai sensi della legge n. 68 del 1999. Ond'è che le ipotesi specificatamente individuate da quella legge non esauriscono, ai fini della applicazione della sanzione della reintegrazione, tutte le possibili ipotesi di licenziamento intimato per motivi inerenti l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (anche se temporanea).

## 7. Il regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare proceduralmente viziato, tra indennizzo e tutela reintegratoria.

Come già emerso anche con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 la sanzione della reintegrazione dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui il licenziamento disciplinare non sia preceduto dalla contestazione dell'addebito richiesta dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

---

<sup>83</sup> Si è soliti distinguere la malattia dall'inidoneità al lavoro, *“per essere la prima di carattere temporaneo e implicante la totale impossibilità della prestazione, che determina, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., la legittimità del licenziamento quando ha causato l'astensione dal lavoro per un tempo superiore al periodo di comporta, laddove la seconda ha carattere permanente o, quanto meno, durata indeterminata o indeterminabile, e non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione consentendo la risoluzione del contratto, ai sensi degli artt. 1256 e 1463 cod. civ.”* (Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404). Stante tale distinzione, là dove il decreto non specifica che l'inidoneità debba avere carattere permanente o quanto meno di durata indeterminata o indeterminabile, consente di affermare che nell'ambito di applicazione della disposizione rientri anche la malattia intesa come inabilità ovvero impossibilità temporanea al lavoro.

<sup>84</sup> In senso contrario, però, G. Mimmo, op. cit., per il quale in caso di recesso intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. non può trovare applicazione la sanzione della reintegrazione.

In tal caso, infatti, il presunto inadempimento del lavoratore non risulterebbe contestato e, dunque, si configurerebbe un'ipotesi di *insussistenza del fatto materiale contestato*, documentalmente provata, con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro senza necessità di ulteriori allegazioni in giudizio.

Ne deriva che la disposizione del decreto che per i licenziamenti disciplinari prevede un indennizzo ridotto in caso di *“violazione della procedura di cui all’art. 7 della legge n. 300 del 1970”* sembra più che altro applicabile quando la contestazione è priva di adeguata specificità o risulta violato uno dei passaggi o termini procedurali richiesti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per l’esercizio del potere disciplinare.

#### 7.1. segue: il problema della natura formale o procedurale della violazione dei requisiti di tempestività e immediatezza.

Resta un dubbio su cosa debba esattamente intendersi per violazione della procedura, ed è un peccato che il decreto non abbia definitivamente risolto i nodi interpretativi che già erano emersi nell’applicazione dell’art. 18. Ciò in quanto se è pacifico che tra i vizi procedurali rientrano quelli appena menzionati non altrettanto chiara è la natura, procedurale o sostanziale, dei vizi di tempestività e immediatezza della contestazione e del provvedimento disciplinare. Sul punto sono consentite diverse opzioni interpretative e proprio per questo serviva il coraggio di una maggiore chiarezza.

Per la Suprema Corte - che si è di recente pronunciata in un *obiter dictum* sull’analogia formulazione contenuta nell’art. 18, comma sesto, della legge n. 300 del 1970 - mentre il requisito della tempestività del licenziamento è da considerare elemento costitutivo del recesso, ed incide pertanto sul profilo della giustificatezza del licenziamento con accesso alla tutela indennitaria piena, quello della immediatezza della contestazione rispetto al momento in cui l’infrazione è nota rientra tra le regole processuali la cui violazione può dare luogo all’indennizzo ridotto<sup>85</sup>.

L’affermazione non è argomentata, se non con l’assunto della natura costitutiva del requisito della tempestività, ed i primi commentatori della sentenza non hanno mancato di sollevare qualche dubbio ipotizzando che i vizi di tempestività ed immediatezza incidono entrambi sul profilo della giustificatezza del recesso dando luogo alla tutela indennitaria piena, ovviamente se il fatto è contestato e sussiste<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Cass. n. 23669 del 2014. L’assolutezza di una siffatta classificazione dei requisiti di tempestività e immediatezza può essere discutibile, anche tenuto conto che la giurisprudenza sia di legittimità che di merito usa questi termini in modo assai fungibile, ma aiuta a fissare i concetti ed è dunque utile al dibattito. In dottrina il termine “immediatezza” è stato impiegato per la prima volta come sinonimo di “tempestività” nel commento all’art. 7 di L. Monutschi, in G. Ghezzi, F. Mancini, U. Romagnoli, *Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Brancaccio, Roma, 1979.

<sup>86</sup> R. Del Punta, op. cit., per il quale i requisiti in questione sarebbero entrambi rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento, per ragioni sostanziali e non procedurali, “essendo l’immediatezza/tempestività della reazione un elemento costitutivo dell’illecito disciplinare, in quanto sintomo dell’impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro”. Negli stessi termini, V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 190/2013. Negli stessi termini C. Pisani, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, p. 264 ss; M. Barbieri, *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, 2013 p. 11 ss. Diversamente, distingue tra tardività della contestazione disciplinare e tardività dell’esercizio del potere disciplinare, facendo ricadere soltanto la prima nell’ambito della tutela indennitaria, A. Maresca, op. cit.

La questione si presenta estremamente complessa e va affrontata in primo luogo individuando quale sia la fonte dei principi di immediatezza della contestazione e tempestività del licenziamento per chiarire se il loro fondamento è da ricercare nell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 o altrove (a partire dall'art. 2016 cod. civ.) giacchè, come evidente dal tenore del decreto, nel secondo caso non potrebbe trovare applicazione la tutela indennitaria ridotta (vedi n. 1 e note ivi riportate) (che il decreto, come detto, prevede solo in caso di violazione della "procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970").

A tal riguardo può forse tornare utile considerare quell'orientamento per il quale la *ratio* dei principi di immediatezza e tempestività "riflette l'esigenza di osservare le regole di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro"<sup>87</sup>, ond'è che si potrebbe argomentare che quei vincoli sono posti all'esercizio del potere disciplinare ai sensi e per gli effetti dell'artt. 1175, 1375 cod. civ. e non dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

Ciò con una duplice conseguenza. In primo luogo seguendo questo schema argomentativo la violazione dei principi di tempestività ed immediatezza non potrebbe essere considerata alla stregua di una violazione della procedura disciplinare dettata dallo statuto dei lavoratori, con l'effetto che il licenziamento per queste ragioni viziato dovrebbe dare luogo alla sanzione indennitaria piena (almeno in tutti casi in cui il fatto contestato è comunque esistente). Inoltre, il riferimento ai principi di correttezza e buona fede aiuterebbe comunque a distinguere il vero vizio di tempestività e immediatezza da quello meramente procedurale consistente, ad esempio, nell'intimazione del licenziamento con qualche giorno di ritardo rispetto al termine di intimazione del provvedimento disciplinare eventualmente posto dalla contrattazione collettiva<sup>88</sup>. È questo, infatti, un ulteriore e non irrilevante vantaggio di sistematizzazione che si può ottenere assegnando, per il tramite della correttezza e buona fede, agli obblighi di tempestività e immediatezza un contenuto che prescinde dall'art. 7 dello Statuto e dalla rigida scansione temporale della procedura disciplinare e che si identifica, piuttosto, nel dovere del datore di lavoro/creditore di adoperarsi per la salvaguarda dell'interesse del lavoratore/debitore, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio (art. 2 Cost; artt. 1175, 1375 cod. civ.)<sup>89</sup>.

Ma il principio della buona fede *in executivis* integra gli obblighi contrattuali e, con qualche spazio argomentativo, si potrebbe obiettare che la buona fede non introduce nuove posizioni giuridiche soggettive bensì specifica i contenuti di diritti ed obblighi che integrano il regolamento contrattuale in virtù di altre disposizioni di legge che, nel nostro caso, sono l'art. 2016 cod. civ. e l'art. 7 della legge n. 300 del 1970. Il che, a ben vedere, imporrebbe comunque di ascrivere i requisiti di

<sup>87</sup> Cass. n. 14756 del 2014; Cass. n. 1995 del 2012.

<sup>88</sup> Se pur, stando al dato letterale, la regolamentazione prevista dalla contrattazione collettiva sembra espunta dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria, là dove il decreto fa riferimento esclusivamente ai vizi previsti per legge, si potrebbe approdare a conclusioni del tutto opposte, rilevando che le eventuali procedure contrattuali partecipano integrano quelle di natura legale. In tal senso in relazione all'art. 18, sesto comma della l.n.92/2012 A. Maresca, op. cit.

<sup>89</sup> C. M. Bianca, *La nozione*, op. cit., p. 209 ss. In giurisprudenza, Cass. n. 3362 del 1989, in *Foro It.*, 1989, I, p. 2750; Cass. n. 3775 del 1994, in *Foro It.*, 1995, I, p. 1296; Cass. 15 marzo 1999, n. 2284, in *Foro It.*, 1999, I, p. 1165. Ma vedi anche le considerazioni di M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, p. 139, che rileva l'indeterminatezza del criterio della apprezzabilità. In generale, sul controllo dei poteri del datore di lavoro secondo le regole generali di correttezza e buona fede, M. Marazza, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo II, Padova, 2012, pag. 1306.

tempestività ed immediatezza, alternativamente, ad una delle due disposizioni appena citate con esiti finali, va detto, difficilmente prevedibili<sup>90</sup>.

#### **8. Il regime sanzionatorio del licenziamento per motivi oggettivi proceduralmente o formalmente viziato.**

La tutela indennitaria ridotta trova applicazione anche nel caso in cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia intimato in violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma secondo, della legge n. 604 del 1966 ai sensi del quale *“la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”*.

C'è però da dire che, a differenza di quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo del tutto privo di indicazione dei motivi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 dovrebbe comunque trovare applicazione la tutela indennitaria giacché la reintegrazione, nel nuovo regime, non è contemplata per il caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (anzi, più precisamente, non è affatto contemplata).

L'assoluta carenza di motivazione, semmai, potrà essere oggetto di valutazione al fine di accertare la riconducibilità del licenziamento a motivi disciplinari o, peggio, discriminatori.

---

<sup>90</sup> In questa prospettiva quanto affermato dalla Suprema Corte appare, in fine dei conti, argomentabile. Se il vizio di tempestività del provvedimento può essere ricondotto all'art. 2106 cod. civ., per quanto riguarda il requisito di immediatezza della contestazione disciplinare – elaborato dalla giurisprudenza a tutela del diritto di difesa del lavoratore – non si può prescindere dall'art. 7 dello Statuto, il cui comma secondo introduce sia l'obbligo della contestazione che il diritto di difesa del lavoratore (per la soddisfazione del quale, per l'appunto, la contestazione deve essere immediata rispetto all'infrazione). Proprio in considerazione di ciò, a ben vedere, può forse essere condivisa l'affermazione secondo cui il vizio di immediatezza è un vizio formale che può dare luogo alla tutela indennitaria ridotta mentre il vizio di tempestività del provvedimento è estraneo alla procedura disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e darà luogo, ove riscontrato, alla tutela indennitaria piena o, se il fatto materiale contestato è inesistente, alla tutela reintegratoria. Resta a mio avviso un problema logico da risolvere, perché se è tardiva la contestazione e quasi inevitabile che sia tardivo – rispetto al momento in cui si palesa l'infrazione – anche il successivo licenziamento. Salvo non voler dire che la tempestività del licenziamento si deve misurare non rispetto al momento della infrazione bensì avuto riguardo al tempo in cui il lavoratore si è giustificato. Ma così ragionando anche il requisito della tempestività del licenziamento tende ad essere riassorbito nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

**Un *grand arrêt* della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro *precariato scolastico statale*: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la *non applicazione* della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei *seguiti*)\***

Michele De Luca

1. Una sentenza storica – un *grand arrêt* – della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: sebbene non introduca principi innovativi. 42
2. Segue: passaggi essenziali – anche in funzione dei *seguiti* – della sentenza. 43
3. Segue: contrasto – con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte – della disciplina interna sul precariato scolastico statale. 48
4. Segue: non comporta, tuttavia, l'espunzione, dal nostro ordinamento, della disciplina interna confliggente del precariato scolastico statale. 49
5. Segue: non comporta neanche la non applicazione della disciplina interna confliggente del precariato scolastico statale. 51
6. Segue: seguito, dinanzi alla nostra Corte costituzionale, funzionale all'espunzione, dal nostro ordinamento, della disciplina interna confliggente del precariato scolastico statale. 54
7. Segue: e stabilizzazione *ope legis* del precariato scolastico statale. 54
8. Segue: e problema aperto del precedente giudicato interno, in senso contrario o, comunque, diverso rispetto alla sentenza sopravvenuta. 55

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 237/2015

## 1. Una sentenza storica – un grand arrêt – della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: sebbene non introduca principi innovativi.

Pare, effettivamente, una *sentenza storica* – un *grand arrêt* – la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea – in sede di rinvio pregiudiziale – sul nostro *precariato scolastico statale*.<sup>91</sup>

Eppure non reca principi innovativi.

Sembra sostanzialmente ribadita, infatti, l'opinione diffusa che – per risultare idonee a *giustificare* la successione di contratti di lavoro a tempo determinato tra le stesse parti – le *ragioni sostitutive* non possono, all'evidenza, essere *permanenti*.

In altri termini, sembra ribadita la palese incompatibilità delle *ragioni sostitutive*, appunto, con l'inesistenza dei *sostituiti*.

### 1.1. Peraltro lo stesso principio risulta già enunciato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.<sup>92</sup>

Infatti la Corte<sup>93</sup> – in punto di *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* di contratti di lavoro a tempo determinato – aveva già avuto occasione di osservare:

*“Il fatto di richiedere automaticamente la conclusione di contratti a tempo indeterminato, qualora le dimensioni dell'impresa o dell'ente interessato e la composizione del suo personale comportino che il datore di lavoro debba far fronte ad un'esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo, oltrepasserebbe gli obiettivi perseguiti dall'accordo quadro e dalla direttiva 1999/70 e violerebbe il margine di discrezionalità riconosciuto da questi ultimi agli Stati membri e, se del caso, alle parti sociali”.*

E, coerentemente, aveva concluso:

*“Spetta al giudice del rinvio, (...), valutare se, nelle circostanze della fattispecie principale, l'impiego di un dipendente per un periodo di undici anni in forza di tredici contratti successivi a tempo*

---

<sup>91</sup> Vedi. Corte giust. U.E. 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, che dichiara testualmente: *La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.*

<sup>92</sup> Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 211/2014; LPA, 2013, n. 6, 941 ss., al quale si rinvia, anche per riferimenti ulteriori.

Peraltro lo ricorda la stessa sentenza in esame, spec. § 72, 87 e, soprattutto 100 (vedi *infra*).

<sup>93</sup> Vedi. Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük (in Foro it., 2012, IV, 112; con nota di richiami di A.M. PERRINO), spec. § 52.

determinato sia conforme alla clausola 5 (...)”.<sup>94</sup>

**1.2.** La prospettata configurazione di “un’esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo” – quale ragione obiettiva per la giustificazione del rinnovo – sembra ricevere, tuttavia, una successiva precisazione.

Infatti è stato ribadito, bensì, che la clausola 5 dell’accordo quadro “non osta a una normativa nazionale, (...), che consente alle università di rinnovare contratti di lavoro a tempo determinato successivi conclusi con docenti associati, senza alcun limite della durata massima e del numero di rinnovi di tali contratti, qualora tali contratti siano giustificati da una ragione obiettiva ai sensi del punto 1, lettera a), di tale clausola, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

Tuttavia spetta allo stesso giudice del rinvio – come è stato precisato contestualmente – “verificare in concreto che (...) il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in parola intendesse effettivamente soddisfare esigenze provvisorie e che una normativa come quella controversa nel procedimento principale non sia stata utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale docente”.<sup>95</sup>

In altri termini le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo non possono essere integrate, in nessun caso, da esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale.

**1.3.** La sentenza della Corte di giustizia sul precariato scolastico statale costituisce, quindi, niente altro che la conferma e, per così dire, il coronamento – con riferimento ad una ipotesi macroscopica di ragione sostitutiva permanente – della giurisprudenza precedente della stessa Corte.<sup>96</sup>

Non possono essere trascurati, tuttavia, i passaggi essenziali – anche in funzione dei seguiti (vedi *infra*) – della sentenza in esame.

## 2. Segue: passaggi essenziali – anche in funzione dei seguiti – della sentenza.

Intanto “il solo fatto che la normativa nazionale, di cui trattasi nei procedimenti principali<sup>97</sup>, possa essere giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi di tale disposizione (articolo 5, punto 1,

<sup>94</sup> Così, testualmente, la stessa Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük, cit., spec. § 55.

<sup>95</sup> Vedi Corte giust. 13 marzo 2014, in c.190/13, spec. § 60.

<sup>96</sup> Lo ricorda, esplicitamente, la sentenza in esame, spec. §72, 87 e, soprattutto 100, cit., laddove si legge: “Orbene, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell’accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell’impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)”.

<sup>97</sup> Vedi legge 3 maggio 1999, n. 123 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), articolo 4 (Supplenze), comma 1, 6, 11 e 14 bis, laddove stabilisce:

1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente

della direttiva)<sup>98</sup> *non può essere sufficiente a renderla ad essa conforme, se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato*": è la stessa Corte di giustizia a stabilirlo (spec. § 104 della sentenza in esame).

Coerente ne risultano le conclusioni – in dispositivo – che la stessa disposizione della direttiva (art. 5, punto 1, cit.) *"deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali (.....)"*.

In altri termini, l'interpretazione della direttiva (art. 5, punto 1, cit.) – che la Corte di giustizia propone – *osta* alla normativa nazionale – non già nella sua formulazione letterale, ma – in quanto *"autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili (...)"*.

Sembra riecheggiare – nella sentenza della Corte di giustizia – la distinzione tra *disposizione* e *norma* – tra *formulazione letterale*, appunto, e *significato attribuito in sede di interpretazione ed applicazione*, rispettivamente – che viene proposta dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.<sup>99</sup>

Né tale distinzione risulta priva di rilievo in funzione del *sequito* – dinanzi alla nostra Corte costituzionale – della sentenza in esame della Corte di giustizia (vedi *infra*).

---

*di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo. (...).*

*6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge. (...).*

*11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'art. 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto "Scuola", pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'art. 554 del testo unico.(...).*

*14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in molo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni.*

<sup>98</sup> Vedi Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5.

<sup>99</sup> Sulla distinzione tra *disposizioni* e *norme* – nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale – vedi, per tutti, F. MODUGNO, *i criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in Quaderni costituzionali, 1989, 37, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, *passim*, spec. Cap. 7 (*SPOSTAMENTO DI PROSPETTIVA. Da giurisdizione di repressione a giurisdizione d'interpretazione*), 337 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, *passim*, spec. capitolo quattordicesimo (*Il giudice delle leggi, artefice del diritto*), 337 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011, *passim*, spec. 536.

2.1. Lo scrutinio della Corte di giustizia – sul prospettato *“ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”* – viene articolato, poi, in relazione alla triplice *tipologia delle supplenze* (§ 90 della sentenza) e tiene conto, peraltro, del *doppio canale* per l'immissione in ruolo (§ 89), prima di pervenire a coerenti conclusioni (§ 91 ss.)

2.2. Intanto la normativa nazionale (quale risulta dal *combinato disposto* dell'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124 con l'articolo 1 del decreto 13 giugno 2007, n.131, *Regolamento recante norme per il conferimento delle supplenze al personale docente ed educativo, ai sensi dell'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124*, appunto) prevede *“tre tipi di supplenze: in primo luogo, le supplenze annuali sull'organico «di diritto», in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, per posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare, il cui termine corrisponde a quello dell'anno scolastico, ossia il 31 agosto; in secondo luogo, le supplenze temporanee sull'organico «di fatto», per posti non vacanti, ma disponibili, il cui termine corrisponde a quello delle attività didattiche, ossia il 30 giugno, e, in terzo luogo, le supplenze temporanee, o supplenze brevi, nelle altre ipotesi, il cui termine corrisponde alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte”* (§ 90 della sentenza).

2.3. Peraltro *“l'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento.*

*Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo”* (§ 89 della sentenza).

2.4. Ora la normativa nazionale consente il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato *“per sostituire, da un lato, personale delle scuole statali, in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, nonché, dall'altro, personale di tali scuole che si trova momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le sue funzioni non è di per sé contraria all'accordo quadro.”*

Agevoli ne risultano – alla luce della giurisprudenza della stessa Corte – le conclusioni: il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, *“per sostituire (.....) personale di tali scuole che si trova momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le sue funzioni, non è di per sé contraria all'accordo quadro”* (§ 91 della sentenza).

Al contrario – come la stessa Corte ha dichiarato in numerose occasioni – *“il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.*

*Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i*

*contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)*" (§ 100 della sentenza).

In altri termini, *"l'osservanza della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro richiede quindi che si verifichi concretamente che il rinnovo di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che una disposizione nazionale – quale l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007 – non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)"* (§ 101 della sentenza).

Palese ne risulta, quindi, il rilievo scriminante, che viene attribuito – al fine della *giustificazione dei rinnovi* – all'impiego in *posti vacanti e disponibili, in quanto privi del titolare*, da un lato, ed alla *sostituzione temporanea di altro dipendente*, dall'altro (§ 90 ss. della sentenza).

**2.5.** Parimenti in tema di *giustificazione dei rinnovi*, particolare rilievo assume, tuttavia, l'esplicita, quanto univoca, affermazione (spec. § 84. della sentenza) – per la prima volta, a quanto consta – che la normativa nazionale non prevede *"alcuna misura equivalente a quelle enunciate alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro"*.

Invero lo stesso *accordo quadro* (recepito dalla direttiva) prevede che – nell'esercizio dell'*ampia discrezionalità*, di cui gli stati membri dispongono – il loro diritto interno può contenere – per la prevenzione di abusi nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato – *norme giuridiche equivalenti* rispetto alle *misure* alternative per la *prevenzione degli abusi*, che risultano *tipizzate* contestualmente (oltre le *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo*, appunto, la *durata massima totale dei contratti o dei rapporti ed il numero dei rinnovi*).<sup>100</sup>

**2.6.** Sul sistema sanzionatorio – per il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola statale – la Corte di giustizia, poi, riesce a pervenire ad una decisione definitiva, che pare assorbente rispetto alle *verifiche* riservate ai giudici del rinvio ed, in genere, ai giudici nazionali.

Infatti la normativa interna speciale – per il settore della scuola statale, appunto – *"esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno"*.

Né può trovare applicazione il regime generale – in senso contrario – per il settore pubblico (art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001).

<sup>100</sup>Palese risulta il rilievo della esplicita, quanto univoca, esclusione di *norme giuridiche equivalenti* – nel nostro ordinamento interno – ove si consideri che riposa, essenzialmente, sulla configurazione della disciplina interna del *precariato scolastico statale* – quale *norma equivalente*, appunto – l'unica sentenza della Corte di cassazione, che ha pronunciato sul *precariato scolastico*, in senso contrario rispetto alla sentenza in esame della Corte di giustizia vedi Cass. n. 10127 del 20 giugno 2012, in Foro it., 2012, I, 2004, con nota di PERRINO; annotata da: VALLEBONA, in MGL, 2012, 792; FIORILLO, in RIDL, 2012, II, 870,

Peraltro la stessa normativa speciale di settore “non consente neanche la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato”.

Né può trovare applicazione – in quanto esplicitamente esclusa per la scuola statale – la disciplina generale (art. 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001), laddove sancisce testualmente: “qualora, per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l’altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato (...)”

Mentre “non può essere considerata una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo” la possibilità – affatto *aleatoria* – dell’immissione in ruolo del *supplente* per effetto dell’avanzamento in graduatoria.

Tale possibilità, infatti, “non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall’osservanza dell’obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato” (§ 114 ss. della sentenza).

Pertanto l’esclusione di qualsiasi sanzione – nella nostra normativa interna sul *precariato scolastico statale* – risulta in palese contrasto con la normativa dell’Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia (§ 77 ss. della sentenza).

**2.7.** È ben vero che – nel difetto di previsioni specifiche, sul punto, del diritto dell’Unione – spetta alle autorità nazionali l’adozione di misure sanzionatorie per la repressione, appunto, del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La *discrezionalità* degli stati membri, tuttavia, incontra i limiti che risultano dalla imposizione di requisiti indefettibili per le stesse misure sanzionatorie: la *effettività* si coniuga, in tale prospettiva, con la *proporzionalità*, la *equivalenza* – rispetto a misure “che riguardano situazioni analoghe di natura interna” – e la *efficacia dissuasiva*.

Tuttavia la prospettata esclusione di qualsiasi sanzione – nella nostra normativa interna sul *precariato scolastico statale* – è, da sola, sufficiente per integrarne il contrasto con la normativa dell’Unione.

Mentre i *requisiti* indefettibili di tali sanzioni – imposti dalla Corte di giustizia – assumono rilievo, nel caso in esame, in funzione dei *seguiti* della sentenza della Corte di giustizia, di che trattasi (vedi *infra*).

### 3. Segue: contrasto – con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte – della disciplina interna sul precariato scolastico statale.

La disciplina interna del *precariato scolastico statale*<sup>101</sup> risulta, pertanto, in palese contrasto con il diritto dell'Unione europea in materia di contratti di lavoro a tempo determinato<sup>102</sup>, come interpretato dalla Corte di giustizia – in sede di rinvio pregiudiziale – con la sentenza in esame.<sup>103</sup>

Tanto basta per ritenerla una *sentenza storica*, un un *grand arrêt*, sebbene non rechi – per quanto si è detto – principi innovativi.

**3.1.** Non si tratta, tuttavia, di uno degli inadempimenti consueti – ad obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea – che collocano il nostro paese al vertice, certo non ambito, della graduatoria tra i paesi membri inadempienti.<sup>104</sup>

Con riferimento alla direttiva in materia di contratti di lavoro a tempo determinato<sup>105</sup>, invero, il nostro paese detiene, addirittura, un primato virtuoso rispetto agli altri paesi.

Prima di ogni altro, infatti, ha *anticipato* (con la legge n. 230 del 1962) la *conformazione* dell'ordinamento interno alla direttiva stessa, che sarebbe sopravvenuta molti anni dopo.<sup>106</sup>

Mentre la successiva *trasposizione* della direttiva – nel nostro ordinamento interno<sup>107</sup> – ha superato, ripetutamente, lo scrutinio di conformità al diritto dell'Unione europea.<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Vedi legge 3 maggio 1999, n. 123 (*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*), articolo 4 (*Supplenze*), comma 1, 6, 11 e 14 bis, cit.

<sup>102</sup> Vedi Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5, cit.

<sup>103</sup> Vedi Corte just. U.E. 26 novembre 2012, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, cit.

<sup>104</sup> Il *Rapporto annuale sul controllo dell'applicazione de diritto dell'Unione (2013)* della Commissione europea, infatti, colloca il nostro paese al primo posto – per numero di infrazioni al 31 dicembre 2013 (104) e per numero di lettere di messa in mora (58) – al terzo posto (preceduto da Slovenia e Cipro) per casi di ritardo nella trasposizione di direttive (24).

La gravità dell'inadempienza, tuttavia, risulta confermata, vieppiù, dal confronto con il paese più virtuoso (la Croazia): due infrazioni al 31 dicembre 2013 e due ritardi nella trasposizione di direttive (pur tenendo conto, tuttavia, della data d'ingresso nell'Unione),

<sup>105</sup> Vedi Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5, cit.

<sup>106</sup> Vedi M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in FORO IT. 2002, V, 93, § 1.4, laddove si legge:

*“In tale prospettiva, assume rilievo evidente la «situazione di anticipata conformazione» del nostro ordinamento a quello comunitario in materia di lavoro a tempo determinato — già garantita dalla disciplina interna nella stessa materia (l. 18 aprile 1962 n. 230, e successive modifiche ed integrazioni), in vigore ancor prima della direttiva — che non sembra trovare riscontro, almeno negli stessi termini, in alcuno degli altri ordinamenti nazionali a raffronto.”.*

Vedi, altresì, Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 41 (in Foro it., 2000, I, 701, con nota di Romboli; annotata, tra gli altri, da CARTABIA, in Riv. Dir. pubbl. comunitario, 2000, 175), che ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum abrogativo di disposizioni della legge 18 aprile 1962 n. 230 – “la cui abrogazione esporrebbe lo stato italiano a responsabilità nei confronti della comunità europea” – in base al rilievo (§8.4) che, “qualora si consideri la lettera e lo spirito della direttiva in questione (.....), l'ordinamento italiano risulta anticipatamente conformato agli obblighi da essa derivanti”.

<sup>107</sup> Con decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, cit., appunto.

<sup>108</sup> Vedi Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214 (in FI 2010, I, 46, con nota di PERRINO; annotata, tra gli altri, da FERRARO, in Diritti lavori mercati 2009, 433), che dichiara infondate “le questioni di legittimità costituzionale (in relazione, tra l'altro all'art. 117, 1° comma, cost.) degli art. 1, 1° comma, e 11 d.leg. n. 368 del 2001, nelle parti in cui, rispettivamente, consentono l'apposizione di un termine alla

**3.2.** Questa volta, l'inadempimento – ad obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea – risulta, in positivo, da disciplina speciale di settore, concernente il nostro *preariato scolastico statale*.<sup>109</sup>

Ne risulta, per quanto si è detto, una ipotesi macroscopica, un *caso di scuola* – per così dire – di *ragione sostitutiva permanente*, affatto inidonea a *giustificare* – a norma della direttiva dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia – la successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

#### **4. Segue: non comporta, tuttavia, l'espunzione, dal nostro ordinamento, della disciplina interna confliggente del preariato scolastico statale.**

La sentenza della Corte di giustizia, tuttavia, sarebbe destinata a convivere – in dipendenza dei propri limiti di *efficacia* – con la normativa interna confliggente.

**4.1.** Invero la Corte – in sede di *rinvio pregiudiziale*<sup>110</sup>, come nella specie – non può pronunciare sulla interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali, né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario (ora dell'Unione), ma soltanto limitarsi a *“fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione, attinenti al diritto comunitario, che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto”*.<sup>111</sup>

---

*durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro, e dispongono l'abrogazione dell'intera l. 18 aprile 1962 n. 230, in riferimento agli art. 76, 77 e 117 cost.”.*

Vedi altresì, Corte cost., 29 maggio 2013, n. 107. (in FI 2013, I, 2373: annotata, tra gli altri, da: MENGHINI, in RGL, 2013, II, 579; DE MICHELE, Lavoro giur., 2013, 813), che sostanzialmente ribadisce la declaratoria di infondatezza della medesima questione di legittimità costituzionale, con la precisazione esplicita (*senza l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire*), riferita alle *ragioni sostitutive*, per rimuovere i dubbi che erano stati sollevati dalla sentenza precedente.

Non sembrano, invece, porre problemi di conformità – all'ordinamento dell'Unione europea (in relazione agli art. 11 e 117, 1° comma, Cost.) – né la questione di legittimità costituzionale riguardanti *discipline transitorie* – che sono state dichiarate fondate (da Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, cit. e da Corte cost. 4 marzo 2008, n. 44, in FI, 2008, I, 1390; annotata, tra gli altri, da: VALLEBONA, in MGL, 2008, 383; ANDREONI, in RGL, 2008, II, 331; Quaranta, in RIDL, 2008, II, 504; DE MICHELE, in Lavoro giur., 2008, 367) – né la questione di legittimità costituzionale – dichiarata, invece, infondata (da Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, cit) – concernente *“la disciplina speciale del lavoro a termine nel settore postale mediante tipizzazione di un'ipotesi di valida opposizione del termine in base ad una valutazione - operata dal legislatore una volta per tutte in via generale e astratta - delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una parte di organico sicuramente flessibile funzionale all'onere di svolgimento del c.d. servizio universale”*.

<sup>109</sup> Vedi riferimenti a nota 7.

<sup>110</sup> Ai sensi dell'articolo 267 (già 177) TFUE, degli articoli 23 e, soprattutto, 23 bis dello statuto della Corte, degli articoli 103, 104, 104 bis e, soprattutto 104 ter del regolamento di procedura –introdotta (al pari dell'articolo 23 bis dello statuto) a seguito delle modifiche decise con l'approvazione del Trattato di Lisbona – nonché delle *“indicazioni pratiche, prive di qualsiasi valore vincolante”*, recate dalla *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* del 1996, sostituita dalla – sostanzialmente identica – *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* (2009/C 297/01).

<sup>111</sup> Così, testualmente, Corte giust. 23 gennaio 2003, in c. 57/01, punto 55, e la costante giurisprudenza conforme.

In senso contrario pare, tuttavia, Trib. Napoli 21 gennaio 2015, est. Coppola, nelle cause Mascolo c. Ministero istruzione università e ricerca scientifica, Racca c. Ministero istruzione università e ricerca scientifica, Fiorini c. Ministero istruzione università e ricerca scientifica, che – a seguito della sentenza della corte di giustizia in esame – provvedono alla *stabilizzazione* di *preari della scuola*.

Anche a volere ammettere che, talora, la Corte di giustizia sembrerebbe operare – di fatto – una sorta di “*sindacato occulto sulle legislazioni nazionali*”.<sup>112</sup>

Del resto, è la stessa sentenza in esame della Corte di giustizia a stabilirlo (§81 ss.).<sup>113</sup>

**4.2.** Coerentemente, la pronuncia della Corte – in sede di rinvio pregiudiziale, appunto – e la procedura d’infrazione risultano reciprocamente compatibili.<sup>114</sup>

Neanche la procedura d’infrazione, tuttavia, espunge dall’ordinamento nazionale le norme interne confliggenti con il diritto dell’Unione.<sup>115</sup>

**4.3.** Né può essere trascurata la *potenzialità espansiva* della interpretazione della Corte di giustizia, che – proprio in quanto ha per oggetto il diritto dell’Unione – può trovare applicazione, quale parametro, a normative interne diverse da quella che ne risulti considerata contestualmente (quale, nella specie, la disciplina del nostro *preariato scolastico statale*).

Suppone, tuttavia, una *normativa speciale di settore* dell’ordinamento nazionale, parimenti confligente con il diritto dell’Unione.

Infatti ha superato lo scrutinio di compatibilità – con il diritto dell’Unione, appunto – non solo la *trasposizione* nel nostro ordinamento della direttiva sul lavoro a tempo determinato (decreto legislativo n. 368/01) – per quanto si è detto – ma anche la disciplina nella stessa materia per il lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (art. 36 decreto legislativo 165/01).<sup>116</sup>

<sup>112</sup> Così, testualmente, R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 244.

<sup>113</sup> Laddove si legge: “81. Nel caso di specie, per quanto concerne la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, occorre ricordare che la Corte non è competente a pronunciarsi sull’interpretazione delle disposizioni del diritto interno, dato che questo compito spetta esclusivamente al giudice del rinvio o, se del caso, ai competenti organi giurisdizionali nazionali, che devono determinare se i criteri ricordati ai punti da 74 a 79 della presente sentenza siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale applicabile (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 66 nonché giurisprudenza ivi citata).

82. Spetta pertanto al giudice del rinvio valutare in che misura i presupposti per l’applicazione nonché l’effettiva attuazione delle disposizioni rilevanti del diritto interno costituiscano una misura adeguata per prevenire e, se del caso, punire l’uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (v. sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 67 nonché giurisprudenza ivi citata).

83. Tuttavia, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 68 nonché giurisprudenza ivi citata). ”

<sup>114</sup> Sul punto vedi M. DE LUCA, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani*, relazione al convegno su *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano* – organizzato dall’Università degli studi di Parma e dal Centro studi Domenico Napoletano – sezione dell’Emilia (Parma, Aula magna, 30-31 ottobre 1985) – negli atti del convegno, CEDAM, Padova, 1988, ed in *Foro it.*, I, 234, spec. § 7 ed, ivi, riferimenti, spec. nota 37.

<sup>115</sup> Invero, “quando la la Corte di giustizia dell’Unione europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l’esecuzione della sentenza della Corte comporta” e – “qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata” – la stessa Corte gli infligge “il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità” (articolo 260 TUE, ex art. 228 TCE).

Sul punto, vedi, da ultima, Corte giust. 6 novembre 2014, nella causa C. 385/13 P, procedura d’infrazione contro la Repubblica italiana, riguardante la gestione dei rifiuti nella regione Campania.

<sup>116</sup> Vedi Corte giust. 7 settembre 2006, in causa C 53/04, in *Foro it.*, 207, IV, 75, con note di PERRINO e DE ANGELIS

Peraltro la sentenza in esame della Corte di giustizia ritiene *irricevibili* le questioni – relative al *preariato comunale* – non essendone la disciplina interna confligente con il diritto dell’Unione.

**5. Segue: non comporta neanche la non applicazione della disciplina interna confliggente del precariato scolastico statale.**

Peraltro il difetto di *efficacia diretta*<sup>117</sup> preclude l'applicazione della norma della direttiva<sup>118</sup> – come interpretata dalla Corte di giustizia – in luogo della normativa interna confliggente<sup>119</sup>.

Mentre il tenore letterale della normativa interna ne preclude l'*interpretazione conforme* alla direttiva.

**5.1.** Invero il contenuto normativo – *immediatamente precettivo* – è requisito indefettibile delle norme dell'Unione europea – dotate di *efficacia diretta* – e ne impone l'applicazione, anche in luogo delle (eventuali) norme interne confliggenti.<sup>120</sup>

La sussunzione della fattispecie concreta – in norme siffatte dell'Unione – ne impone, quindi, al giudice nazionale comune l'applicazione immediata, a prescindere dalla disciplina interna nella stessa materia.

**5.2.** Tuttavia la *tipologia* della fonte limita, talora, la *efficacia diretta* – ai rapporti con lo stato (c. d. *efficacia diretta verticale*) – escludendola, invece, per i *rapporti fra privati* (c. d. *efficacia diretta orizzontale*).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, è consolidata nel senso di negare alle direttive l'*efficacia diretta orizzontale*, ancorché assuma – ai fini della loro *efficacia verticale* – una nozione di *stato* molto ampia.<sup>121</sup>

**5.3.** Ora non è dotata di *efficacia diretta* – per quanto si è detto – la clausola che reca misure di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato.<sup>122</sup>

Di conseguenza, i giudici nazionali possono soltanto assumerla come parametro per l'*interpretazione conforme* – oppure, in alternativa, per proporre questione di legittimità costituzionale (in relazione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) – di disposizioni interne.

---

<sup>117</sup>Sul difetto di efficacia diretta dell'articolo 5 della direttiva – che impone la *prevenzione di abusi derivanti dall'utilizzo della successione di contratti a termine, affidando alla discrezionalità dei legislatori nazionali la scelta delle misure idonee* – vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., spec. § 1.7., al quale si rinvia, anche per riferimenti ulteriori.

<sup>118</sup> Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5, cit.

<sup>119</sup> Legge 3 maggio 1999, n. 123 (*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*), articolo 4 (*Supplenze*), comma 1, 6, 11 e 14 bis, cit.

<sup>120</sup> A prescindere dalla configurazione dei due sistemi (dell'Unione europea ed interno) come *integrati* (Corte giust) oppure come *coordinati* (corte cost.) tra loro.

<sup>121</sup> *Ex multis*, la sent. 5 ottobre 2004, Cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, *Raccolta* I-8835, par. 109, in Foro it., 2005, IV, 23, con nota di richiami, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>122</sup> Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5, cit.

Tuttavia il tenore letterale della normativa interna<sup>123</sup> ne preclude, appunto, l'*interpretazione conforme*.

**5.4.** Il prospettato difetto di *efficacia diretta* – nella norma in esame della direttiva<sup>124</sup> – è riconosciuto, del resto, espressamente dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale della nostra Corte costituzionale<sup>125</sup>, volta ad ottenerne l'interpretazione da parte della Corte di giustizia.<sup>126</sup>

**5.5.** Da un lato, ne risulta condizionata la stessa *competenza* della Corte costituzionale a scrutinare la conformità di una normativa nazionale al diritto dell'Unione europea.

Qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea *direttamente efficace*, invero, la *competenza* è riservata al giudice nazionale comune.

Spetta allo stesso giudice nazionale, infatti, valutare la *compatibilità comunitaria* della normativa interna, utilizzando — se del caso — il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e, nell'ipotesi di contrasto, provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale confliggente.<sup>127</sup>

Nel caso di contrasto della normativa interna con una norma comunitaria priva di *efficacia diretta* — contrasto accertato, eventualmente, mediante rinvio alla Corte di giustizia — il giudice comune, nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Spetta, poi, alla Corte costituzionale valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa ed, eventualmente, dichiarare la illegittimità costituzionale (in relazione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) della legge incompatibile con il diritto dell'Unione.<sup>128</sup>

**5.6.** Peraltro la Corte costituzionale riconosce, espressamente, di essere vincolata dalla interpretazione — che la Corte di giustizia dà — del diritto dell'Unione.<sup>129</sup>

<sup>123</sup> Vedi riferimenti a nota 7.

<sup>124</sup> Direttiva 1999/70/Ce del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo-quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, spec. articolo 5, cit.

<sup>125</sup> Vedi Corte cost., ordinanza 18 luglio 2013, n. 207, in FI. 2013, I, 3059, con nota di Perrino; annotata da: Menghini, in RGL 2013, II, 5 77; CERRI, in Giur. Cost., 2013, 2885; VALLAURI, in RDL, 2014, II, 342.

<sup>126</sup> Vedi Corte cost., ordinanza 18 luglio 2013, n. 207, cit.

<sup>127</sup> Conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, causa 106/77 (Simmenthal, Foro it., 1978, IV, 201), e dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital, id., 1984, I, 2062), qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace.

<sup>128</sup> Vedi Corte cost. n. 284 del 2007, Foro it., Rep. 2007, voce Corte costituzionale, n. 40; n. 28 e n. 227 del 2010, id., 2010, I, 1109 e 2951, e n. 75 del 2012, id., Rep. 2012, voce Turismo, n. 30.

<sup>129</sup> Vedi Corte cost., ordinanza 18 luglio 2013, n. 207, cit., laddove si legge:

*“che la Corte di giustizia ha ritenuto la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro priva di efficacia diretta (sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, cit., punti 71, 78 e 79; sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki, cit., punto*

Invero il diritto comunitario (ora dell'Unione) *prevale* sulle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli stati membri – in dipendenza del proprio *primato* rispetto agli stessi ordinamenti<sup>130</sup> – ed assicura, così, la salvaguardia contro qualsiasi declino delle garanzie a livello nazionale.<sup>131</sup>

Né può essere trascurato che le sentenze della Corte di giustizia sono *fonti* dell'ordinamento dell'Unione, al pari delle norme (dei trattati, dei regolamenti e delle direttive), che ne risultano interpretate in sede di rinvio pregiudiziale oppure di procedura d'infrazione.<sup>132</sup>

**5.7.** Pertanto – a seguito della sentenza in esame della Corte di giustizia – non resterebbe altro che proporre – in giudizio dinanzi a giudice comune – questione di legittimità costituzionale (in relazione agli art. 11 e 117, 1° comma, cost.) della normativa interna<sup>133</sup> sul *precaricato scolastico statale*.

---

196), dovendosi tra l'altro valutare la sussistenza di eventuali «ragioni obiettive» ai sensi della direttiva, che possano giustificare lo scostamento dell'ordinamento nazionale dai principî da essa stabiliti;

che non è possibile risolvere il quesito in via interpretativa, secondo quanto correttamente prospettato dai giudici rimettenti, i quali non potevano infatti superare in tal modo l'ipotizzato contrasto tra le norme interne e quelle della direttiva;

che, infatti, in base alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del consiglio 28 giugno 1999 n. 1999/70/Ce (direttiva del consiglio relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato), allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri sono tenuti — in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi — ad introdurre una o più misure attuative, tranne che non vi siano ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti, ovvero ad introdurre norme che indichino la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi o il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti;

che la Corte di giustizia ha rilevato che la direttiva 1999/70/Ce e l'accordo quadro ad essa allegato devono essere interpretati nel senso che essi si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico (sentenze 8 settembre 2011, causa C-177/10, Rosado Santana, *ibid.*, voce Unione europea, n. 1928); 7 settembre 2006, causa C-53/04, Marrosu e Sardino, *id.*, 2007, IV, 72; 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler, *ibid.*;

che, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro; e che, viceversa, l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola (sentenza 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük, punti 30-31, *id.*, 2012, IV, 117)".

<sup>130</sup> La fonte interna (art. 11 e 117, 1° comma, cost.) si coniuga – in tale prospettiva – con la dichiarazione relativa al numero 17 – allegata al Trattato UE – del seguente tenore letterale:

"La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)".

<sup>131</sup> Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., spec. 942.

<sup>132</sup> Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ora, dell'Unione europea), vedi: Corte giust. 13 maggio 1981, causa 66/80, in Foro it., 1982, IV, 364; 6 luglio 1995, causa 62/93, Raccolta, 1995, I, 1883; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, *id.*, 1992, I, 660; 11 luglio 1989, n. 389, *id.*, 1991, I, 1076; 23 aprile 1985, n. 113, *id.*, 1985, I, 1600. Anche la Corte di cassazione attribuisce espressamente tale valore alle sentenze della Corte di giustizia, nel senso che esse ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità; tale efficacia andrebbe riconosciuta a tutte le sentenze della corte che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131, *id.*, 1998, I, 57.

<sup>133</sup> Vedi riferimenti a nota 7.

**6. Segue: seguito, dinanzi alla nostra Corte costituzionale, funzionale all'espunzione, dal nostro ordinamento, della disciplina interna confliggente del precariato scolastico statale.**

Nel nostro caso, tuttavia, soccorre il *seguito*, che la sentenza della Corte di giustizia è destinata ad avere dinanzi alla nostra Corte costituzionale.

**6.1.** Avendo disposto il rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale, infatti, non potrà non provvedere alla declaratoria di illegittimità costituzionale (in relazione agli art.11 e 117, 1° comma, cost., appunto) della normativa sul *precariato scolastico statale*<sup>134</sup>.

Tale normativa, invero, risulta investita dalle questioni di legittimità costituzionale (in relazione ai ricordati parametri).

Ed è proprio in pendenza del giudizio incidentale – relativo a tali questioni – che la Corte costituzionale ha disposto il rinvio pregiudiziale.

**6.2.** La sentenza della Corte di giustizia – a seguito del rinvio pregiudiziale disposto, appunto, (anche) dalla Corte costituzionale – ne impone, quindi, la pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale (in relazione agli art.11 e 117, 1° comma, cost., appunto).

E questa comporta l'espunzione dal nostro ordinamento (art. 136 Cost.) della normativa – che ne risulta investita – sul *precariato scolastico statale*.

Resta, poi, l'individuazione ed interpretazione della *normativa di risulta*, che l'ordinamento giuridico dello stato è in grado di esprimere dopo l'espunzione della *disposizione* o *norma* dichiarata incostituzionale.

E l'individuazione di tale *normativa* dipende dalla tipologia della pronuncia della Corte costituzionale – di accoglimento, appunto, oppure interpretativa di accoglimento – a seconda che ne risulti investita una *disposizione* oppure – come sembra suggerire la sentenza in esame della Corte di giustizia (vedi *retro*) – una *norma*.

**7. Segue: e stabilizzazione ope legis del precariato scolastico statale.**

Risultati ben più ampi possono essere attesi, tuttavia, dalla *stabilizzazione ope legis* dei precari della scuola statale.

In tale prospettiva, può essere collocato il progetto governativo di *stabilizzazione*, recato dalle *linee guida* per la riforma scolastica.<sup>135</sup>

Dichiaratamente ispirato dalle *conclusioni* dell'Avvocato generale – ora accolte, sostanzialmente, dalla Corte di giustizia – tale progetto risulta, quindi, funzionale – alla *conformazione* del nostro ordinamento al diritto dell'Unione – e, peraltro, sembra configurare, per così dire, una sorta di *pentimento operoso*, sia pure tardivo.

---

<sup>134</sup> Vedi riferimenti a nota 7.

<sup>135</sup> Vedi *linee guida* del Governo, *La buona scuola. Facciamo crescere il paese*, spec. § 1.6 e 1.7, pag.36 ss.

**7.1.** La *riforma promessa* potrebbe introdurre, nel nostro ordinamento, innovazioni ben più ampie rispetto a quelle che – per quanto si è detto – si possono attendere dalla sentenza della Corte di giustizia e dal *seguito* dinanzi alla nostra Corte costituzionale.

**7.2.** Ad esempio, si potrebbe innovare, tra l'altro, in tema di *conseguenze giuridiche* della lunga inadempienza del nostro paese – agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea – quale risulta dalla normativa sul *precarariato scolastico statale*.

In tale prospettiva, si colloca – ad esempio – la *sostituzione esplicita* di un unico contratto di lavoro – a tempo indeterminato – alla successione di contratti di lavoro – a tempo determinato – stipulati tra le stesse parti.

Ne risulterebbe il superamento della contraria previsione di legge<sup>136</sup> e di giurisprudenza – anche di recente<sup>137</sup> – che nega la *conversione* – a tempo indeterminato, appunto – per i contratti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.<sup>138</sup>

Parimenti utile potrebbe risultare, tuttavia, la previsione esplicita – quanto univoca – della *riforma promessa* nelle materie – parimenti problematiche – degli scatti di anzianità e del risarcimento di eventuali danni.<sup>139</sup>

Questo e tanto altro resta affidato, tuttavia, alla *discrezionalità politica* di Governo e Parlamento.

Né può prescindere dall'obbligo costituzionale (art. 81) della *copertura finanziaria* della spesa.

## **8. Segue: e problema aperto del precedente giudicato interno, in senso contrario o, comunque, diverso rispetto alla sentenza sopravvenuta.**

Resta aperto, tuttavia, il problema del *giudicato interno* sul *precarariato scolastico statale* – che si sia formato precedentemente – in senso contrario o, comunque, diverso rispetto alla sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia.

**8.1.** La configurazione – come *ius superveniens*<sup>140</sup> – delle sentenze della Corte di giustizia, ne comporta l'efficacia immediata nell'ordinamento nazionale.

---

<sup>136</sup> Vedi art. 36 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, *Utilizzo di contratti di lavoro flessibile*.

<sup>137</sup> Vedi Cass. 10 settembre 2014, n. 19112 e 30 dicembre, n.27481, inedite a quanto consta.

<sup>138</sup> Senza che possa rilevare in contrario – a fronte della prospettata previsione della legge e del *diritto vivente* – la sostenibilità della proposta – in via interpretativa – di soluzioni alternative (rispetto alla negazione della conversione): vedi, per tutti, MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le pubbliche amministrazioni: cedono molte barriere*, in *Lavoro giur.*, 2011, 1238, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Ciononostante, resta infatti l'esigenza di una soluzione definitiva, vincolante per tutti.

<sup>139</sup> Vedi Cass. 10 settembre 2014, n. 19112 e 30 dicembre, n.27481, cit., quanto al risarcimento dei danni.

Sugli scatti di anzianità, vedi, da ultima, Cass. 2 gennaio 2015, n. 262.

Ne risulta – su entrambi i temi (risarcimento dei danni, appunto, e scatti di anzianità) – un contrasto di giurisprudenza, che il legislatore potrebbe comporre.

<sup>140</sup> Proposta dalla giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione: vedi, per tutte, Cass. 9 ottobre 1998, n. 10035; 24 maggio 2005, n. 10939, in *Gazzetta giur.*, 1998, fasc. 40, 46.

**8.2.** Tanto basta per trovare applicazione nei giudizi di rinvio, che – dopo la cassazione di sentenza, investita da ricorso – proseguano, appunto, dinanzi al giudice di rinvio.<sup>141</sup>

Infatti la sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia trova applicazione in tali giudizi – entro i limiti, beninteso, del *giudicato interno* – all'uopo *travalicando*, se del caso, il *principio di diritto* enunciato dalla sentenza di cassazione con rinvio.<sup>142</sup>

Pare, invece, controverso se, nel giudizio di rinvio, le parti possano prendere – parimenti entro i limiti del *giudicato interno* – conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio, nel quale fu pronunciata la sentenza cassata.<sup>143</sup>

Tale problema non si pone, tuttavia, nel nostro caso.

Infatti l'unica sentenza della Corte di cassazione – in materia di *precaricato scolastico statale*.<sup>144</sup> – è stata di rigetto del ricorso dei *precari*.

**8.3.** Problematica risulta, invece, l'incidenza della sentenza della Corte di giustizia sul *giudicato interno*, che si sia formato precedentemente – sul *precaricato scolastico statale* – in senso contrario o, comunque, diverso rispetto alla stessa sentenza della Corte di giustizia.

La giurisprudenza – sul punto – della Corte di giustizia evolve – diacronicamente – tra il *caso Lucchini*<sup>145</sup>, da un lato, ed il *caso Pizzarotti*<sup>146</sup>, dall'altro: il primo in tema di recupero di aiuti di stato – perché erogati in contrasto con diritto dell'Unione – ed il secondo in tema di appalti pubblici di lavori.

**8.4.** Intanto la Corte di giustizia – grande sezione – ha enunciato, nel primo caso, il seguente principio:

*“Il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto*

---

Parimenti suppone la prospettata configurazione – come *ius superveniens* – anche la Corte costituzionale, (ordinanza 28 giugno 2006, n. 252, in MGL 2006, 736, con nota di FRANZA), laddove restituisce gli atti al giudice remittente a seguito della sopravvenienza, appunto, di sentenza della Corte di giustizia.

<sup>141</sup> In tal senso è la giurisprudenza consolidata: vedi per tutte, Cass. n. 5567/82, 4711/81, 1302/86, nonché 3312/83; 2238/85; 689/86; 3542/87; 3353/89; 978/90; 7097/93; 1281/94; 11799/95; 9015/99; 8403/01; 20128/13.

In dottrina, vedi, per tutti, Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.spec. § 6, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>142</sup> Sul *travaicamento* del *principio di diritto*, vedi, per tutte Cass. 9 ottobre 1998 n. 10035.

<sup>143</sup> Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit.spec. § 6.

<sup>144</sup> Vedi Cass. n. 10127 del 20 giugno 2012, cit.

<sup>145</sup> Vedi Corte giust., grande sezione; 18 luglio 2007, causa C-119/05, *caso Lucchini*, in Foro it., 2007, IV, 532, con nota di SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>146</sup> Vedi, da ultima, Corte Giust. 10 luglio 2014, in causa C-213/13. *Caso Pizzarotti* Inedita (a quanto consta).

*comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della commissione divenuta definitiva*".<sup>147</sup>

**8.5.** Ora tale sentenza della *grande sezione* poteva, bensì, indurre a ritenere di generale applicazione il prospettato contrasto – con il diritto dell'Unione – della *intangibilità* del *giudicato interno*, in senso contrario o, comunque, diverso rispetto a pronuncia sopravvenuta della Corte di giustizia.

In altri termini, non ne sarebbe risultata preclusa – in nessun caso – la riproposizione – sulla base della sopravvenuta interpretazione del diritto dell'Unione, proposta dalla Corte di giustizia – della stessa domanda che, in precedenza, era stata respinta con autorità di giudicato.<sup>148</sup>

C'era da domandarsi, tuttavia, se il principio dovesse, invece, ritenersi limitato al solo *caso* – preso in considerazione dalla *grande sezione* – del *"recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario"*.

La risposta positiva – alla domanda prospettata – della giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, tuttavia, risulta temperata da significative integrazioni e precisazioni.

In altri termini, non sembra restaurata – per così dire – la *intangibilità* del *giudicato interno* (art. 2909 c.c.), in senso contrario o, comunque, diverso rispetto a sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia.

**8.6.** Il principio – enunciato dalla *Grande sezione* – è stato, infatti, successivamente limitato – in forma esplicita – alla *situazione del tutto particolare* delle sentenze della Corte di giustizia – sopravvenute, appunto, al *giudicato interno* in senso contrario – nelle quali siano *"in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea"* (come nella materia di aiuti di Stato, alla quale si riferiva *grande sezione*).<sup>149</sup>

**8.7.** Per ogni altra sentenza della Corte di giustizia – compresa, quindi, quella che ci occupa – risulta contestualmente enunciato, nel *caso Pizzarotti*, il diverso principio seguente:

*"Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima"*.

---

<sup>147</sup> Così, testualmente, Corte giust., grande sezione; 18 luglio 2007, causa C-119/05, cit..

<sup>148</sup> Vedi SCODITTI, *op. cit.*, spec. § 3.

<sup>149</sup> Sul punto, vedi, da ultima, Corte Giust. 10 luglio 2014, in causa C-213/13,

Con l'enunciato principio, sembra concorrere, tuttavia, la *ratio decidendi* a delimitare l'ambito, entro il quale si *“deve o completare la cosa giudicata (.....)o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte (di giustizia)”*.

**8.8.** Intanto risulta esplicitamente dallo stesso *principio* – oltre che il rinvio a *“norme procedurali interne applicabili (che) glielo consent(ano)”* – anche la individuazione esplicita – quale destinatario del dovere, alternativamente imposto – di qualsiasi *“organo giurisdizionale nazionale, (.....), che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE”*.

Pare, questo, (anche) il *caso* dell'unica sentenza della Corte di cassazione – in materia di *precarato scolastico statale*.<sup>150</sup> – che ha confermato, in ultima istanza, il rigetto di domande dei *precari*, senza previamente disporre – pure essendovi obbligata (ai sensi dell'articolo 267 TFUE) – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

**8.9.** Peraltro la *ratio decidendi* si articola nei passaggi essenziali seguenti:

- *“qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.”*

- *“detta normativa contiene norme essenziali del diritto dell'Unione”* quali – nel caso considerato dalla stessa sentenza – i *“principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza ai fini dell'apertura di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri”*.

Parimenti mira – ad assicurare, l'applicazione di principi dell'ordinamento dell'Unione europea – la sentenza della Corte di giustizia sul nostro *precarato scolastico statale*.

Tanto basta per proporre, in termini problematici, alcune conclusioni.

**8.10.** Intanto riposano – sul *primato* dell'ordinamento dell'Unione europea, che nel nostro ordinamento é fondato (anche) su fonte interna (articolo 11 della costituzione)<sup>151</sup> – i prospettati limiti alla *intangibilità* (articolo 2909 c.c.) del *giudicato interno*, che sia contrario o, comunque, diverso rispetto a sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia.

C'è da domandarsi, quindi, se la *prevalenza* dell'ordinamento dell'Unione, che ne risulta – rispetto a qualsiasi fonte, anche costituzionale degli ordinamenti nazionali – possa fermarsi dinanzi alla *intangibilità*, che una fonte – dell'ordinamento nazionale (art. 2909 c.c.), appunto – stabilisce per

---

<sup>150</sup> Vedi Cass. n. 10127 del 20 giugno 2012, cit.

<sup>151</sup> La fonte interna (art. 11 e 117, 1° comma, cost.) si coniuga, infatti, con la *dichiarazione relativa al numero 17* – allegata al Trattato UE, cit..

il proprio *giudicato interno*, ancorché risulti in contrasto, appunto, con il diritto dell'Unione, come interpretato da sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia.

Né può essere trascurato – in tale prospettiva – che le stesse sentenze della Corte di giustizia sono *fonti* dell'ordinamento dell'Unione, al pari delle norme (dei trattati, dei regolamenti e delle direttive), che ne risultano interpretate dalla stessa Corte, in sede di rinvio pregiudiziale oppure di procedura d'infrazione.<sup>152</sup>

**8.11.** A prescindere dalla soluzione del problema – sul piano generale – meritano considerazione particolare, tuttavia, alcuni *casì*.

Intanto il richiamo esplicito dello stesso principio – a qualsiasi “*organo giurisdizionale nazionale, (.....), che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE*” – evoca palesemente, come è stato anticipato, (anche) il *caso* dell'unica sentenza della Corte di cassazione – in materia di *precaricato scolastico statale*<sup>153</sup> – che ha confermato, in ultima istanza, il rigetto di domande dei *precari*, senza previamente disporre – sebbene fosse obbligata (ai sensi dell'articolo 267 TFUE) – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

**8.12.** Parimenti meritevole di considerazione particolare – sia pure per ragioni diverse – sembra il *caso* della successione di contratti di lavoro a tempo determinato, che – dopo il *giudicato interno*, in senso contrario rispetto alla sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia – prosegue tra le stesse parti.

Infatti sembra imporlo la palese esigenza di *unitarietà* del rapporto di lavoro.

**8.13.** Resta, in ogni caso, il problema della individuazione di un *percorso* idoneo a superare – in forza del *primato* dell'ordinamento dell'Unione – limiti che, nel nostro ordinamento, derivano dalla *intangibilità* (art. 2909 c.c.) del *giudicato interno*, ove questo risulti in contrasto con sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia.

**8.14.** In tale prospettiva, costituisce certamente un ostacolo – da superare o, comunque bypassare – il rinvio della Corte di giustizia – nel *caso Pizzarotti* – a “*norme procedurali interne applicabili (che) prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una*

---

<sup>152</sup> Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ora, dell'Unione europea), vedi: Corte giust. 13 maggio 1981, causa 66/80, cit.; 6 luglio 1995, causa 62/93, cit.; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, cit.; 11 luglio 1989, n. 389, cit.; 23 aprile 1985, n. 113, cit.

Anche la Corte di cassazione attribuisce espressamente tale valore alle sentenze della Corte di giustizia, nel senso che esse ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità; tale efficacia andrebbe riconosciuta a tutte le sentenze della corte che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131cit..

<sup>153</sup> Vedi Cass. n. 10127 del 20 giugno 2012, cit.

*decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale (nonché), conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, (.....), in materia (....)”* – nel nostro caso – di contratto di lavoro a tempo determinato.

Il mancato reperimento di *norme procedurali* siffatte – nel nostro ordinamento – ne imporrebbe, all'evidenza, un intervento innovativo.

Né questo può ritenersi riservato al legislatore.

**8.15.** Intanto un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – in pendenza di giudizio dinanzi a giudice comune nazionale – potrebbe consentire, infatti, il completamento – con riferimento specifico al *caso*, che ci occupa, del *preariato scolastico statale* – del percorso giurisprudenziale avviato, dalla Corte, nel *caso Lucchini* e concluso – per il momento – nel *caso Pizzarotti*.

**8.16.** Tuttavia sembra parimenti funzionale – allo stesso obiettivo – l'ampliamento dei motivi di *revocazione* (art. 395 ss.) – anche delle sentenze della Corte di cassazione (art. 391 bis c.p.c.) – allo scopo, appunto, di *“completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione – come pare imposto dalla Corte di giustizia, nel caso Pizzarotti – o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima”*.

**8.17.** Il prospettato ampliamento dei motivi di revocazione pare realizzabile, infatti, dalla nostra Corte costituzionale – all'uopo investita dalla proposizione di questione di legittimità costituzionale (in relazione agli art. 11 e 117, comma primo, Cost.), in pendenza di giudizio dinanzi a giudice comune nazionale – sulla falsariga dell'analogo ampliamento dei *motivi di revisione* nel processo penale (art. 630 c.p.p.) – sia detto, beninteso, in termini problematici – parimenti allo scopo di *conformarsi* a sentenza sopravvenuta di Corte soprannazionale (in quel caso, la Corte EDU).

Dopo il *monito* al legislatore<sup>154</sup> – per la *conformazione*, appunto, del nostro ordinamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – la Corte costituzionale infatti – a fronte dell'inerzia del legislatore – ha dichiarato la illegittimità costituzionale (in relazione agli art. 117, comma 1, cost. e 46 della stessa Convenzione) della disposizione (art. 630 c.p.p., cit.) recante l'elenco dei motivi di revisione.<sup>155</sup>

**8.18.** C'è da domandarsi, tuttavia, se analoga questione di legittimità costituzionale (in relazione agli art. 11 e 117, comma primo, cost., appunto, e 47, comma primo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)<sup>156</sup> possa essere proposta per le disposizioni (art. 395 ss., 391 bis c.p.c., cit.)

---

<sup>154</sup> Vedi Corte cost. 30 aprile 2008, n. 129, in Foro it., 2009, I, 103; annotata da CHIAVARIO e da MANTOVANI (in Giur. Cost. 2008, 1506 e 2579).

<sup>155</sup> Vedi Corte cost. 7 aprile 2011, n. 113, in Foro it., 2013, I, 802, con nota di CALO'; annotata da UMBERTIS, REPETTO e LONATI, in Giur. Cost. 2011, 1523.

<sup>156</sup> L'articolo 47, comma primo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce, infatti, testualmente: *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”*.

– che recano l'elenco dei motivi di revocazione – in quanto non includono, tra i *motivi di revocazione* appunto, la sopravvenienza di sentenza della Corte di giustizia in senso contrario o, comunque, diverso rispetto al *giudicato interno* precedente.

Il problema, all'evidenza, resta aperto.

**Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale:  
la prospettiva del *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)\***

Adalberto Perulli

1. Premessa. La valenza economica e sociale del TTIP	64
2. Le coordinate teoriche del TTIP: globalizzazione e sviluppo sostenibile	67
3. Liberalizzazione del commercio e promozione dei <i>core labour standards</i> : UE e USA a confronto	69
4. Segue: Sviluppo Sostenibile e Sistema di Preferenze Generalizzate	72
5. Un capitolo del TTIP sulla Sostenibilità	74
5.1. Previsione di un meccanismo di valutazione di impatto per la sostenibilità del TTIP in materia sociale ( <i>Sustainability Impact Assessment</i> )	74
5.2. Previsione di un meccanismo di monitoraggio permanente sugli effetti sociali dell'accordo	75
5.3. Struttura e Contenuto di una Clausola Sociale	76
5.4. Una clausola di condizionalità sociale ispirata all'art. XX GATT	76
6. Clausola sociale e rispetto delle rispettive legislazioni nazionali	79
7. Clausola sociale e rispetto di diritti sociali internazionalmente riconosciuti	81
8. Il bastone e la carota: sanzioni ...	82
9... e incentivi	83
10. I contenuti della clausola sociale del TTIP: i diritti sociali fondamentali	83
11. Segue. Diritti sociali fondamentali: dimensione individuale	84
12. Diritti fondamentali: la dimensione sindacale/collettiva	85
13. Mercato del lavoro	87
14. Mobilità geografica dei lavoratori, Distacco, <i>Public Procurement</i> .	88
15. Sicurezza sociale e Welfare	89
16. Corporate Social Responsibility	89
17. Investimenti diretti stranieri	91

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 115/2015

18. Conclusioni: il TTIP come “gold standard agreement”?

93

## 1. Premessa. La valenza economica e sociale del TTIP

Il negoziato in corso tra Stati Uniti ed Unione Europea per la stipula di un trattato commerciale transatlantico rappresenta un passaggio epocale verso la creazione di un mercato globale governato dai principi del libero scambio, in cui le barriere tariffarie e non tariffarie cedono il passo a una “normalizzazione” degli standard regolativi capace di favorire l’interscambio commerciale e gli investimenti tra le due più importanti aree economiche del mondo<sup>157</sup>. Il TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), ovvero il nuovo accordo di totale liberalizzazione degli del commercio e degli investimenti tra gli USA e l’UE, punta alla revisione degli standard e delle valutazioni di conformità, potenziando la cooperazione regolamentare al fine di raggiungere standard internazionali elevati ed accrescere la compatibilità normativa nei vari settori economici e produttivi. L’impatto di tale accordo in termini sociali ed occupazionali, potrebbe essere notevole per entrambi i continenti. Sotto l’influsso della liberalizzazione degli scambi, si stima che il TTIP potrebbe creare centinaia di migliaia di nuovi posti di lavoro, aumentare i livelli retributivi, stimolare la mobilità dei lavoratori verso settori produttivi in espansione.

Dal punto di vista europeo tale accordo è concepito come uno strumento per uscire dalla crisi che ha investito il Vecchio Continente, rafforzando l’alleanza transatlantica attraverso l’unificazione della regolamentazione e la liberalizzazione dei servizi, del commercio e degli appalti pubblici, nonché la fissazione di standard normativi globali, in modo da facilitare l’acquisto e la vendita di beni e servizi tra l’UE e gli USA, con l’intento di dare un forte impulso alla crescita e all’occupazione.

Sotto il profilo economico il TTIP è di dimensioni colossali. Gli Stati Uniti e l’UE sono le più grandi economie del mondo: le due aree rappresentano circa il 40% del PIL mondiale e quasi 1/3 dei flussi commerciali globali. Lo stock di investimenti bilaterali è pari a 2.394 trilioni di euro ed ogni giorno vengono scambiati merci e servizi per un valore medio di quasi 2 miliardi di euro<sup>158</sup>. La liberalizzazione del commercio derivante dal negoziato in questione può definirsi “totale”, giacché non si limita alle modalità di accesso al mercato (dazi e quote per prodotti industriali, agricoli e servizi, liberalizzazione degli investimenti, accesso agli appalti pubblici), ma propone altresì un dialogo comune sulla regolamentazione (ovvero sull’armonizzazione degli standard e l’eliminazione delle barriere tecniche) ed una generale collaborazione su temi globali di comune interesse: l’accesso al mercato per i prodotti agricoli e industriali, gli appalti pubblici, gli investimenti materiali, l’energia e le materie prime, le materie regolamentari, le misure sanitarie e fitosanitarie, i servizi, i diritti di proprietà intellettuale, lo sviluppo sostenibile, le piccole e medie imprese, la composizione delle controversie, la concorrenza, le imprese di proprietà statale.

Benché le tariffe tra l’UE e gli Stati Uniti siano già basse (attestandosi in media tra il 2.5% e il 4%), le dimensioni delle economie dell’Unione Europea e degli USA ed i relativi interscambi commerciali indicano che uno “smantellamento tariffario” sarebbe vantaggioso sul piano della crescita e

<sup>157</sup> Nonostante il negoziato sia iniziato nell’estate del 2013, il testo dell’accordo risulta al momento ancora *in progress*, mentre la Commissione europea nel marzo 2014 ha aperto una consultazione pubblica, offrendo a tutti gli *stakeholders* l’opportunità di esprimere le loro riflessioni.

<sup>158</sup> Fonte: Parlamento Europeo, *Motion for a Resolution* B7-25.4.2013.

dell'occupazione. Le stime relative ai risultati dell'accordo, per il periodo 2014-2027, sono piuttosto ottimistiche<sup>159</sup>: per l'UE è prevista una crescita annua media del PIL dello 0,48%, (pari a circa 86,4 miliardi di euro) e per gli USA dello 0,39% (pari a circa 65 miliardi di euro). L'export europeo verso gli USA dovrebbe poi aumentare del 28,03% (circa 187 mld euro) mentre quello americano verso gli Stati Membri del 36,57% (159 mld euro). La crescita economica attesa come risultato dell'accordo si tradurrebbe in un aumento del reddito annuale medio di una famiglia di quattro persone di 545 e 655 euro, rispettivamente per l'Europa e gli Stati Uniti. Anche per quanto attiene l'impatto sul commercio mondiale, l'accordo comporterebbe effetti positivi generando un aumento della ricchezza globale di circa 100 mld di euro. Un accordo di tale dimensioni avrebbe poi delle ricadute sull'intera economia mondiale: la Commissione Europea prevede benefici globali per un importo supplementare di 100 miliardi di euro, in aggiunta ai maggiori scambi commerciali tra l'UE e gli USA, per l'aumento della domanda di materie prime, di componenti e di altri fattori di produzione prodotti da altri paesi.

Il raggiungimento di tali risultati deriverebbe dall'eliminazione delle tariffe doganali e dalla soppressione delle cosiddette "barriere non tariffarie" (*non-tariffs barriers*), costituite da norme e procedure amministrative che rendono particolarmente difficile acquistare e vendere oltreoceano: negli studi di fattibilità della negoziazione viene calcolato che l'80% dei vantaggi economici del TTIP deriverebbero dalla riduzione dei costi imposti dalla burocrazia e dalle disposizioni normative, nonché da una liberalizzazione degli scambi di servizi e delle gare d'appalto pubbliche. Infatti, considerando il tasso relativamente basso dei dazi doganali tra i due mercati, l'area in cui si potrebbero realizzare notevoli risparmi per le imprese, creare nuova occupazione e garantire maggiori vantaggi per i consumatori, riguarda proprio l'eliminazione degli ostacoli non tariffari, causati dai differenziali regolativi fra i due partner commerciali.

In termini di impatto sul mercato del lavoro, gli effetti sui salari dovrebbero essere in linea con le conseguenze in termini di maggiore produttività derivante per le imprese dai risparmi di costo collegati all'eliminazione delle barriere non tariffarie nel commercio transatlantico. In questa prospettiva i cambiamenti dal lato della domanda dovrebbero consistere in un aumento delle retribuzioni, piuttosto che in un aumento aggregato dei livelli occupazionali. A livello settoriale dallo 0.2 allo 0.5 % della forza lavoro UE dovrebbe venire riallocata/de-localata, in ragione di alcuni "pull factors" come l'espansione di determinati settori produttivi (come quello automobilistico) e la mobilità da altri (come quello metallurgico)<sup>160</sup>.

A fronte di queste ottimistiche prospettive di crescita economica, che richiederanno comunque le necessarie verifiche sul piano macroeconomico, il negoziato TTIP solleva una serie di preoccupazioni sociali legate alla possibile competizione (de)regolativa sulle norme fondamentali del lavoro che una liberalizzazione di tal genere è in grado di innescare. Infatti, i processi di liberalizzazione degli scambi e degli investimenti, sempre più estesi su scala globale, hanno sinora prodotto

<sup>159</sup> Fonte dei dati: relazione indipendente commissionata dall'UE al Centro di ricerca per la politica economica (CEPR) di Londra, intitolato *Reducing barriers to Transatlantic Trade* ("Ridurre gli ostacoli agli scambi transatlantici"), sui quali si è basata la valutazione d'impatto della Commissione Europea.

<sup>160</sup> Cfr. lo studio per la Commissione Europea di J. Francois, M. Manchin, H. Norberg, O. Pindyuk, P. Tomberger, *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment*, Centre for Economic Policy Research, London, 2013, p. 96.

preoccupanti fenomeni di *dumping* sociale cui si collega un marcato aumento delle disuguaglianze sociali, come dimostra un'ampia letteratura empirica che stima l'incidenza degli scambi commerciali, dei trasferimenti di capitale e dei flussi migratori sull'aumento delle disuguaglianze nei redditi e sull'emersione di nuove aree di povertà nei paesi avanzati. L'analisi teorica e le indagini empiriche hanno inoltre individuato molteplici meccanismi attraverso i quali i flussi internazionali di capitali, soprattutto nella forma degli investimenti diretti esteri (IDE), possono condizionare aspetti quali la struttura dei salari, l'occupazione ed il grado di incertezza/insicurezza economica sul lavoro<sup>161</sup>. Studi economici e di epidemiologia sociale hanno poi osservato una stretta correlazione tra aumento delle disuguaglianze sociali e riduzione dei tassi di sindacalizzazione: questi processi hanno interessato, in particolare, gli Stati Uniti, ma rappresentano una costante imputabile in generale all'ideologia neo-liberale che affonda le proprie radici nell'era Reagan e Thacher<sup>162</sup>.

Nella maggior parte dei paesi OCSE le ineguaglianze economiche e sociali si sono accresciute considerevolmente negli ultimi decenni, non solo nei sistemi che hanno conosciuto la svolta neoliberale ma anche in quelli del nord Europa, ove i cambiamenti politici sono stati meno drastici, come la Germania e la Scandinavia. L'agenda neoliberale promossa dal Fondo Monetario Internazionale e dalla banca Mondiale, che comporta una piena liberalizzazione della finanza e dei mercati, ha indotto i governi a sopprimere i controlli sui capitali e gli ostacoli all'innovazione finanziaria, aumentando l'ottimizzazione dei profitti a vantaggio delle imprese, con conseguenze significative in termini di riduzione dei costi del lavoro per creare condizioni competitività e attrattività di investimenti diretti stranieri.

In assenza di meccanismi di regolazione volti ad evitare i fenomeni *dumping* sociale tipici delle politiche di libero scambio, la globalizzazione produce quindi una generale corrosione degli standard sociali, concepiti come un freno alla libera dinamica del mercato. È nota la "frigidità sociale" dell'accordo WTO e dei suoi annessi, che mai menziona il "lavoro" e il termine "lavoratore", come se i beni che formano oggetto di scambio sul mercato globale siano concepiti quali "prodotti immacolati"<sup>163</sup>. Benchè il Preambolo del WTO affermi che il commercio e le relazioni economiche devono essere condotte in vista di una serie di risultati, tra i quali "*ensuring full employment*", nessuna preoccupazione di ordine sociale è stata istituzionalizzata nelle previsioni operative del trattato; mentre sin dalla dichiarazione ministeriale WTO (Singapore 1996) i governi aderenti alla neonata organizzazione mondiale del commercio affermano di "rifiutare l'uso delle norme del lavoro a fini protezionistici e convengono che il vantaggio comparato dei Paesi, in particolare dei Paesi in via di sviluppo a bassi salari, non devono essere in alcun modo messi in discussione" (punto 4). La discussione, mai veramente decollata, sulla creazione di una dimensione sociale in seno alla WTO, unitamente al rifiuto di ogni mandato collegato ai temi del lavoro dall'agenda dei negoziati, conferma la difficoltà di prospettare soluzioni integrate di condizionalità sociale nell'ambito della regolazione del commercio internazionale, quantomeno a livello multilaterale.

<sup>161</sup> Cfr. Rapporto sulla povertà e le disuguaglianze nel mondo globale di Nicola Acocella, Giuseppe Ciccarone, Maurizio Franzini, Luciano Marcello Milone, Felice Roberto Pizzuti e Mario Tiberi.

<sup>162</sup> R. Eisembrey e C. Gordon, *As unions decline, inequality rises*, Economic Policy Institute, <http://www.epi.org/publication/union-decline-inequality-rises/>

<sup>163</sup> Cfr. S. Charnovitz, *The (Neglected) Employment Dimension of the World Trade Organization*, in V. A. Leary and D. Warner (eds) *Social Issues, Globalisation and International Institutions. Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nuhoff Publishers, Leiden-Boston, p. 125 ss.

Se l'indifferenza ai temi sociali dimostrata dalle istituzioni economiche internazionali proietta un cono d'ombra preoccupante sulle trattative transatlantiche, ulteriori dubbi circa l'effettiva valenza sociale di un accordo di liberalizzazione commerciale quale il *TTIP* vengono sollevati dalla previsione di una clausola *Investor-To-State Dispute Settlement (ISDS)* a tutela degli investimenti potenzialmente invocabile per contrastare le politiche sociali adottate dagli USA o dell'UE, in quanto contrarie ai propri interessi economici e finanziari. Una clausola *ISDS*, già discussa nell'ambito del progetto di Accordo Multilaterale sugli Investimenti (*MAI*), è presente in altri accordi commerciali (ad esempio il *NAFTA*), consentendo agli attori economici (in particolare le imprese multinazionali) di azionare la procedura di risoluzione delle controversie per ottenere sanzioni commerciali e/o risarcimenti a carico dei paesi trasgressori, rei di avere mantenuto legislazioni contrarie al libero mercato; in questa prospettiva si paventa la possibilità di ricorsi contro legislazioni giuslavoristiche o ambientali eccessivamente rigide, incompatibili con "le nuove leggi del liberismo"<sup>164</sup>. Come è stato correttamente osservato da un commentatore d'oltreoceano, non è dato sapere se, nell'ambito del *TTIP*, un sistema *investor-to-state dispute settlement* possa essere impiegato da imprese europee per sfidare la regolazione USA, ovvero da imprese americane per combattere gli standard sociali europei, siano essi parte del c.d. "modello sociale europeo" o del patrimonio normativo di diritto del lavoro dei vari stati membri<sup>165</sup>.

Il *TTIP* sarà dunque lo strumento liberista che utilizza il commercio come cavallo di Troia per smantellare le protezioni sociali ed estendere la *deregulation*, ovvero rappresenterà un'occasione per rilanciare il *linkage* tra liberalizzazione degli scambi e diritti sociali, secondo una linea valoriale che affonda le sue radici storiche e culturali nella Costituzione dell'OIL?

## 2. Le coordinate teoriche del *TTIP*: globalizzazione e sviluppo sostenibile

Per rispondere al quesito è necessario approfondire ulteriormente le coordinate, anche teoriche, in cui il negoziato si colloca ed i termini con cui la partnership transatlantica può in concreto realizzarsi. Il *TTIP* rappresenta l'ultimo segmento di un lungo percorso nella storia della liberalizzazione degli scambi che affonda le proprie radici nella nascita della globalizzazione economica. Secondo una classica, ma tutt'ora insuperata prospettiva dottrinale, la dissoluzione del sistema giuridico-istituzionale fondato su "ordinamento" e "localizzazione" (lo *jus publicum Europaeum* basato sul sistema di stati sovrani) ha condotto alla formazione di grandi spazi eccedenti le territorialità statali, in cui "oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente interstatale, politico", si estende, onnipervasivo, "lo spazio di un'economia libera", ovvero "un'economia mondiale"<sup>166</sup>. La globalizzazione economica, caratterizzata da crescente interdipendenza economica degli Stati-nazione, rapida espansione del commercio mondiale ed estrema mobilità dei flussi finanziari internazionali, ha quindi aperto un ampio dibattito sulle misure idonee a tutelare i diritti sociali fondamentali, minacciati dall'accresciuta

<sup>164</sup> L. Wallach, *Trattato transatlantico, un uragano che minaccia gli europei*, in *Microomega on line*.

<sup>165</sup> Cfr. Lance Compa, *Labor Rights and Labor Standard in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: An American Perspective*, John Hopkins University, Working Paper Series, July 2014.

<sup>166</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991.

concorrenza dei mercati e dalla svalutazione competitiva delle politiche sociali nazionali, che innesca processi di de-statalizzazione e decostruzione degli ordinamenti giuslavoristici. Il TTIP si colloca in questa prospettiva, nell'ambito delle fonti internazionali e sovranazionali istituite per favorire la collaborazione in ambiti spaziali più ampi di quelli circoscritti dalle singole comunità statali, che disciplinano i fenomeni economici su scala multilaterale regionale (come ad esempio l'UE, il NAFTA) o globale (WTO), in cui la "civilizzazione" del mercato convive con la "dogmatica della competizione universale"<sup>167</sup>.

Immaginare un collegamento tra liberalizzazione del commercio e "sviluppo sostenibile" rappresenta, a sua volta, l'attualizzazione nel contesto di globalizzazione economica di un'idea cardine che ha storicamente accompagnato, con alterne fortune, l'espansione degli scambi, il rinnovato impulso al regionalismo economico, cioè alla costituzione di zone di libero scambio, unioni doganali e mercati comuni implicanti forme di integrazione economica che vanno anche al di là del settore commerciale, riguardando materie quali i servizi e gli investimenti. I negoziatori dell'accordo transatlantico hanno quindi due opzioni di fondo: l'una di stampo puramente liberista fondata sulla ri-regolamentazione - nel quadro di una pur difficile ricerca di consenso sulla "normalizzazione tecnica" - al fine di sopprimere le rigidità dei mercati (compreso quello del lavoro), i quali dovrebbero convergere verso un ottimo regolato dalla "mano invisibile" del mercato. In questa visione le allocazioni spontanee che si realizzano grazie alla liberalizzazione sono per definizione efficaci e giuste, nel senso che ciascuno ne risulta remunerato conformemente al contributo che fornisce alla ricchezza complessiva, con ricadute positive su occupazione e crescita da entrambe le sponde dell'Atlantico. La scelta di accantonare i "non trade issues" nell'ambito del negoziato potrebbe inoltre trovare giustificazione nella relativa prossimità degli standard in materia di lavoro e ambientali tra USA e UE, tali da ridurre la preoccupazione degli attori socio-economici che un accordo di tal fatta generi perdite di posti di lavoro, riduzioni salariali e minore protezione dell'ambiente. Proprio questo inedito allineamento di interessi avrebbe spinto il presidente Barak Obama ed i suoi corrispettivi europei a fornire un aperto appoggio alla TTIP<sup>168</sup>. A ben vedere, tuttavia, l'asserito allineamento tra le due aree geopolitiche risulta più illusorio che reale, considerando, ad esempio, la tradizionale ritrosia degli USA a ratificare le convenzioni internazionali del lavoro, ovvero ad aderire ai trattati internazionali in materia ambientale. Benché il TTIP non sia rappresentabile negli stessi termini asimmetrici in cui si realizzano gli interscambi commerciali tra paesi occidentali e paesi in via di sviluppo, il progetto di cooperazione risulterebbe eccessivamente sbilanciato in funzione economica se non venisse inserito un capitolo sociale, come peraltro accade in tutti i *Free-Trade Agreements*.

Una diversa risposta, di tipo istituzionalista, si fonda sulla considerazione che tutti i rapporti di mercato risultano da una costruzione sociale e non dal confronto spontaneo degli agenti economici. In questa prospettiva si tratta di mobilitare i fattori della regolazione per sostituire alla razionalità del mercato una razionalità fondata su costrutti normativi, assiologicamente orientati; si pone, allora, la questione dell'integrazione delle norme sociali nella regolazione internazionale degli scambi.

<sup>167</sup> Cfr. A. Supiot, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *Lav. Dir.*, 2011, p. 501 ss.

<sup>168</sup> Cfr. R. Alcaro e A. Renda, *Il Partenariato Transatlantico su commercio ed investimenti: presupposti e prospettive*, Istituto Affari Internazionali, n. 83, dicembre 2013.

### 3. Liberalizzazione del commercio e promozione dei *core labour standards*: UE e USA a confronto

L'altezza della sfida che il TTIP pone al diritto del lavoro è quasi vertiginosa, giacché riguarda non solo gli aspetti economico-finanziari del commercio transatlantico, ma anche i grandi temi della *governance* globale, legati all'esigenza di un "costituzionalismo transnazionale" e alla predisposizione di congegni normativi internazionali capaci di rendere obbligatorio il rispetto dei diritti sociali fondamentali da parte degli attori privati transnazionali<sup>169</sup>.

Dal punto di vista europeo, non dovrebbero esservi dubbi sulla necessità di perseguire una linea negoziale coerente con l'impianto di fondo che ispira i Trattati UE. L'architettura europea post-Lisbona segna infatti una tappa importante nel passaggio dal *free-trade* al *fair trade*, in una prospettiva di forte rilancio del *linkage* tra commercio internazionale e promozione dei *core labour standards*<sup>170</sup>. Tra le novità introdotte dal Trattato di Lisbona spicca infatti il riferimento, del tutto inedito, ai principi ispiratori dell'azione esterna dell'UE, che costituiscono un decisivo avanzamento nella logica dell'internormatività tra politiche commerciali e tutela dei diritti sociali. Il nuovo art. 205 del TFUE stabilisce che l'azione dell'Unione sulla scena internazionale riposa sui principi, persegue gli obiettivi e viene condotta in conformità alle disposizioni generali previste dal Capitolo I del Titolo V del Trattato UE. Il riferimento è, in particolare, all'art. 21 del Capitolo I, ai sensi del quale i principi ispiratori dell'azione dell'Unione sono "la democrazia, lo Stato di diritto, l'universalità e l'indivisibilità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il rispetto della dignità umana, i principi di eguaglianza e di solidarietà e il rispetto dei principi della carta delle nazioni unite e del diritto internazionale". L'introduzione di queste disposizioni generali applicabili all'insieme delle azioni esterne dell'UE, compreso il commercio internazionale, rappresenta una delle principali innovazioni sistematiche del Trattato di Lisbona, che apre prospettive inedite nella regolazione del mercato globale secondo principi non solo di profitto ma di democrazia e rispetto dei diritti umani. In questa chiave va letta un'altra significativa innovazione introdotta dal Trattato, relativamente agli obiettivi delle relazioni "con il resto del mondo", secondo la quale l'UE afferma e promuove i suoi valori e "contribuisce", fra l'altro, allo "sviluppo sostenibile della Terra", "alla solidarietà" e "al commercio libero e equo", nonché "all'eliminazione della povertà e alla protezione dei diritti umani" (art. 3 TUE).

Alla luce di queste coordinate di fondo dovrà quindi svolgersi il negoziato dalla parte europea. Se l'ineguaglianza è divenuta il "tallone d'Achille" delle democrazie di mercato<sup>171</sup>, i negoziatori europei del TTIP devono cogliere questa occasione per orientare in senso sociale le finalità complessive dell'accordo, confrontandosi con le esigenze di rispetto degli standard e dei valori radicati nella Carta di Nizza. In sostanza, i negoziatori dovranno evitare di imboccare una "low-road" che ignora il diritto del lavoro, gli standard sociali e apre la via ad una *race to the bottom* (riduzione dei salari, riduzione della sicurezza sociale, aumento delle diseguaglianze), a favore di una "via alta", centrata sullo sviluppo sostenibile e sul rispetto dei diritti sociali: in breve, "the United State

<sup>169</sup> Cfr. su questi temi G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, p. 23 ss. e p. 149 ss.

<sup>170</sup> A. Lyon-Caen, *A proposito di dumping sociale*, in *Lav. dir.* 2011.

<sup>171</sup> A. Gallas, C. Scherer, M. Williams, *Les inégalités – le talon d'Achille de la démocratie de marché*, in *Journal international de recherche syndicale*, Bit, Geneva, 2014, Vol. 6, n. 1, p. 163 ss.

and Europe must craft a trade agreement that encourages better public policies, better management, and higher labor standards, not more exploitation of workers and widening of social and economic inequality”<sup>172</sup>.

Si pongono, a tal riguardo una serie di interrogativi cruciali a tutti i livelli di produzione normativa: quali saranno le ripercussioni sui sistemi di diritto del lavoro e di relazioni industriali degli Stati interessati dal TTIP? Quale l’impatto sui diritti sociali dei lavoratori europei? Quali le misure da attuare in maniera preventiva per tutelare gli standard sociali internazionali (e nazionali) a fronte della concorrenza delle imprese multinazionali? Per rispondere a queste sfide regolative i negoziatori del TTIP dovranno superare le ambivalenze che, soprattutto da parte USA, sono tradizionalmente connesse al rapporto tra “libero commercio” e “lavoro”<sup>173</sup>, per coniugare l’agenda commerciale con le preoccupazioni sociali nell’ottica, propugnata dalla parte europea, di uno sviluppo economico “sostenibile”. Si tratta di esigenze cui concorrono *ratio* diverse ma convergenti, che rimandano vuoi alla progettazione e istituzione di un ordine transnazionale assiologicamente orientato, capace di correggere le conseguenze sociali indesiderate della globalizzazione, vuoi a regolare i fenomeni di *social dumping* distorsivi della concorrenza, che ostacolano l’allocazione ottimale delle risorse. È quindi necessario pensare ad un nuovo modello di “clausola sociale” da inscrivere nel *corpus* del TTIP, sviluppando un confronto con le esperienze di integrazione commerciale già sperimentate nel mercato globale nell’ambito di analoghi processi di liberalizzazione degli scambi (NAFTA, *Free Trade Agreement*), ma anche nell’ambito di politiche commerciali unilaterali collegate alla promozione dei diritti sociali, come i Sistemi di Preferenze Generalizzate (SPG) adottati da USA e UE.

Infatti, se il liberalismo economico, che si traduce nella liberalizzazione del commercio e nell’eliminazione delle sue barriere, ha di fatto comportato un aumento delle diseguaglianze e il livellamento verso il basso degli standard sociali, la soluzione da promuovere è quella di un commercio non solo *free* ma “*fair*”, leale e sostenibile in termini di tutela dei lavoratori, della salute delle persone e di rispetto dell’ambiente. Per garantire questi obiettivi è necessario che l’accordo transatlantico internalizzi in modo trasparente, con regole chiare e meccanismi istituzionali imparziali, il tema dei *non trade issues* in una logica di “internormatività” e di “coregolazione”<sup>174</sup>. Nella tradizionale visione libero-scambista risalente al GATT, questo metodo di *linkage* tra sfera economica e sfera sociale non è affatto contemplato, mentre le esigenze diverse dal commercio vengono intese come possibili limiti eccezionali ai processi di liberalizzazione (ad es. art. XX del GATT, su cui v. *infra*). In seguito, man mano che le barriere tariffarie/non tariffarie venivano smantellate e si manifestavano i fallimenti del mercato (in termini di esternalità negative con fenomeni di *dumping* ambientale e sociale) si è sviluppata una corrente di pensiero che sollecita la revisione del modello liberista classico a vantaggio di una regolazione che contempli anche i c.d. “*trade-ands*”, vale a dire le materie correlate alla liberalizzazione del commercio a tutela di valori extra-mercantili. Si tratta delle esigenze etiche del commercio sostenibile, che esclude la logica della

<sup>172</sup> L. Compa, *Labor Rights and Labor Standard in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: An American Perspective*, John Hopkins University, Working Paper Series, July 2014, p. 2.

<sup>173</sup> Per riferimenti anche storici cfr. Ethan B. Kapstein, *Shoring the Wealth. Workers and the World Economy*, trad. it. *Governare la ricchezza. Il lavoro nell’economia globale*, Carocci editore, 2000.

<sup>174</sup> Rinvio a A. Perulli, *La responsabilità sociale dell’impresa: idee e prassi*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 9 ss.

competizione darwiniana sui diritti e sui prezzi: una filosofia ben radicata nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE nonché nella costruzione in senso "sociale" del mercato interno, basata sullo sviluppo sostenibile, il rispetto dei diritti fondamentali, la prevenzione dei rischi, il principio di precauzione<sup>175</sup>. Il negoziato TTIP, se intende rispettare questi canoni regolativi dovrà scontrarsi con filosofie di mercato affatto diverse, radicare oltreoceano, laddove il sistema giuridico appare orientato più sulla repressione che non sulla prevenzione dei danni ai consumatori, e ravvisa barriere commerciali perfino in tecniche regolative *soft* come l'*eco-labelling*.

Partiamo quindi da punti di vista molto diversi, sui quali i negoziatori dovranno necessariamente trovare un punto di equilibrio. Basti pensare che l'UE si è dotata di una Costituzione che sancisce i diritti a condizioni eque di lavoro, alla salute, alla protezione ambientale: una serie di valori – incardinati nel modello di commercio equo e sostenibile – che non possono certo essere obliterati a fronte dei presunti vantaggi economici derivanti dalle facilitazioni commerciali transatlantiche.

È comunque opportuno, a tal fine, identificare i possibili punti di contatto tra le parti, piuttosto che enfatizzare le pur vistose distanze culturali di partenza. Giova allora sottolineare che gli USA hanno da tempo inaugurato una strategia di *linkage* tra commercio internazionale e diritti sociali, come dimostra la stessa legislazione interna statunitense basata sulla nozione di "lealtà" applicata agli scambi commerciali. La *Section 301* del *Trade Act* del 1974 ha permesso di ampliare il campo di operatività della lealtà commerciale considerando alla stregua di concorrenza sleale talune prassi degli Stati con i quali gli USA intrattengono rapporti mercantili. Il riferimento va alle pratiche commerciali qualificate dalla legislazione americana come "ingiustificabili", "discriminatorie" e "irragionevoli" (*unreasonable*), categoria, quest'ultima, inclusive di un "*persistent pattern of conduct that i) denies workers the rights of association, ii) denies workers the rights to organize and bargain collectively, iii) permits any form of forced or compulsory labor, iv) fails to provide a minimum age for the employment of children, or v) fails to provide standards for minimum wages, hours of work, and occupational safety and health of workers*".

La previsione di clausole sociali in una lunga serie di trattati multilaterali e bilaterali sottoscritti dagli USA conferma questo approccio, con significati avanzamenti nel tempo in punto di identificazione dei diritti sociali tutelati in sede di negoziati commerciali. Dal NAALC, l'accordo di cooperazione sul lavoro parallelo al NAFTA, al CAFTA (Accordo di libero scambio dell'America centrale), sino ai *Free Trade Agreements* bilaterali, le clausole sociali sono state intessute dal riferimento non solo a generici "diritti sociali internazionalmente riconosciuti", bensì ai principi espressi dalla Dichiarazione OIL del 1998 sui diritti sociali fondamentali. Inoltre, a partire dall'accordo *US-Jordan* sino ai più recenti *Trade Agreements* di nuova generazione, si registra una ulteriore evoluzione in punto di obblighi assunti dalle parti con la stipulazione degli accordi commerciali. Ci si riferisce al passaggio da una prospettiva in cui gli Stati dichiarano genericamente di "sforzarsi di assicurare" ("*strive to ensure*") il rispetto dei principi internazionali, al più preciso ed impegnativo obbligo di "*adopt and mantein*" i "*core principles*" dell'OIL, con la previsione di sanzioni commerciali quale meccanismo di *enforcement*<sup>176</sup>.

<sup>175</sup> Su questi temi cfr. già L.S. Rossi, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano, Giuffrè, 1990; Id. *Verso una nuova etica del commercio internazionale?* In L.S. Rossi, a cura di, *Commercio internazionale sostenibile?* Il Mulino, Bologna, 2003, p. 23.

<sup>176</sup> Cfr. L. Compa, *From Chile to Vietnam: International Labour Law and Workers' Rights in International Trade*, in

Sotto questo profilo, quindi, il partner transatlantico non può certo essere assimilato, quanto a cultura dell'integrazione sociale nell'ambito delle relazioni commerciali, ai paesi più retri ed arroccati su tesi contrarie ad ogni ipotesi di condizionalità sociale. La lotta al dumping sociale, il rifiuto di logiche libero-scambistiche fondate unicamente sulla tutela del mercato a discapito di interessi sociali e ambientali, il superamento del principio ricardiano di vantaggi comparati applicato alle condizioni normative, rappresentano altrettanti punti qualificanti l'atteggiamento degli USA nelle relazioni esterne, che dovranno essere debitamente valorizzati nell'ambito del negoziato.

#### 4. Segue: Sviluppo Sostenibile e Sistema di Preferenze Generalizzate

Se gli USA presentano credenziali non trascurabili in materia di *linkage* commercio-diritti sociali, l'UE non può certo dirsi estranea alla promozione di *core labour standards* attraverso gli strumenti dell'*international trade*. Il modello europeo di integrazione *trade-and-standards* è senz'altro identificabile con il paradigma dello "sviluppo sostenibile": non a caso, secondo quanto si legge nel *Final Report* dell'*High Level Working Group on Job and Growth*, il negoziato TTIP dovrebbe svolgersi con l'obiettivo di dedicare un capitolo a *Sviluppo Sostenibile e Commercio (TSD Chapter)*, concepito non quale corpo estraneo o accidentale dell'accordo commerciale ma, al contrario, per "permeare tutte le aree dell'accordo negoziato". Gli obiettivi dello sviluppo sostenibile sono riaffermati nelle *Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America* del 17 giugno 2013, secondo le quali il preambolo del TTIP deve ricordare che "il partenariato con gli Stati Uniti si basa su principi e valori comuni coerenti con i principi e gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione" e contenere, tra l'altro: 1. i valori condivisi in aree come i diritti umani, le libertà fondamentali, la democrazia e lo stato di diritto; 2. l'impegno delle parti a favore dello sviluppo sostenibile e il contributo del commercio internazionale allo sviluppo sostenibile per quanto riguarda i suoi aspetti economici, sociali e ambientali, inclusi lo sviluppo economico, l'occupazione piena e produttiva e il lavoro dignitoso per tutti, nonché la tutela e la conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali; 3. il diritto delle parti di prendere le misure necessarie per realizzare obiettivi legittimi di politica pubblica in base al livello di tutela della salute, della sicurezza, dei lavoratori, dei consumatori, dell'ambiente e della promozione della diversità delle espressioni culturali.

I precedenti nell'adozione di relazioni esterne dell'UE aventi come obiettivo lo sviluppo sostenibile non mancano, e sono senz'altro utili per impostare il capitolo TDS del TTIP. Infatti l'UE ha sposato da tempo un modello di regolazione volta a coniugare liberalizzazione del commercio e rispetto dei diritti sociali mediante il Sistema di Preferenze Generalizzate (GSP)<sup>177</sup>, il trattamento preferenziale e non reciproco concesso ai paesi in via di sviluppo in materia di scambi commerciali, in deroga alla normativa GATT<sup>178</sup>. Il Consiglio, adottando il 19 dicembre 1994 un nuovo GSP ha sancito per la prima volta un legame tra commercio e rispetto dei diritti sociali fondamentali<sup>179</sup>,

<sup>177</sup> F. Pantano, R. Salomone, *Trade and Labour within the European Union Generalized System of Preferences*, Jean Monnet WPS, New York University School of Law, 2008.

<sup>178</sup> Cfr. T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institution*, Oxford, 1995, p. 58.; L. Bartels, C. Haberli, *Binding Tariff Preferences For Developing Countries Under Article II GATT*, in *Journal of International Economic Law*.

<sup>179</sup> Regolamento (CE) n. 3281/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze

sostanzando tale principio con uno strumento commerciale della Comunità europea. Il *linkage* è stato in seguito confermato dal Regolamento del 1998 e dal Regolamento del Consiglio 2501/2001<sup>180</sup>, ai sensi dei quali i Paesi richiedenti devono dimostrare di aver adottato e applicato le convenzioni OIL n. 87 e n. 98 (diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva), la convenzione n. 138 concernente l'età minima di ammissione al lavoro<sup>181</sup>, nonché ulteriori convenzioni internazionali relative a tematiche ambientali<sup>182</sup>. Con il successivo regolamento n. 2820/98<sup>183</sup>, vengono definite le misure adottate per garantire l'esecuzione e il controllo del rispetto di tali convenzioni, e le eventuali limitazioni dell'applicabilità delle misure, l'impegno del governo del paese beneficiario del regime ad assumersi la totale responsabilità del controllo dell'applicazione del regime speciale e dei metodi di cooperazione amministrativa ad esso relativi<sup>184</sup>.

Il nuovo regolamento n. 980/2005<sup>185</sup> ha semplificato il regime speciale di incentivazione stabilendo un regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati nonché un regime di incentivazione intitolato allo "*Sviluppo sostenibile e del Buon governo*". Costruito in base ad una condizionalità positiva, conosciuta come *GSP+*, il sistema ha conosciuto una recente evoluzione capace di immettere nuovo dinamismo nel collegamento virtuoso tra globalizzazione (*sub specie* di liberalizzazione del commercio) e rispetto dei diritti sociali. Un nuovo regolamento n. 732/2008 del Consiglio ha semplificato il regime speciale di incentivazione, sostituendo i tre regimi precedenti con i due attuali: il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati e il regime speciale di incentivazione dello *Sviluppo sostenibile e del Buon governo*, concedibile solo ai paesi che abbiano "ratificato ed effettivamente applicato" le convenzioni di cui all'allegato III (tra le quali figurano 8 convenzioni fondamentali dell'OIL), e che si impegnino "a mantenere la ratifica delle convenzioni e delle relative leggi/misure di attuazione e che accettino che l'applicazione sia periodicamente soggetta a verifica e riesame a norma delle disposizioni di attuazione delle convenzioni che hanno ratificato".

Il patrimonio sociale del SPG rappresenta, dunque, un utile punto di partenza per definire i principi generali che, secondo le menzionate *Direttive* del Consiglio, dovrebbero connotare il Preambolo del TTIP. È difficile immaginare che l'accordo transatlantico non contempra l'impegno a ratificare le convenzioni fondamentali dell'OIL e l'adozione di misure di attuazione che ne garantiscano l'effettività. Ma anche l'esperienza statunitense conosce il Sistema di Preferenze Generalizzate, sia pure fondato su una filosofia d'azione parzialmente diversa rispetto a quella europea, onde il negoziato dovrebbe preoccuparsi di trovare un punto di sintesi operativo tra i due modelli.

---

tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo. GU L 348 del 31.12.1994.

<sup>180</sup> Cfr. T. Novitz, *The European Union and International Labour Standards: The Dynamics of Dialogue between the EU and the ILO*, in P. Alston (eds.) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford, 2005, p. 214 ss.

<sup>181</sup> Art. 7, 1° comma del Reg. 3281/94.

<sup>182</sup> Art. 8, 1° comma del Reg. 3281/94.

<sup>183</sup> Regolamento (CE) n. 2820/98 del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativo applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° luglio 1999-31 dicembre 2001.

<sup>184</sup> Cfr. art. 11 del Reg. 3281/94.

<sup>185</sup> GUUE L 169 p. 1 del 30 giugno 2005. Il sistema comunitario di preferenze generalizzate si applica dalla data di entrata in vigore del presente regolamento fino al 31 dicembre 2008 ai sensi del presente regolamento.

## 5. Un capitolo del TTIP sulla Sostenibilità

Il Capitolo sulla Sostenibilità del TTIP dovrebbe raccogliere, con virtuoso eclettismo e collocazione sistematica, le principali indicazioni operative ricavabili dalle più avanzate esperienze di regolazione del commercio internazionale in un'ottica di promozione dei diritti sociali fondamentali. Di seguito alcuni punti specifici di una strategia di definizione di un Capitolo sulla Sostenibilità attenta all'obiettivo qui diviso.

### 5.1. Previsione di un meccanismo di valutazione di impatto per la sostenibilità del TTIP in materia sociale (*Sustainability Impact Assessment*)

Il Capitolo sulla Sostenibilità dovrebbe anzitutto contemplare una clausola di valutazione dell'impatto sociale del TTIP, coerentemente con le strategie normative dell'Unione europea. Nell'ambito della strategia 2020 l'UE ha previsto per tutte le iniziative commerciali l'attivazione di valutazioni di impatto economico, sociale o ambientale, con *"particolare attenzione ad ampie consultazioni e al coinvolgimento della società civile nelle valutazioni di impatto sulla sostenibilità che effettueremo durante i negoziati commerciali"*<sup>186</sup>. L'art. 9 del TFUE, dal suo canto, fornisce una rinnovata base giuridica alla valutazione di impatto sociale (*Social Impact Assessment*), procedura di valutazione *ex ante* delle politiche inaugurata al Consiglio europeo di Laeken (2002), ed in seguito confermata con la strategia di Lisbona per lo sviluppo e l'occupazione (2005). In questa prospettiva la Commissione europea ha adottato un ambizioso meccanismo di valutazione di impatto sociale con le linee-guida del 2009, nelle aree del mercato del lavoro, standard e diritti connessi alla qualità del lavoro, inclusione sociale, parità di trattamento e non discriminazione, accesso ed effetti della protezione sociale, sistema sanitario ed educativo, salute e sicurezza pubblica. Una particolare attenzione è dedicata all'impatto redistributivo, sulla povertà e sull'inclusione sociale, sia all'interno dei stati membri sia nei confronti dei paesi membri, specie quelli in via di sviluppo, concorrendo all'obiettivo di garantire il rispetto delle disposizioni di politica sociale contenute nel Trattato di Lisbona (in particolare gli articoli da 145 a 166 e l'art. 168 del TFUE) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in particolare il IV capitolo sulla *Solidarietà*), cui l'art.6 del TUE ha riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

La valutazione di impatto può quindi, a pieno titolo, rientrare tra gli obiettivi del TTIP, contribuendo in maniera decisiva a riequilibrare il confronto tra diritti sociali e libertà economiche. In tal prospettiva si pongono, del resto, le *Direttive di negoziato* del Consiglio, con una previsione relativa ad una *"valutazione di impatto per la sostenibilità (SIA)"* finalizzata a verificare l'impatto a livello economico, sociale e ambientale del TTIP, nel corso del negoziato, cui partecipi la società civile in tutte le componenti interessate dall'accordo (punto 33).

La valutazione delle ripercussioni sociali del TTIP dovrebbe prescindere dal termine di perfezionamento dell'accordo, e rappresentare un meccanismo permanente, capace di fornire indicazioni

<sup>186</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Commercio, crescita e affari mondiali. La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE, COM (2010) 612 def.

non solo *ex ante* ma anche *ex post* sugli effetti del capitolo sullo sviluppo sostenibile, con un percorso di *follow up* in grado di indicare le misure da adottare per garantire i risultati attesi<sup>187</sup>. In tal prospettiva il monitoraggio sull'impatto dovrebbe coinvolgere le parti sociali, le ONG interessate e il *Comitato Economico e Sociale Europeo* (CESE), il quale ha adottato molteplici pareri in materia di commercio e sostenibilità prevedendo un meccanismo di valutazione che coinvolge la società civile, onde rivalutare, a scadenze predefinite, i rischi e le opportunità individuati nella valutazione di impatto iniziale<sup>188</sup>. Questa attività di monitoraggio e di valutazione dell'impatto dovrebbe, inoltre, raccordarsi con ulteriori meccanismi di *review* e *follow up* da prevedere nell'accordo, relativi all'apprendimento reciproco e alla circolazione di buone prassi, adottabili sulla base di linee guida condivise, nell'ambito di un meccanismo di coordinamento aperto, sulla scorta di quanto previsto in sede UE per il coordinamento delle politiche del lavoro degli stati membri<sup>189</sup>.

## 5.2. Previsione di un meccanismo di monitoraggio permanente sugli effetti sociali dell'accordo

Il TTIP dovrebbe inoltre contemplare un adeguato meccanismo di implementazione dell'accordo volto a monitorarne l'effettività e l'adempimento degli obblighi da esso derivanti, con particolare riferimento alle previsioni di *compliance* delle obbligazioni internazionali, segnatamente quelle derivanti dall'adesione all'OIL e dal conseguente obbligo di garantire il rispetto della Dichiarazione OIL 1998 sui Diritti sociali fondamentali. In tal prospettiva l'accordo dovrebbe prevedere la costituzione di un comitato di esperti (*committe of experts*) indipendente, con un membro dell'OIL in funzione consultativa, avente le seguenti funzioni: a) redazione di report periodici sullo stato di effettività degli standards sociali, stilati tenendo in considerazione le informazioni rese dai governi e dagli altri attori; b) raccogliere e valutare i reclami (*complaints*), redigere raccomandazioni, promuovere forum consultativi per lo scambio di informazioni tra governi, parti sociali e altri *stakeholders* (sul modello del NAALC); c) con riferimento a quest'ultima funzione, il dialogo transatlantico dovrebbe essere debitamente istituzionalizzato attraverso la creazione di un *Forum for Trade, Investments and Sustainable Development*, il quale, con cadenza fissa, dovrebbe rappresentare la sede di discussione pubblica delle tematiche sociali collegate al TTIP. Giova rimarcare, questa volta da parte americana, che un interesse al monitoraggio, in chiave di promozione dei profili di effettività degli impegni assunti in ambito commerciale, è alla base delle politiche esterne degli Stati Uniti in materia di *trade and investement*. Un utile esempio di questa attitudine è rappresentato dal CAFTA, l'accordo di libero scambio siglato il 27 luglio 2005 tra Costa Rica, Repubblica Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Stati Uniti, che si aggiunge alla lista di accordi di libero scambio nei quali trova spazio il tema dei diritti dei lavoratori. Dal Preambolo dell'accordo si evince che le parti si impegnano non solo alla promozione dell'integrazione intesa in senso puramente economico ma altresì a creare nuove opportunità per lo sviluppo sociale ed economico dei rispettivi territori, per proteggere e rafforzare i diritti dei lavoratori e la cooperazione in materia di lavoro tra le diverse istituzioni coinvolte, per creare nuove opportunità di impiego e migliorare le condizioni di vita e di lavoro. Orbene, nella seconda parte del capitolo dedicato al lavoro, si prevede di potenziare quanto più possibile la cooperazione e lo scambio tra

<sup>187</sup> Anche secondo K. Lukas e A. Steinkellner, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, p. 11, "A continuous repeated review of the impact of the agreements is also required".

<sup>188</sup> Cfr. Parere del CESE su "Valutazioni d'impatto sulla sostenibilità (VIS) e politica commerciale UE" (2011/C 218/03)

<sup>189</sup> In tal senso anche T. Treu, *Labor and Industrial Relations in the transatlantic Free Trade Agriments guidelines*, Contributo al meeting del 21 nov. 2013 Italian Cultural Institute in New York.

i paesi aderenti, così da monitorare l'attuazione dell'accordo e gli eventuali nodi problematici che possono sorgere nella fase applicativa. In questa prospettiva si spiega sia la costituzione di un *Labor affaire council* (LAC), con compiti di verifica periodica dello stato di implementazione dell'accordo, di consultazione, di coordinamento tra le parti stipulanti l'accordo, sia la previsione di un sistema (*Capacity Building Mechanism*) volto a promuovere e rafforzare la cooperazione, al miglioramento degli standard di lavoro, a favorire le consultazioni e i momenti di incontro tra le parti.

Nel caso del TTIP, si potrebbe optare per la costituzione di un organo di controllo paritetico USA-UE, ovvero coinvolgere nell'attività di monitoraggio l'OIL, sulla base di quanto già accaduto, nell'ambito del programma di cooperazione internazionale tra USA e Comorbogia; realizzando in tal modo, a distanza di molti anni, il modello prefigurato dalla Carta dell'Avana, che contemplava un raccordo istituzionale tra l'istituenda Organizzazione internazionale del commercio e l'OIL al fine di monitorare il rispetto di *fair labour standard* da parte degli stati membri dell'organizzazione.

### 5.3. Struttura e Contenuto di una Clausola Sociale

Benchè l'accordo in materia di lavoro possa essere concepito in termini più ampi ed ambiziosi di una pura e semplice "clausola sociale", e possa senz'altro prevedere meccanismi *soft* di disseminazione di buone prassi tra le Parti, è opinione di chi scrive che il TTIP debba contenere anche una vera e propria clausola di condizionalità sociale, azionabile nell'ambito dei meccanismi di *enforcement* dell'accordo avanti un organo di risoluzione delle controversie (*dispute settlement body*), sul modello WTO<sup>190</sup> e di quanto previsto, in materia sociale, dai FTA. La sola previsione di un raccordo istituzionale, riconducibile ai meccanismi deliberativi di stampo europeo (secondo i dettami dell'*Open Method of Coordination*), non sarebbe sufficiente a garantire l'effettività dell'anima sociale dell'accordo, specie per quanto concerne gli obiettivi di rispetto degli standard minimi previsti dalle rispettive legislazioni<sup>191</sup>. Tutti gli accordi commerciali internazionali, bilaterali o plurilaterali, prevedono meccanismi prescrittivi e di *enforcement*, più o meno rigorosi; e non si vede il motivo per non praticare nel negoziato commerciale transatlantico un simile approccio. Come dire che per non risolversi in una pure e semplice dichiarazione di buoni intenti, il TTIP deve dotarsi di un "*mandatory rule-oriented dispute settlement system*" capace di risolvere controversie nascenti in ordine al rispetto da parte delle imprese e dei governi degli impegni assunti in materia sociale, adottando, ove necessario, le necessarie sanzioni di natura economica/commerciale.

### 5.4. Una clausola di condizionalità sociale ispirata all'art. XX GATT

Una autorevole indicazione nel senso indicato, relativa all'adozione di una vera e propria clausola sociale, assistita da eventuali sanzioni commerciali, si ritrova nelle *Direttive di negoziato* del Consiglio, laddove si prevede che "*l'accordo deve comprendere una clausola sulle eccezioni generali ispirata agli articoli XX e XXI del GATT*" (art. 12). Come è noto, grazie all'art. XX del GATT, relativo ad un regime di deroghe denominato "eccezioni generali", viene stabilita una riserva di giurisdizione domestica a favore dei singoli Stati, i quali vengono autorizzati ad anteporre taluni interessi

<sup>190</sup> Cfr. E.-U. Petersmann, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 2, 1995, p.207 ss. La letteratura sul tema è vastissima.

<sup>191</sup> Per una diversa tesi, che indica un'approccio non "rigidamente prescrittivo in vista di una armonizzazione degli standard, né tantomeno sanzionatorio per la violazione degli standard predefiniti", cfr. T. Treu, op. ult. cit.

di politica nazionale rispetto agli obblighi derivanti da accordi di liberalizzazione del commercio. In particolare, la norma consente alle parti di adottare misure restrittive degli scambi giustificate da considerazioni relative alla protezione della *morale pubblica* (art. XX a)), *della vita e salute di persone, animali o piante* (art. XX b)), il rispetto di leggi e regolamenti interni (art. XX d)), alla difesa dell'ambiente e delle risorse naturali, alla tutela del patrimonio artistico, del consumatore, per ragioni legate alla commercializzazione di *articoli fabbricati nelle prigioni* (art. XX e)). In base a quest'ultimo disposto - unica disposizione contenuta nel GATT che possa essere assimilata ad una "clausola sociale" - gli Stati sono autorizzati ad adottare misure restrittive del commercio internazionale (quali restrizioni alle esportazioni: embargo, ovvero alle importazioni: *boycott*) per proteggere i loro mercati dall'introduzione nel mercato interno di manufatti realizzati con manodopera a basso costo<sup>192</sup>. Il linguaggio del *chapeau* dell'art. XX impone agli Stati membri del WTO che le misure adottate non siano applicate in modo da realizzare una "discriminazione ingiustificata o arbitraria" ("*arbitrary or unjustifiable discrimination*") tra paesi e non costituisca una forma di protezionismo mascherato ("*disguised restriction on international trade*"). In questa prospettiva l'*Appellate Body* del WTO ha validato il divieto francese di importazione di amianto bianco proveniente dal Canada, in ragione dei danni causati alla vita e alla salute delle persone, giustificando una tale misura restrittiva nell'ottica di protezione<sup>193</sup>. Lo stesso è avvenuto con riferimento alla protezione e conservazione delle tartarughe marine nel caso delle restrizioni americane all'importazione di gamberetti provenienti dalla Malesia, ritenuto giustificato ai sensi dell'art. XX del GATT<sup>194</sup>.

Ma è l'eccezione relativa ai prodotti fabbricati nelle prigioni che deve attirare l'attenzione degli interpreti, giacché rappresenta un esempio di clausola con *effetto extraterritoriale* della norma nazionale di tutela del lavoro, volta a garantire una "competenza di protezione" degli Stati esercitabile al di fuori dei limiti del proprio territorio con un apprezzamento del *processo produttivo* del bene, diversamente da quanto accade nel diritto del commercio internazionale<sup>195</sup>; circostanza, questa, particolarmente importante per valutare il rispetto dei diritti sociali fondamentali che vengono garantiti (o violati) nel contesto produttivo aziendale e non possono essere valutati in base ad un'analisi del prodotto come tale.

Nell'ambito delle riflessioni sulla norma in esame, da più parti si è indicata la necessità di una riformulazione dell'art. XX del GATT con la previsione di *nuove eccezioni* relative al mancato rispetto dei diritti sociali fondamentali non contemplati dalla lettera e). Tuttavia, una corretta interpretazione delle misure di tutela della "*morale pubblica*", nonché "*necessarie alla protezione*

<sup>192</sup>Cfr. Wto Appellate Body «Japan-Taxes on A/coho/ic Beverages», report 4 ottobre 1996, Dor. WI/OS8/ABIR, e «Canada-Certain Measures Concerning periodicals», report 30 giugno 1997, Doc. WI/OS31/ABIR.

<sup>193</sup> 12 marzo 2001, WT/DS 135/AB/R, ove si legge che: "In the light of France's public health objectives as presented by the European Communities, the Panel concludes that the EC has made a prima facie case for the non-existence of a reasonably available alternative to the banning of chrysotile and chrysotile-cement products and recourse to substitute products. Canada has not rebutted the presumption established by the EC. We also consider that the EC's position is confirmed by the comments of the experts consulted in the course of this proceeding."

<sup>194</sup> WT/DS58/AB/RW 22 October 2001 UNITED STATES – IMPORT PROHIBITION OF CERTAIN SHRIMP AND SHRIMP PRODUCTS RECOURSE TO ARTICLE 21.5 OF THE DSU BY MALAYSIA.

<sup>195</sup> È noto che il diritto del commercio internazionale non conosce il «come» un prodotto viene fabbricato, limitandosi a valutare il bene in sé considerato; cfr. D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, 207, p. 268.

della salute e della vita delle persone”, deve intendersi riferibile ad alcuni diritti fondamentali quali il divieto di “lavoro forzato” (Convenzione OIL n. 105/1957 ma anche art. 8 dell’*International Covenant on Civil and Political Rights*), il divieto delle “peggiori forme di lavoro minorile” (Convenzione OIL n. 182/1989), il divieto di (lavorare in condizioni che prevedono) “trattamenti inumani o degradanti” (art. 7 *International Covenant on Civil and Political Rights*), l’esigenza di salvaguardare norme minime di “salute e sicurezza sul lavoro” (convenzioni OIL n. 15/1981 e 187/206); consentendo agli Stati che subiscono il *dumping* sociale, di adottare adeguate contromisure restrittive delle importazioni<sup>196</sup>. A supporto di questa prospettiva giova inoltre ricordare come l’*Appellate Body* del WTO abbia espressamente stabilito in merito alla necessità di interpretare la tutela dell’ambiente anche alla luce degli strumenti e delle dichiarazioni internazionali, richiamando, ad esempio, la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo, ed il relativo principio del consenso internazionale. Un simile approccio metodologico, valevole per la tematica della Sostenibilità ambientale e sociale, consentirebbe di identificare nei *core labour standards* dell’ILO i principali referenti normativi in materia sociale sui quali il consenso internazionale dei paesi membri del WTO (tra cui USA e UE) è ampiamente acquisito. Impiegare questi standards come “benchmark” nella clausola del TTIP ispirata all’art. XX del GATT sembra quindi coerente non solo con gli obiettivi di “sostenibilità” dell’accordo, ma anche con il diritto internazionale del lavoro e con il diritto del commercio internazionale. Invero, il richiamo contenuto nelle *Direttive di negoziato* alla necessità di prevedere, nel TTIP, una clausola sulle eccezioni generali “ispirata” all’art. XX del GATT può rappresentare un’importante occasione per interpretare la norma in chiave evolutiva, secondo gli sviluppi del diritto internazionale dei diritti umani. Nella stesura della norma, di conseguenza, sarebbe opportuno prevedere una serie di eccezioni generali collegate al rispetto degli impegni assunti nel capitolo dedicato al lavoro e alla sostenibilità, riconoscendo alle parti la facoltà di prendere le misure appropriate di carattere commerciale contro la violazione dei diritti sociali fondamentali.

Peraltro, i negoziatori del TTIP dovrebbero essere particolarmente esigenti sul piano del rispetto di un’agenda sociale fondata sul rispetto dei diritti sociali fondamentali e sui principi del *Decent Work*, non potendo USA e UE appellarsi ai tradizionali argomenti anti-clausola sociale mossi dai paesi in via di sviluppo, secondo i quali il mantenimento di condizioni lavorative sub-standard costituisce un legittimo “vantaggio comparativo” e nello strumento di condizionalità sociale un “protezionismo mascherato”<sup>197</sup>. Del resto, se la giustificazione operativa su cui si fonda la clausola sociale appare difficilmente praticabile a livello multilaterale globale, essa appare invece funzionale allo sviluppo dei processi di libero scambio bilaterali guidati rispettivamente dall’UE e dagli USA. Ritroviamo, infatti, importanti esempi di condizionalità sociale sia nell’ambito delle relazioni esterne dell’UE<sup>198</sup>, sia nel quadro dell’integrazione mercantile nord-americana (e, in parte, centro-sud-americana), sia nei *Free Trade Agreements* bilaterali di nuova generazione siglati da UE e

<sup>196</sup> An evolutive interpretation of Art. XX GATT on general exceptions in W. Benedek, *The World Trade Organization and Human Rights*, in *Economic Globalisation and Human Rights*, edited by W. Benedek, K. De Feyter and F. Marrella, Cambridge, University Press, 2007, p. 156 ; A. Perulli, *Globalisation and Social Rights*, in *Economic Globalisation and Human Rights*, edited by W. Benedek, K. De Feyter and F. Marrella, Cambridge, University Press, 2007, p. 111; A. Perulli, voce *Clausola sociale*, in *Enciclopedia del diritto*, 2014.

<sup>197</sup> Dichiarazione di Singapore.

<sup>198</sup> Cfr. A. Perulli 2014.

USA, che confermano la volontà degli attori transatlantici di praticare il *linkage* tra diritti sociali e commercio internazionale, superando molte delle ambiguità presenti nei precedenti trattati commerciali<sup>199</sup>.

Si tratta, quindi, di individuare quale possa essere il “modello” di clausola sociale più confacente al TTIP, valutando le varie declinazioni esistenti e le possibili nuove opzioni da esplorare in sede di negoziato.

## 6. Clausola sociale e rispetto delle rispettive legislazioni nazionali

Un primo modello di riferimento potrebbe esse rappresentato dal NAALC. L'Accordo nordamericano di cooperazione sul lavoro (NAALC) rappresenta un peculiare caso di clausola sociale adottata a latere dell'Accordo plurilaterale di libero scambio tra Usa, Canada e Messico che appresta una specifica strumentazione normativa volta a incoraggiare la tutela lavoristica mediante un meccanismo procedurale che consente il contemperamento fra la *trade liberalization* e il rispetto dei diritti sociali fondamentali. Incorporando obiettivi diversi da quelli della liberalizzazione commerciale, il cd. *Nafta Labor Side Agreement* si propone dunque come modello per l'integrazione di valori sociali nei processi sovranazionali che regolano la globalizzazione economica<sup>(200)</sup>. Con il NAALC si riafferma, in un contesto d'oltreoceano caratterizzato da una prospettiva di integrazione debole, limitata alla materia economica, una logica funzionalista assai simile a quella che caratterizza la primitiva esperienza comunitaria europea. Tuttavia, nell'accordo nord-americano di cooperazione sul lavoro cambiano le tecniche e le finalità stesse della regolazione sociale sovranazionale. Il *labor side agreement* ha per oggetto una procedura di sorveglianza e di cooperazione tra i paesi partners, che può sfociare, ove il mancato rispetto degli obblighi contratti comporti un effettivo pregiudizio concorrenziale, in vere e proprie sanzioni economico-finanziarie. Il meccanismo può dunque essere letto come una clausola sociale, che, a differenza di quanto normalmente previsto nei trattati del commercio internazionale e nell'esperienza dell'integrazione europea (oltrechè nella tradizione normativa del diritto internazionale del lavoro), *non contempla il rispetto di uno standard minimo sovranazionale uniforme bensì la garanzia di effettività dei singoli standard sociali nazionali*. L'art. 3 del NAALC testimonia l'intenzione delle parti, che promuovono “il rispetto e l'effettiva applicazione delle proprie leggi in materia di lavoro attraverso appropriate azioni di governo”: non vi è, quindi, alcuna finalità di armonizzazione o, ancor più, di uniformazione dei livelli di protezione in materia sociale, che viene lasciata alla discrezionalità del legislatore nazionale. È vero che l'accordo individua dei *principi*; tuttavia – come può leggersi nell'allegato sui Labor Principles che fa parte integrante dell'accordo – essi non rappresentano standard sociali sovranazionali, ma indicano “valori guida” e “aree di interesse” giuslavoristico nelle quali ciascun paese ha fissato il proprio livello di regolazione. Si potrebbe ipotizzare, allora, che nel TTIP

<sup>199</sup> Cfr. M. A. Cabin, *Labor Rights in the Peru Agreement: Can Vague Principles Yield Concrete Change?*, in *Columbia Law Review*, 2009, p. 1047 s.; per un'analisi sintetica cfr. K. Lukas, A. Steinkellner, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, Ludwig Boltzmann Institute, Wien, June 2010.

<sup>200</sup> Cowie, J. D. French, *Nafta's Labor Side Accord: a textual analysis*, in *Latin American Labor News*, 1993-94; M. A. Moreau, *La clause sociale dans les traités internationaux: Bilan et Perspectives*, Nantes, 20 mars 1995; M. A. Moreau, G. Trudeau, *La clause sociale dans l'Accord de libre-échange nord-américain*, in *Rev. Int. Dr. Économ.*, 1995, pp. 395 ss.; P. Staelens, *Les conséquences sociales de l'intégration nord-américaine sur le Mexique*, in *Syndicalisme et société*, 1998, pp. 97 ss.

il criterio tipico del NAALC, vale a dire il rispetto degli standard nazionali propri di ciascun paese, si riconnetta ad una dimensione internazionale (OIL) relativa al rispetto di Labor Principles. Il NAALC prevede una diversa tutela degli undici *Labor Principles*<sup>201</sup>, escludendo dal livello più *forte* di tutela i diritti sindacali, e riservando alla violazione dei diritti di organizzazione, contrattazione collettiva e sciopero la mera attivazione di «consultazioni ministeriali». Solo la violazione di alcuni *labor standards* riguardanti materie attinenti alla sicurezza sul lavoro e alla salute, al lavoro minorile e al salario minimo consente di attivare la complessa procedura di *Review* che, attraverso l'iniziale esperimento di consultazioni interministeriali, giunge sino alla convocazione di un *Arbitral Panel*, il quale può concludersi con l'irrigazione di sanzioni finanziarie. L'ambito di operatività delle sanzioni è quindi rigorosamente circoscritto: queste scattano solo nel caso in cui le violazioni del patto, oltretutto persistenti, si dimostrino «*trade-related*» e «*cover by mutually recognized labor laws*» (Naalc, art. 49, «*Definitions*»). Se il TTIP adottasse questo modello, in sostanza, non ogni violazione in materia sociale risulterà censurabile, ma solo quelle che, concretandosi nella mancata reazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti alle infrazioni commesse dai singoli soggetti economici per conseguire un indebito vantaggio comparativo, appaiono rilevanti ai fini dell'integrazione economico-commerciale perseguita dall'accordo. Inoltre, la mancata applicazione dovrà riguardare discipline giuslavoristiche che abbiano ottenuto riconoscimento dai contraenti quanto alla capacità di rendere azionabili diritti e livelli di tutela.

È utile rammentare che la procedura di *Review* ha dato esiti non trascurabili, grazie in particolare alla convocazione di *forum* di sensibilizzazione dell'opinione pubblica e alle conseguenti sanzioni «mediatiche» irrogate a stati e attori economici, nonché alla collaborazione transnazionale fra organizzazioni sindacali, in un'area – quella nordamericana - in cui la solidarietà internazionale tra sindacati non è molto sviluppata. Tale collaborazione è stimolata dalla necessità che una procedura di *submission* relativa a un Paese venga introdotta presso la struttura amministrativa (*national administrative office*, NAO) di altro Paese, da parte, quindi, di un'organizzazione straniera. Si potrebbe quindi prevedere, seguendo questo modello, una struttura amministrativa europea (EU-NAO) ed una corrispondente struttura statunitense (USA-NAO), deputate a ricevere le denunce e attivare le consultazioni ministeriali transatlantiche. La predisposizione di una clausola sociale assistita da un vero e proprio apparato sanzionatorio (che va ben al di là della «pressione morale» e della *mobilitation of shame*) all'interno di un accordo multilaterale di libero scambio tra USA e UE costituirebbe un fatto senza precedenti: così come lo è stato, del resto, nel caso del

<sup>201</sup> L'Annex 1 definisce detti *labor Principles* quali «valori guida» che le parti si impegnano a rispettare, e li individua nei seguenti ambiti tematici: 1) libertà di associazione e diritto di organizzazione sindacale; 2) diritto di contrattazione collettiva; 3) diritto di sciopero; 4) proibizione del lavoro forzato; 5) protezione del lavoro dei fanciulli e dei giovani; 6) protezione degli *standard* minimi di occupazione (ad esempio: minimi salariali e indennità per prestazioni di lavoro straordinario); 7) eliminazione delle discriminazioni sul lavoro; 8) diritto alla pari retribuzione tra uomini e donne aventi pari mansioni e operanti nella medesima impresa; 9) prevenzione delle malattie professionali e degli infortuni sul lavoro; 10) diritto di indennizzo in caso di malattie e infortuni sul lavoro; 11) protezione dei lavoratori migranti.

Si tratta di un'elencazione onnicomprensiva, che risponde a una tecnica redazionale accolta in altri trattati e accordi internazionali (cfr., ad esempio, i dodici principi enunciati nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989), seppure, nel caso di specie, assai avara nell'individuazione degli aspetti caratterizzanti le fattispecie individuate ai fini dell'interpretazione e applicazione della normativa regolatrice; nessuna menzione, in particolare, viene fatta alle relative Convenzioni dell'Oil, che i Principles dunque rispecchiano ma alle quali formalmente non rinviano. È importante segnalare, al riguardo, che detti principi non stabiliscono in alcun modo standard minimi comuni, ma solo «ampie aree di interesse» su cui le parti hanno sviluppato, ciascuna a proprio modo, «leggi, regolamenti, procedure e pratiche» volte alla "protezione degli interessi delle rispettive forze lavoro» (Annex 1).

NAALC <sup>(202)</sup>.

## 7. Clausola sociale e rispetto di diritti sociali internazionalmente riconosciuti

Un secondo modello di clausola sociale utile ai negoziatori del TTIP è offerto dai FTA. Il più significativo accordo commerciale che incorpora indicazioni relative agli *standards* di lavoro è *US-Jordan FTA*, primo tentativo di porre rimedio agli aspetti critici individuati nel suo predecessore, aggrudicandosi l'appellativo di "*gold standard for labor provisions in free trade agreements*": al modello proposto da questa intesa hanno, infatti, aderito, con maggiore o minore intensità, gli accordi successivi. A differenza del NAALC la condizionalità sociale attiene al rispetto (pervero ancora troppo vago) di *standard internazionali*: le parti si impegnano a promuovere elevati *standards* di lavoro, facendo leva sui rispettivi impegni internazionali, a rafforzare la collaborazione in materia ed a garantire un'efficace applicazione dei sistemi giuslavoristici nazionali. Questa prospettiva pare essere coerente con quanto previsto dal position paper europeo, laddove si fa espresso riferimento alla garanzia di *adherence to core labour standards* (v. retro). Le disposizioni domestiche devono, quindi, essere integrate dal rispetto degli *standards* internazionali, secondo quanto previsto dall'art. 6.1 *US-Jordan FTA* che, dopo aver sottolineato l'appartenenza dei sottoscrittori all'Organizzazione Internazionale del Lavoro e aver ribadito il loro impegno ai sensi della Dichiarazione dell'OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, impegna a "sforzarsi per assicurare" la protezione dei "principi del lavoro internazionalmente riconosciuti" da parte delle legislazioni nazionali, verificando la conformità dei *labor standards* ai principi di diritto internazionale (*labor laws*) ed impegnandosi al loro miglioramento. L'Accordo fa quindi riferimento agli *international labor standards*, come una sorta di *domestic benchmark* per la valutazione dell'efficienza delle *labor laws*.

Un secondo passo in avanti nel percorso di riconoscimento dei diritti dei lavoratori è rappresentato dall'inclusione delle disposizioni in materia di lavoro nel corpo principale del FTA; non si tratta, quindi, di un semplice allegato o *side agreement*, ma di una elencazione di principi integranti l'intesa, al pari delle disposizioni in materia commerciale. Il modello in esame prevede un unico *iter* di risoluzione delle controversie che si applica indistintamente a tutte le violazioni riscontrate, così da garantire agli *standards* di lavoro lo stesso accesso al meccanismo di denuncia previsto per le controversie commerciali. La forza delle obbligazioni in materia di lavoro è direttamente correlata al meccanismo esecutivo *multi-step* previsto dall'intesa. A fronte di una violazione le parti devono, *in primis*, compiere ogni tentativo per giungere ad una soluzione reciprocamente accettabile attraverso consultazioni. Se la controversia non trova composizione entro sessanta giorni, ciascuna parte ha il diritto di rinviare la questione ad un *Joint Committee*, organismo permanente, composto da rappresentanti delle parti, istituito per supervisionare sull'attuazione dell'Accordo. Il *Joint Committee* ha novanta giorni di tempo per risolvere la controversia, allo scadere dei quali si chiede l'intervento di un *Dispute Settlement Panel*, autorizzato a pronunciare raccomandazioni non vincolanti, delle quali deve tener conto il *Joint Committee*, per porre rimedio alla disputa nei successivi trenta giorni. Se alla conclusione di questo *iter* la controversia rimane irrisolta, "*the affected Party shall be entitled to take any appropriate and commensurate*

<sup>202</sup> Cfr. J. I. Garvey, *Trade Law and Quality of Li/e-Dispute Resolution under the Nafta Side Accords on Labor and the Environment*, in *Am. J. Int. L.*, 89, 1995, p. 453, che, sotto questo profilo, qualifica come «rivoluzionario» il NAALC.

*measure*". Questa disposizione, che autorizza le parti ad adottare "ogni misura appropriata e proporzionata", ha sollevato particolare perplessità: il linguaggio adottato rende l'interpretazione della norma particolarmente flessibile e, per tanto, il riferimento ad "*any appropriate and commensurate measure*" potrebbe comprendere una vasta gamma di misure, tra cui sanzioni commerciali, multe, tagli ai programmi di aiuto ed una varietà di altre opzioni.

3. Rimanendo nel campo dei FTA, un altro celebre modello è rappresentato dall'accordo bilaterale *USA-Cambodia* nel settore tessile<sup>203</sup>. Il programma "*Better Factories Cambodia*", negoziato tra Stati Uniti e Cambogia, prevede un collegamento stretto tra l'espansione dei prodotti del paese asiatico sul mercato americano e il miglioramento degli standard sociali, con l'OIL implicata nell'accordo in qualità di attore del monitoraggio attraverso ispezioni e rapporti rigorosi, nonché assistenza tecnica al governo cambogiano. L'implementazione di questo modello di ibridazione tra tecniche *hard* (clausola sociale) e *soft* (assistenza tecnica, cooperazione da parte dell'OIL) ha di fatto realizzato una promozione della competitività fondata sull'innalzamento delle condizioni di lavoro, che hanno determinato un aumento della produttività capace a sua volta di compensare i più elevati costi della manodopera, con benefici ulteriori in termini macroeconomici e di stabilità politica.

La stessa OIL, che riconosce le ripercussioni delle politiche commerciali e finanziarie sull'occupazione e sui diritti sociali, auspica la realizzazione di un "approccio integrato" nella promozione del lavoro decente, attuando legami con le organizzazioni internazionali e regionali che hanno mandati su materie "connesse": "*d'autres organisations internationales et régionales peuvent apporter une contribution importante à la mise en oeuvre de cette approche intégrée. La politique relative aux échanges commerciaux et aux marchés financiers ayant des répercussions sur l'emploi, il incombe à l'OIT d'évaluer ces effets afin d'atteindre son objectif qui consiste à placer l'emploi au coeur des politiques économiques*" (OIL 2008).

In entrambi i modelli, il Capitolo sulla Sostenibilità dovrebbe essere assistito da una "*Non-Execution*" Clause, in grado di assicurare agli inadempimenti in materia sociale lo stesso trattamento riservato al mancato rispetto di altre previsioni dell'accordo. In particolare, i meccanismi di *dispute resolution* previsti dal TTIP dovrebbero estendersi alla materia sociale, seguendo l'approccio "integrato" impiegato dai TFA di nuova generazione (v. *retro*).

## 8. Il bastone e la carota: sanzioni ...

Quale che sia il modello di clausola sociale prescelto, giova ribadire che una scelta meramente volontaristica, o fondata su procedure di mera moral suasion, non sarebbe in linea con gli standards ricavabili dalle prassi di condizionalità sociale presenti sia nella tradizione statunitense sia in quella europea. Superato un ragionevole periodo di tempo durante il quale siano stati inutilmente attivati i meccanismi di implementazione soft sopra menzionati (consultazioni ministeriali, raccomandazioni del comitato di esperti, realizzazione di forum consultativi pubblici ecc.), la mancata *compliance* con i *labour standards* dovrebbe far scattare, all'esito della procedura di *dispute resolution*, sanzioni di natura commerciale e/o finanziaria, sub specie di sospensione dei benefici (sul modello NAALC) e/o di Monetary Enforcement Assessments (sul modello di alcuni FTA e dei

<sup>203</sup> Cfr. A. di Caprio, *Are labor provisions protectionist? Evidence from nine labour-augmented US trade arrangements*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2004, p. 10 ss.

sistemi di preferenze generalizzate). Meccanismi sanzionatori di questo tipo sono previsti da presochè tutti i *FTA*, dal *NAALC*, nonché - seppure con alcune rilevanti differenze di impostazione - dalla legislazione statunitense ed europea in materia di GSP. Allo stesso tempo questo genere di *penalty* dovrebbero riguardare, in particolare, quei settori in cui i problemi di compliance e/o di rispetto delle obbligazioni previste dal Capitolo sulla Sostenibilità sia siano manifestati e reiterati nonostante il supporto tecnico/amministrativo del comitato di esperti e di organizzazioni internazionali, come l'OIL, con le quali si auspica una stretta cooperazione.

### 9... e incentivi

La previsione di meccanismi sanzionatori come *extrema ratio* non esclude, ed anzi presuppone, la compresenza di altri strumenti di *compliance*, quali la cooperazione ed il supporto tecnico con agenzie multilaterali, in particolare l'OIL, secondo il modello dell'accordo USA-Cambogia nel settore tessile. Tuttavia, il TTIP dovrebbe contemplare anche congegni fondati su una filosofia promozionale, sotto forma di sanzioni positive e "incentivi", come quelli che caratterizzano, in particolare, il modello europeo di GPS+. In tal senso si sono pronunciate, ad esempio, le OO.SS internazionali con la Dichiarazione CES/CSI del 2008.

### 10. I contenuti della clausola sociale del TTIP: i diritti sociali fondamentali

Nel *position paper* che ha definito la filosofia europea all'inizio del negoziato, l'UE ha dichiarato espressamente l'interesse per la tutela e la promozione dei diritti sociali nel TTIP, facendo riferimento sia alla Dichiarazione dell'OIL del 1998 sui *Core Labour Standards*, sia alla Dichiarazione del 2008 sulla Giustizia sociale per una *Globalizzazione giusta*: queste due dichiarazioni dovrebbero quindi rappresentare la cornice normativa di diritto internazionale del lavoro da integrare nelle relazioni economiche e commerciali transatlantiche. In particolare, secondo il documento in esame i *core labour standards* dell'OIL sono "un elemento essenziale da integrare nel contesto dell'accordo commerciale", e dovrebbero fungere "da completamento ad altri standards e convenzioni dell'OIL di interesse, così come da mezzo per promuovere l'agenda del decent-work"<sup>204</sup>. Questa ambiziosa posizione è stata confermata nell'ultimo round di negoziazione (luglio 2014), laddove si legge che "*Discussions to date have allowed for a detailed exchange of views on the possible scope of Trade and Sustainable Development provisions, covering both substantive Environment and Labour issues, with a view to preparing the ground for an exchange of textual proposals. Key issues discussed include the prevention of a race-to-the-bottom on labour and environment, adherence to core labour standards, the protection of natural resources (wildlife, timber, fisheries), and the promotion of cooperation on trade-related sustainable development issues both bilaterally and at global level (205)*". Il documento di base per una simile strategia di responsabi-

<sup>204</sup> European Commission, EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership, Trade and Sustainable Development, Initial EU position paper, punto 8.

<sup>205</sup> European Commission, State of Play of TTIP negotiations after the 6th round, 29 July 2014, consultabile al link: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152699.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152699.pdf) in data 4/09/14.

lizzazione sociale transatlantica è senz'altro rappresentato dalla Dichiarazione di Ginevra 18 giugno 1998<sup>(206)</sup>, relativa al rispetto dei c.d. *core labour standard*: si tratta della libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva; del divieto del lavoro forzato e obbligatorio; della tutela del lavoro dei minori; del divieto di discriminazione<sup>(207)</sup>. Questo *set di core labour standard* deve considerarsi dunque di applicazione universale, tanto che l'OIL ne richiede il rispetto agli Stati membri in virtù della mera appartenenza all'organizzazione, a prescindere dalla ratifica delle relative convenzioni<sup>(208)</sup>. Proprio in ragione della valenza costituzionale delle convenzioni fondamentali, la Conferenza ha infatti dichiarato che "l'insieme dei membri, anche qualora non abbiano ratificato le convenzioni in oggetto, sono obbligate, per il solo fatto di appartenere all'organizzazione, di rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e secondo la Costituzione, i principi concernenti i diritti fondamentali che formano oggetto delle relative convenzioni" (art. 2). Si tratta, invero, di diritti sociali che fanno parte integrale dei diritti umani internazionalmente riconosciuti, per i quali sussiste una *opinio iuris* in base alla quale la comunità internazionale risulta vincolata alla loro osservanza. Si pensi, per esempio, all'utilizzo di manodopera infantile in rapporti di lavoro che, per loro natura o per le circostanze in cui si svolgono, mettano a repentaglio la salute fisica e morale dei minori, prassi questa da ricomprendersi nella nozione di "trattamenti crudeli, disumani e degradanti" (artt. 1 e 56 della Carta Onu) il cui divieto è senz'altro riconducibile allo (e sanzionabile secondo lo) *ius cogens*<sup>(209)</sup>.

Queste premesse, pur confortanti, devono confrontarsi con le opinion critiche – espresse, ad esempio da talune componenti sindacali europee<sup>(210)</sup> – che ravvisano nel TTIP una sorta di Cavallo di Troia per smantellare il modello sociale europeo a promuovere una forzata "americanizzazione" dei sistemi di relazioni industriali e di lavoro dei paesi membri. In tal prospettiva le conseguenze del TTIP potrebbero essere nefaste per modelli avanzati di diritto del lavoro e sicurezza sociale, presenti in molti stati membri dell'UE, qualora le potenti lobby delle multinazionali. In particolare l'accordo transatlantico potrebbe mascherare, dietro un rassicurante manto di rispettabilità sociale rappresentato dal capitolo sullo "sviluppo sostenibile", un insidioso strumento, modellato sugli interessi delle grandi imprese multinazionali e volto a deregolamentare il mercato del lavoro in una logica di *race to the bottom* dei diritti sociali. In questa prospettiva, una particolare attenzione merita già menzionato meccanismo denominato *investor-state arbitration*, già contemplato da altri trattati internazionali (ad esempio il NAFTA), che abilita gli attori economici a rivolgersi ad una corte arbitrale per ottenere il risarcimento dei danni causati dall'intervento normativo dei poteri pubblici a discapito degli interessi di profitto.

## 11. Segue. Diritti sociali fondamentali: dimensione individuale

Tutti i negoziati commerciali bilaterali o plurilaterali, posti in essere a partire dalle due sponde atlantiche, praticano ormai costantemente l'internormatività e l'approccio "integrato" (così come

<sup>206</sup> La dichiarazione è suddivisa in un preambolo, un dispositivo e una originale procedura di controllo (*mécanisme de suivi; follow-up mechanism*); per una descrizione vedi Kellerson, *La Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir?*, in *Rev. int. trav.*, 1999, pp. 244 ss.

<sup>207</sup> Per l'analisi di questi diritti fondamentali si rinvia a L. Betten, *International Labour Law*, Deventer, 1993.

<sup>208</sup> Cfr. A. Bronstein, *International and Comparative labour Law. Current challenges*, Palgrave MacMillan-ILO, 2009, p. 96 ss.

<sup>209</sup> Cfr. J. M. Diller, D. A. Levy, *Child Labor, Trade and Investment: Toward the Harmonization of International Law*, in *AJIL*, 1997, p. 673;

<sup>210</sup> Cfr. ad esempio F. Durante, L. tartaglia, UE e USA avviano i negoziati per l'accordo di libero scambio (TTIP), in <http://www.lavorodigitoso.org/acm-on-line/Home/artCatNews.18002385.1.5.1.html>

propugnato dall'OIL) nella regolazione dei processi di liberalizzazione dei mercati. Questo processo di diffusione degli standard sociali ha creato una vasta rete di trasposizione, in seno ai rapporti commerciali internazionali, di funzioni di costituzionalizzazione transnazionale dei diritti sociali fondamentali.

Le convenzioni OIL, la Carta di Nizza, la dignità umana e la violazione dei diritti dei lavoratori come prassi *unreasonable* secondo la stessa legislazione commerciale USA rappresentano i dati di partenza per una tessitura normativa bilaterale che oltrepassi gli stessi principi-base enunciati dalla dichiarazione del OIL 1998, assumendo una prospettiva valoriale più ampia e comprensiva di altri diritti sociali. Si pensi al valore della dignità della persona, centrale nella prospettiva istituzionale dell'UE in tutte le sue dimensioni (anche giuslavoristiche), e al suo rinnovato interesse nell'ambito della valutazione di impatto attuato nell'ambito della regolazione pubblica statunitense, da attivarsi "only when doing so would produce net social gain"<sup>211</sup>. Il Presidente Obama, con l'*Executive Order 13,563* del 18 gennaio 2011 sull'analisi costi-benefici (*cost-benefit analysis, CBA*), ha aperto una nuova strada per la valutazione delle politiche pubbliche alla luce dell'apprezzamento di valori non monetizzabili, indicando alle agenzie incaricate di effettuare l'analisi costi-benefici di prendere in considerazione il valore della dignità umana in un'ottica di specificità qualitativa (*qualitative specificity*). Questa apertura verso forme di *welfare economics* che valutano la regolazione non in termini di equivalente monetario sono state utilmente adottate dall'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* in termini di benefici qualitativi come la promozione di valori come l'equità, la dignità umana e l'auto-rispetto, la riduzione di sentimenti di esclusione sociale e di umiliazione<sup>212</sup>. Una valutazione *ex ante* degli effetti della liberalizzazione degli scambi dovrebbe essere compiuta per tutti quei settori potenzialmente sensibili o interessati, assumendo le necessarie misure per promuovere il rispetto della dignità umana in tutti i suoi risvolti giuslavoristici. Si pensi, ad esempio, al tema della salute e sicurezza sul lavoro, che nella tradizione statunitense si collega al "*duty to safeguards lives and the well-being of employes*", a sua volta riconducibile al "*duty of care*", concetto ben conosciuto in tutta l'area di applicazione del *common law*. Ma l'aspirazione ad una coregolazione dei diritti individuali volta ad una armonizzazione minima su base transatlantica potrebbe alzare il livello del negoziato sino ad immaginare possibili incroci disciplinari, per esempio in materia di regolazione del licenziamento, attualmente fortemente divaricata tra le due sponde continentali. Alcuni spunti per una riflessione comune potrebbero essere forniti dalla letteratura europea in materia di *Flexicurity* e di *Single Employment Contract*, anche in relazione al discusso rapporto tra riduzione degli indici di *Employment protection legislation*, la promozione di rapporti di lavoro stabili, regolazione dei rapporti di lavoro atipici e divieti di discriminazione<sup>213</sup>.

## 12. Diritti fondamentali: la dimensione sindacale/collettiva

Il TTIP rappresenta l'occasione per gettare le basi di una armonizzazione minima in materia di

<sup>211</sup> Cfr. R. Bayefsky, *Dignity as a Value in Agency Cost-Benefit Analysis*, in *The Yale Law Journal*, 2014, Vol. 123, N. 6, p. 1736.

<sup>212</sup> Cfr. R. Bayefsky, *op. cit.*, p. 1760.

<sup>213</sup> Cfr. M. Rönmar, *Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment*, in M. Rönmar (ed.) *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 153 ss.; G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract: Comparative Reflections*, Hart Publishing, 2014.

diritti sociali fondamentali di matrice sindacale/collettiva, creando un ponte virtuoso transoceanico capace di trasmettere impulsi positivi ai sistemi di relazioni industriali dei due continenti. La riduzione del potere delle organizzazioni sindacali e dei diritti collettivi non è limitata, nell'attuale contesto, ai soli paesi in via di sviluppo, ma riguarda anche le nazioni più industrializzate nell'ambito di strategie di *competitive deregulation*, *labour market flexibility* e pratiche transnazionali di *management consultant industry*<sup>214</sup>. L'economia neoclassica, imperante nel contesto anglo-americano ma ormai divenuta *mainstream* a livello globale, accentua una percezione negativa del fenomeno sindacale, proponendo modelli tendenti a dimostrare gli effetti distorsivi e sub-ottimali prodotti dalle organizzazioni sindacali e dai diritti collettivi in azienda. In questo contesto problematico, la tradizione europea, basata sul riconoscimento costituzionale dei diritti sindacali, su diffuse garanzie giurisdizionali di fonte sovranazionale (art. 11 CEDU), sulla promozione del dialogo sociale intersettoriale e settoriale, nonché sull'attivazione di istituti *lato sensu* partecipativi (come, ad esempio, i Comitati Aziendali Europei), deve rappresentare il punto di partenza per una strategia di contrasto alla svalutazione dei diritti collettivi.

Al contrario, una "americanizzazione" delle relazioni industriali veicolata dal TTIP rappresenterebbe un inaccettabile regresso per il modello sociale europeo, oltre che un *vulnus* per l'aspirazione dell'UE a consolidare ed "esportare" i propri valori fondamentali (art. 3, co. 5, TUE). Giova ricordare che gli USA consentono l'esclusione dal diritto alla libertà sindacale e di contrattazione collettiva per talune categorie di lavoratori del settore privato, pari al 15% degli occupati, ed in quello pubblico, in cui si stima che 1/3 dei dipendenti non fruisca del diritto di contrattazione collettiva. La situazione statunitense è caratterizzata da diffuse prassi antisindacali, che si concretizzano in minacce di chiusura dell'impresa se i dipendenti dimostrano inclinazione a costituire rappresentanze sindacali nel luogo di lavoro, nel licenziamento di una percentuale tra il 5 e il 20% dei lavoratori sindacalmente attivi, oltre ad una propensione imprenditoriale a screditare la negoziazione, invalidandone i risultati, attraverso strumentali impugnazioni dei risultati delle elezioni sindacali<sup>215</sup>. In sostanza, l'opposizione manageriale ai diritti sindacali è particolarmente "feroce" ed "effettiva", e riguarda, secondo studi recenti, oltre il 96% delle campagne di sindacalizzazione; mentre la stessa dottrina ipotizza un rapporto diretto tra contrattazione collettiva, giudicata ormai "incompatibile con le forme di organizzazione del lavoro contemporanee", ed il declino del sindacalismo, teorizzando forme "disaggregate" di sindacalismo affrancato dalla contrattazione, a favore di altre forme di *political organizing*<sup>216</sup>.

A fronte di uno scenario talmente degenerato, e coerentemente con i principi unieuropei di incoraggiamento del diritto di contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori (art. 156 TFUE), i negoziatori europei del TTIP dovrebbe quindi spingere per l'adozione di molteplici meccanismi di garanzia dei diritti di matrice collettiva, sia sul piano del rispetto degli *standards* ILO (Convenzioni n. 87, 98, 135 e Raccomandazione n. 143), sia sul piano dell'incoraggiamento a coordinare le previsioni normative di natura statutale nell'ottica della promozione della contrattazione

<sup>214</sup> Cfr. S. L. Kang, *Human Rights and Labor Solidarity. Trade Unions in the Global Economy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, p. 34.

<sup>215</sup> Cfr. ITUC-CSI-IGB, *Paises en situation de Riesgo. Violaciones de los derechos sindicales*, 2013, p. 52.

<sup>216</sup> Cfr. Benjamin I. Sachs, *The Unbundled Union: Politics Without Collective Bargaining*, in *The Yale Law Journal*, 2013, Vol. 123, N. 1, p. 148 ss.

collettiva nazionale, nonché sul fronte della “transnazionalizzazione” (*transnationality*) delle relazioni industriali, attraverso la promozione e diffusione di *transnational company-level agreements* (TCA, su cui v. *infra*).

Come è noto, la letteratura ha da tempo evidenziato il collegamento virtuoso tra Comitati Aziendali Europei (CAE) e lo sviluppo, negoziazione e implementazione dei TCA, come riflesso delle prassi di partecipazione indotte dall’operare dei comitati<sup>217</sup>. In questa prospettiva è stata avanzata l’idea di una applicazione extraterritoriale della direttiva sui CAE (Dir. 45/95 CE e Dir. 38/09 CE) alle imprese europee operanti negli USA, cioè che offrirebbe ai lavoratori statunitensi l’opportunità di fruire degli stessi diritti di informazione e consultazione di cui godono i loro colleghi europei<sup>218</sup>. Benchè l’attività dei CAE resti controversa<sup>219</sup>, i diritti di informazione e consultazione rappresentano un indispensabile strumento per controllare ed arginare i fenomeni di *regime shopping* delle imprese multinazionali, contribuendo a formalizzare elementi partecipativi e di controllo collettivo sulle strategie delle imprese a struttura complessa. Anche sotto questo profilo la diffusione dei TCA può essere un utile punto di riferimento per i negoziatori del TTIP, nella misura in cui la promozione di tali accordi è volta anche alla creazione di strutture transnazionali di rappresentanza del personale nei luoghi di lavoro, non solo nelle imprese multinazionali ma anche nei labirinti della *supply chains*, nelle filiali (*subsidiaries*) e nelle unità dei *supplier* e *subcontractor*<sup>220</sup>. Accordi di tale natura possono infatti avere un significativo impatto su tre livelli: la promozione della libertà di associazione, organizzazione e contrattazione collettiva, il radicamento di Relazioni industriali a livello di impresa (soprattutto nei paesi che presentano un basso livello di effettività), lo sviluppo di livelli più elevati di tutele del lavoro nei settori interessati<sup>221</sup>.

### 13. Mercato del lavoro

La regolazione del mercato del lavoro, inclusiva di condizioni per attivare la partecipazione al mercato del lavoro in termini di infrastrutture, servizi pubblici e politiche attive, rappresenta uno dei temi cruciali nell’ambito delle strategie di attivazione di politiche pubbliche nelle società europee. Un “*activation paradigm*”<sup>222</sup> inclusivo di misure di *flexicurity* potrebbe essere utilmente integrato dal TTIP e rappresentare la risposta “europea” alle ricette neoliberiste basate sulla *deregulation* del mercato del lavoro propugnante negli USA<sup>223</sup>. Il mercato del lavoro europeo non può essere “americanizzato” in virtù di un accordo che spinge per la *downward harmonisation*, benchè germi

<sup>217</sup> Cfr. K. Papadakis, *Globalizing industrial relations: what role for International Framework Agreements?*, in S. Hayter (ed.) *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy*, Edward Elgar, ILO, 2011, p. 277 ss.

<sup>218</sup> Compa, op. cit., p. 13.

<sup>219</sup> Cfr. T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell’europa della crisi*, 2013, il quale sottolinea i temi della decentralizzazione non controllata dei sistemi di relazioni industriali europei.

<sup>220</sup> Cfr. I. Schömann, *The Impact of Transnational Company Agreements on Social Dialogue and Industrial Relations*, in K. Papadakis (ed.) *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 29.

<sup>221</sup> Cfr. D. Miller, *Global Social Relations and Corporate Social Responsibility in Outsourced Apparel Supply Chains: The Inditex Global Framework Agreement*, in K. Papadakis (ed.) *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 179 ss.

<sup>222</sup> S. Betzelt and S. Bothfeld (eds) *Activation and Labour Market Reforms in Europe*, Palgrave Macmillan, 2011.

<sup>223</sup> Sull’emergenza del modello europeo di *flexicurity* cfr. M. De Vos, *Flexicurity and The European Globalisation Adjustment fund: Propaganda o panacea?*, in *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 105 ss.

di un simile smantellamento delle tutele giuslavoristiche sia ormai diffuso in molti sistemi giuridici europei al fine di realizzare condizioni di attrattività per gli investitori stranieri. Anche in tal caso la clausola ISDS non dovrà fornire alle imprese multinazionali uno strumento per sanzionare come violazione delle regole commerciali le politiche pubbliche di regolazione in materia di mercato del lavoro e sicurezza sociale, imponendo una “*US-Style labor market deregulation*”<sup>224</sup>. Non è tuttavia sufficiente lasciar fuori dall'accordo la materia del mercato del lavoro, rendendola così immune da pericolosi tentativi di armonizzazione verso il basso; è necessario, in positivo, che i negoziatori del TTIP promuovano una consapevole armonizzazione verso l'alto, impiegando tutti gli strumenti a disposizione nella regolazione degli scambi commerciali per fondare *active labour market measures* che formino parte di un pacchetto coordinato di strumenti per integrare (e reintegrare) i prestatori nel mercato del lavoro.

#### 14. Mobilità geografica dei lavoratori, Distacco, *Public Procurement*

Il TTIP deve offrire a USA e UE “*new opportunities for high- and low-skilled workers*”<sup>225</sup>. È evidente che questo obiettivo può essere realizzato anche sviluppando una adeguata mobilità del lavoro transatlantica, predisponendo standard regolativi idonei per affrontare quelle tensioni fra norme sociali (in particolare diritto di contrattazione collettiva) e regole del mercato (diritto di stabilimento, libera prestazioni di servizi) emerse anche in ambito europeo con i casi *Laval*, *Ruffert*, *Commission v Germany*. L'esempio più plastico di tale tensione, con potenziali effetti di *dumping* sociale, è rappresentata dalla materia del distacco internazionale di lavoratori, regolato da una (controversa) direttiva UE in materia prestazione di servizi (96/71/CE), la cui filosofia di fondo potrebbe rappresentare un utile punto di partenza per il TIP. Giova ricordare, infatti, che un significativo “considerando” della direttiva afferma che lo sviluppo delle prestazioni transnazionali di servizi “esige un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori”, principio, quest'ultimo, fatto proprio dalla Corte di Giustizia che ha ravvisato nella norma in esame un dispositivo volto ad “impedire da parte delle imprese straniere forme di concorrenza sleale nei confronti delle imprese dello Stato membro ospitante, qualora il livello di protezione sociale sia in quest'ultimo più elevato”<sup>226</sup>. In tal prospettiva l'accordo dovrebbe contemplare una riserva di applicazione di un nucleo di diritti minimi per i lavoratori distaccati, secondo il principio dell'*host state control*, facendo salva, tuttavia – sulla scorta di quanto previsto dalla direttiva europea (art. 3.7) – l'applicazione del trattamento di miglior favore previsto dall'*home state* ovvero la possibilità per l'*host state* di richiedere l'applicazione di termini e condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal “nucleo duro”.

Il Capitolo sulla Sostenibilità del TTIP potrebbe inoltre rappresentare la sede per rilanciare l'impiego degli appalti pubblici (*public procurement*) per accrescere e implementare le garanzie del diritto del lavoro previste dalle parti contraenti, imponendo alle imprese nazionali e multinazionali il rispetto di clausole sociali, come previsto dalla Direttiva europea 2004/181<sup>227</sup>. Secondo questo modello regolativo l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe precisare nel capitolato le

<sup>224</sup> Cfr. L. Compa, *op. cit.*, p. 8.

<sup>225</sup> *Independent study outlines benefits of EU-US trade agreement*, EU Commission, 12 marzo 2013.

<sup>226</sup> Causa C-341/05 *Laval un Partneri Ltd*, punto 75.

<sup>227</sup> In tema cfr. C. Barnard, *Using Procurement Law to Enforce Labour Standards*, in G. Davidov & B. Langille, *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p. 256 ss.

pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato, nella regione o nella località in cui devono essere fornite le prestazioni e che si applicheranno ai lavori effettuati nel cantiere o ai servizi forniti nel corso dell'esecuzione dell'appalto. L'amministrazione aggiudicatrice che fornisce tali informazioni richiede agli offerenti o ai candidati in una procedura di aggiudicazione d'appalti di indicare di aver tenuto conto, in sede di preparazione della propria offerta, degli obblighi in materia di sicurezza e di condizioni di lavoro in vigore nel luogo in cui la prestazione dev'essere effettuata. Uno schema di questo genere potrebbe essere esteso anche al settore privato, per tutte le imprese che si impegnano in un *tendering process*, eventualmente anche come impegno derivante dalla responsabilità sociale d'impresa (CSR, su cui v. infra).

### 15. Sicurezza sociale e Welfare

Uno dei principali spartiacque tra USA e UE, tale da distinguere "la memoria collettiva dei cittadini europei" da quella dei cittadini statunitensi, è rappresentata dai regimi di sicurezza sociale<sup>228</sup>. La salvaguardia di questo decisivo fattore identitario non può mancare nella prospettiva del TTIP, e dovrebbe anzi rappresentare un punto fermo verso ogni tentativo più o meno diretto di infiltrazione di valori politico-culturali estranei a questo elemento fondamentale degli stati nazionali europei. Il TTIP dovrebbe non solo escludere dal suo alveo queste delicate materie, ma anche garantire che il *market-based model* tipico degli USA non venga indebitamente importato in Europa trasformando i diritti sociali alla salute, al welfare e alla sicurezza sociale in altrettanti prodotti da acquistare sul mercato a tutto vantaggio delle imprese multinazionali e degli investitori privati<sup>229</sup>.

### 16. Corporate Social Responsibility

Nell'ambito del TTIP le tematiche sociali e della sostenibilità possono essere promosse anche con l'ausilio di strumenti di *soft law*, come la *Corporate Social Responsibility*, in una prospettiva di allargamento degli obblighi relativi direttamente in capo agli attori economici e, in particolare, alle imprese multinazionali. I diversi approcci alla CSR di EU ed USA (la prima maggiormente incentrata su *contractual commitments to labour standards*, i secondi sui codici di condotta e la *voluntary compliance*) non dovrebbe impedire una visione condivisa sulla necessità di incrementare la cooperazione tra i *private stakeholders* e gli Stati<sup>230</sup>. L'Unione europea, in quanto entità regionale con una "*global vocation*" nella tutela dei diritti umani<sup>231</sup>, promuove i valori contenuti nei *UN Guiding Principles on business and human rights*, che includono le *Guidelines OECD* sulle imprese multinazionali, l'*ISO 26000 Social Responsibility Standard*, l'*UN Global Compact* ed altri strumenti di CSR internazionalmente riconosciuti. Il coinvolgimento dell'UE nello sviluppo del pro-

<sup>228</sup> C. Jorges, Will the welfare state survive European integration?, in *European Journal of social law*, 2011, 1, 4 ss.

<sup>229</sup> Cfr. L. Compa, op. cit., p. 7.

<sup>230</sup> Cfr. A. Bronstein, *International and Comparative Labor Law. Current challenges*, Palgrave Macmillan – ILO, 2009, p. 111 s.

<sup>231</sup> Cfr. M. Cremona, *Rhetoric or Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context*, in *Comm.mar.law rev.* 2001, p. 359; T. Novitz, *In search of a coherent social policy: EU import and export of ILO labour standards?*, in J. Orbie&L. Tortell (eds), *The European Union and the Social Dimension of Globalization*, Routledge, 2009.

getto *UN Protect, Respect, Remedy*, che rappresenta il più importante punto di riferimento globale per le politiche di CSR<sup>232</sup>, costituisce un esempio importante di questo processo, che coinvolge il Parlamento europeo e le delegazioni dell'UE in seno alle organizzazioni internazionali<sup>233</sup>. Il TTIP potrebbe fornire un nuovo e maggiore impulso all'azione esterna dell'UE in materia di CSR, in aderenza a quanto richiesto dalle organizzazioni non governative che invocano l'impegno UE nel rilanciare la responsabilità delle imprese multinazionali operative nel territorio europeo per violazioni dei diritti umani commesse dalle loro sussidiarie in territori extraeuropei<sup>234</sup>. In particolare le *guidelines* sociali del TTIP dovrebbero collegarsi alla politica commerciale del Trattato stesso, fornendo una nuova base normativa per la realizzazione dei principi di *Corporate Social Responsibility*, prevedendo, ad esempio, l'adesione a iniziative specifiche come il *Global Compact* e il c.d. *processo di Kimberley*. Ancora, il TTIP potrebbe fornire una spinta decisiva per mettere in pratica quanto previsto nella Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 25 novembre 2010 in punto di promozione dei valori sociali nei fori multilaterali del commercio internazionale, ovvero relativamente all'attuazione di un *principio di extraterritorialità* sulla base del quale uno Stato di origine possa esigere il rispetto della propria legislazione sociale anche nei confronti di imprese multinazionali operanti al di fuori del proprio ambito territoriale<sup>235</sup> (sul modello dell'*Alien Tort Claims Act* statunitense). Altri campi elettivi di iniziative adottabili sotto il pilastro della CSR si collegano ad azioni di coordinamento in aree di interesse transatlantico, quali le politiche comuni sugli investimenti che devono essere guidati dai principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione<sup>236</sup>, politiche specifiche sul lavoro minorile<sup>237</sup>, sul lavoro forzato, sul traffico di esseri umani, sulla *due diligence* nel settore minerario. Un'ulteriore area di interesse, particolarmente rilevante, si colloca sul crinale che collega la CSR alla contrattazione collettiva transnazionale. Il riferimento corre agli *international (global) framework agreements*, negoziati fra un'impresa multinazionale e organizzazioni sindacali internazionali (come la *Global Union Federation*) al fine di stabilire linee di comportamento aderenti con i principi della CSR e, in particolare, con l'impegno da parte dell'impresa a rispettare i medesimi standards sociali in tutti i paesi in cui essa opera<sup>238</sup>. Lo sviluppo di *framework agreement* transatlantici potrebbe rappresentare un obiettivo realistico per i negoziatori del TTIP, nella prospettiva di gettare le basi di un "ponte" transoceanico in materia di relazioni industriali e rispetto degli *ILO core labour standard*. Come è noto, tuttavia, allo stato attuale non esistono normative in materia di accordi transnazionali europei, mentre

<sup>232</sup> UN Special Representative on business and human rights, UN "Protect, Respect, Remedy" Framework, <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework>.

<sup>233</sup> European Union Delegation to the United Nations, EU policies and declarations on human rights, [http://www.eu-un.europa.eu/articles/articleslist\\_s19\\_en.htm](http://www.eu-un.europa.eu/articles/articleslist_s19_en.htm)

<sup>234</sup> Cfr. ad es. Amnesty International, Recommendations to the Czech Presidency of the EU, [http://www.amnesty.eu/static/documents/2008/Czech\\_Presidency\\_Memorandum.pdf](http://www.amnesty.eu/static/documents/2008/Czech_Presidency_Memorandum.pdf) (25 gennaio 2012); Amnesty International and ECCJ, Business and Human Rights: A Framework for the EU, [http://www.amnesty.eu/static/documents/2009/AI\\_ECCJonBusiness\\_andHR.pdf](http://www.amnesty.eu/static/documents/2009/AI_ECCJonBusiness_andHR.pdf)

<sup>235</sup> Cfr. D. Augenstein et al., *Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment applicable to European Enterprises operating outside the European Union*, Study for the European Commission, ENTR/09/045 (2010).

<sup>236</sup> Comunicazione della Commissione "Towards a Comprehensive European International Investment Policy, COM (2010) 343 final.

<sup>237</sup> Consiglio dell'Unione europea, Council conclusion on child labour, [http://www.concilium.europa.eu/eu-docs/cms\\_Data\\_docs/pressdata/EN/foraff/115180.pdf](http://www.concilium.europa.eu/eu-docs/cms_Data_docs/pressdata/EN/foraff/115180.pdf)

<sup>238</sup> Cfr. I. Schomann, R. Jagodzinski, G. Boni, S. Clauwaert, V. Glassner and T. Jaspers, *Transnational collective bargaining at company level*, ETUI, 2012.

una proposta di un quadro giuridico opzionale per gli accordi stipulati da imprese transnazionali (TCA), in linea con le disposizioni del Trattato (art. 152, 153 e 156 TFUE), dovrebbe essere adottato con un atto giuridico dell'UE, producendo in tal modo obblighi per gli stati membri e per gli attori negoziali, pur liberi, questi ultimi, di aderire o meno ad esso. Nulla vieta, comunque, che pur in assenza di un quadro giuridico europeo il TTIP incoraggi la stipula dei TCA, fornendo, esso stesso, un quadro giuridico opzionale di natura convenzionale nell'ambito del Capitolo sulla Sostenibilità. Per conseguire questo risultato sarebbe opportuno che il TTIP recepisce i principali risultati delle indagini condotte in materia, che hanno individuato una serie di deficienze derivanti dalla mancanza di quadro normativo (*legal framework*) per questo genere di contrattazione transnazionale<sup>239</sup>.

Il capitolo del TTIP dedicato a commercio e sostenibilità dovrebbe quindi contenere una previsione coerente con la valorizzazione delle prassi di CSR. Una indicazione in tal senso è presente nelle Direttive di negoziato, laddove si fa espresso riferimento alla presenza, nell'accordo, di "disposizioni a sostegno delle norme riconosciute a livello internazionale in materia di responsabilità sociale delle imprese", con previsione di un "meccanismo basato sulla partecipazione della società civile" volto a monitorare l'attuazione di tali disposizioni e un "meccanismo di composizione di eventuali controversie". Si tratta di affermazioni importanti ed impegnative, che allargano lo spettro delle materie sociali contemplate dal TTIP, con l'aggiunta di un meccanismo arbitrale che fornisca una dimensione di *enforcement* alle norme in materia di CSR. Ci si può dunque aspettare, grazie all'accordo transatlantico, una spinta alla promozione dei diritti sociali fondamentali grazie all'inserimento nel corpo del TTIP di una "clausola di CSR", sulla scia di quanto previsto dall'10 TFUE - che pure ha contribuito ad inserire il tema della sostenibilità nell'ambito delle relazioni commerciali esterne dell'UE -, in aderenza a quanto richiesto dal Parlamento europeo, secondo il quale clausole di CSR da inserire negli accordi commerciali dovrebbero prevedere l'assunzione da parte delle imprese di obblighi sociali di diligenza volti all'adozione di misure preventive di rispetto dei diritti umani nelle proprie filiere delocalizzate, con obbligo di pubblicare periodicamente i bilanci in materia di CSR. Quest'ultima previsione (obbligo di adottare e rendere pubblici i bilanci di CSR) potrebbe essere utilmente adottata dal TTIP, a suggello di un impegno in campo sociale assunto direttamente dalle imprese che beneficiano degli effetti prodotti dall'abbattimento delle barriere tariffarie e non tariffarie previsto dall'accordo.

## 17. Investimenti diretti stranieri

La materia degli investimenti diretti stranieri (FDI) rappresenta uno dei punti più significativi dell'economia globale. La letteratura empirica sul nesso esistente tra FDI e diritti sociali è polarizzata sull'alternativa tra una logica "climb to the top" e una "trade related race to the bottom"; e una tale alternativa dipende, di fatto, dal modo in cui la produzione su scala multinazionale viene

<sup>239</sup> "A lack of clear capacity/legitimacy of negotiating and signatory parties, A lack of procedural rules for negotiation, A lack of consistency in the implementation of TCAs between countries and subsidiaries resulting from the absence of rules or practice as to the effects and implementation of such agreements, Risks associated with the uncertainties as to the legal effects of TCAs and to the application of private international law rules to disputes, Resentment among managers' and workers' representatives at lower levels about the top-down imposition of measures agreed at an upper level", Cfr. ETUC Resolution: *Proposal for an Optional Legal Framework for transnational negotiations in multinational companies*, March 2014; cfr. inoltre il *Report to the European Trade Union Confederation* di Silvana Sciarra, Maximilian Fuchs & André Sobczak, *Towards a Legal Framework for Transnational Company Agreements*, 2014.

organizzata e condotta. Attraverso una varietà di strumenti e meccanismi, anche giuridici, gli investitori diretti possono essere incentivati e incoraggiati all'osservanza dei *core labour standard* nelle loro "*overseas production facilities*". In sostanza la protezione dei diritti sociali è un *outcome* che dipende in larga misura dalle capacità delle politiche di orientare il comportamento degli investitori diretti. Alla luce di queste considerazioni e considerando i differenziali di tutela sociale tra USA e UE è necessario evitare che l'attitudine deregolativa del mercato del lavoro USA si trasformi in un "magnete" per le imprese europee, e che i decisori politici europei non siano, a loro volta, tentati di seguire le logiche di *deregulation* e di svalutazione competitiva delle politiche sociali per attrarre *FDI* americani<sup>240</sup>.

Il *position paper* dell'UE prevede che il capitolo *TSD* del Trattato Transatlantico rifletta una visione degli investimenti (oltreché del commercio) rispettosa dei diritti fondamentali, nel senso che "*the respective domestic authorities will not fail to enforce, and will not relax, domestic labour or environmental domestic laws as an encouragement of trade and investment*". Il medesimo orientamento viene ribadito nelle *Direttive di negoziato* del Consiglio, ove si prevede che "*l'accordo deve riconoscere che le parti non promuoveranno scambi o investimenti diretti esteri rendendo meno severe la legislazione e le norme nazionali in materia di ambiente, lavoro, salute e sicurezza sul lavoro o meno rigide le politiche e le norme fondamentali del lavoro o le disposizioni legislative finalizzate alla tutela e alla promozione della diversità culturale*" (punto 8). Un ulteriore chiarimento in merito alle prerogative degli investitori, ed in particolare al paventato rischio di impiegare la previsione di *ISDS* in funzione antisociale (v. *retro*) viene offerto dalle stesse *Direttive di negoziato*, con una previsione che sembra rappresentare un baluardo dei principi e diritti sociali previsti dal modello europeo nonché una riserva di sovranità degli stati in materia (anche) di diritto del lavoro. In particolare, la *Direttiva di negoziato* prevedono che la tutela degli investimenti e la clausola *ISDS* non debba pregiudicare il diritto dell'UE e degli Stati membri "di adottare e applicare, conformemente alle loro rispettive competenze, le misure necessarie al perseguimento non discriminatorio di legittimi interessi di politica pubblica negli ambiti sociale, ambientale, della sicurezza nazionale, della stabilità del sistema finanziario, della salute pubblica e della sicurezza" (p. 23). Nel solco di questa direttiva, il testo dell'accordo *TTIP* dovrebbe specificare che le imprese statunitensi ed europee non possono invocare la clausola *ISDS* contro le legislazioni giuslavoristiche di miglior favore, come accade, ad esempio in materia salariale, ovvero in caso di applicazione di contratti collettivi migliorativi rispetto agli standard legali, o ancora in caso di regolazione pubblica in materia di welfare e salute pubblica<sup>241</sup>.

La volontà di promuovere un'azione coerente con la tutela dei diritti sociali fondamentali è quindi espressa in termini ancor più chiari di quanto previsto dall'UE in alcuni accordi commerciali con paesi terzi, come il *Free Trade Agreement* con la Corea e l'*EU-Cariforum Economic Partnership Agreement*. Richiamando l'effettiva applicazione dei *core labour rights* e l'applicazione delle convenzioni dell'OIL, la clausola sociale del *TTIP* deve quindi contemplare l'impegno delle parti contraenti affinché le politiche di *foreign direct investment* siano concordate e armonizzate e, comunque, non siano incoraggiate da compromissorie riduzioni nella legislazione interna in materia

<sup>240</sup> Cfr. Compa, op. cit., p. 9.

<sup>241</sup> Cfr. L. Compa, op. cit., p6, che si riferisce, ad esempio, al *Living Wage Movement* attivo negli USA.

sociale, ovvero mediante deregolazione competitiva dei *core labour standard*<sup>242</sup>. Come già previsto nell'Accordo stipulato dall'UE con i paesi della Comunità caraibica (CARICOM), il TTIP dovrà non solo richiamare l'impegno al rispetto dei diritti sociali fondamentali ("*basic labour rights*"), con un riferimento espresso ai "*diritti*" e non semplicemente a *standards* o principi; inoltre, le priorità della cooperazione prevede un preciso impegno a "facilitare lo sviluppo di e il rispetto di *standards* sociali e ambientali internazionalmente riconosciuti" (art. 8). In tal prospettiva la *compliance* con il diritto internazionale del lavoro risulta incorporata negli obiettivi di crescita e di sviluppo, al punto che - ed è questa la parte più innovativa dell'Accordo - "*il comportamento degli investitori è direttamente interessato. Gli investitori devono agire in aderenza ai core labour standard dell'Ilo*" (art. 72). Con maggior forza ancora, l'art. 74, relativo al mantenimento in essere degli *standards* sociali, statuisce che le parti dovranno assicurare che "*gli investimenti diretti stranieri non siano incoraggiati da un abbassamento della legislazione in materia di lavoro e di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*", ovvero "*by relaxing labour standards*". Nonostante l'*enforcement* di questa previsione sia affidata ai singoli Stati, ma sottoposta a controllo da parte dell'OIL, la clausola lancia un chiaro messaggio ai potenziali investitori stranieri affinché dimostrino di adottare seriamente prassi di "responsabilità sociale", senza limitarsi a retorici quanto inoffensivi richiami di principi etico-sociali. Oltre a ciò il TIP garantisce, come si è visto, la difesa dei diritti sociali contro possibili "aggressioni" degli investitori, in ipotesi attivabili attraverso la clausola ISDS.

#### 18. Conclusioni: il TTIP come "gold standard agreement"?

Nello scenario preoccupante di una globalizzazione economica caratterizzata da una crescente divaricazione tra sfera del mercato e sfera della regolazione, il Trattato Trans-Atlantico può rappresentare una tappa fondamentale verso un rinnovato impegno degli USA e dell'UE a favore della promozione internazionale dei *core labour standard*, il cui rispetto si radica nelle politiche commerciali bilaterali e nella regolazione degli investimenti diretti stranieri. È evidente che in questo delicato percorso negoziale una responsabilità particolare deve essere assunta dall'Unione europea, in quanto entità regionale con una "*global vocation*" nella promozione dei diritti umani<sup>243</sup>, che dispone di rinnovate basi normative e strumenti di *governance* in funzione promozionale dei diritti sociali fondamentali.

Il diritto del lavoro, proiettato su scala transatlantica, può trarre nuova linfa e legittimazione dall'espandersi di un'economia mondiale fondata sul paradigma della sostenibilità, nel rispetto dei principi democratici e dei diritti umani. Come auspicato dalle Organizzazioni sindacali europee e statunitensi, il TTIP non deve rappresentare l'occasione per marcare l'egemonia delle imprese multinazionali e far prevalere la logica di privatizzazione dei profitti e socializzazione delle perdite, ma deve costituire l'occasione per formalizzare un "*gold standard agreement*" capace di incrementare i diritti sociali, il welfare e le condizioni di lavoro su entrambe le sponde dell'Atlantico<sup>244</sup>. Un commercio libero ma anche "equo", rispettoso dello "sviluppo sostenibile", esprime un'idea

<sup>242</sup> Cfr. Espresamente, in questo senso, l'art. 72 dell'*EU-Cariforum Agreement*.

<sup>243</sup> Cfr. M. Cremona, *Rhetoric or Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context*, in *Comm.mar.law rev.* 2001, p. 359; T. Novitz, *In search of a coherent social policy: EU import and export of ILO labour standards?*, in J. Orbie&L. Tortell (eds), *The European Union and the Social Dimension of Globalization*, Routledge, 2009.

<sup>244</sup> Cfr. la *Declaration of joint principles* ETUC/AFL-CIO, dal titolo *TTIP must work for the people, or it won't work at all*.

di mercato ben diversa da quella di ispirazione neolibera, fondata sulla legittimazione del *dumping* sociale, sulla concorrenza darwiniana tra sistemi sociali e ordinamenti giuridici in funzione della pura razionalità economica. Una diversa visione degli scambi commerciali in cui la regolazione rifiuta la logica della svalutazione competitiva dei regimi sociali, ma, all'opposto, diventa occasione di promozione dei valori e principi sociali espressi dall'OIL nelle sue convenzioni fondamentali, la cui effettività viene garantita dal ricorso a meccanismi di *dispute settlement* assistiti, ove necessario, da sanzioni commerciali, secondo la tipica logica della clausola sociale. Sotto questo profilo il TTIP, "armato" di una clausola sociale e/o di un capitolo sulla sostenibilità, si collocherebbe nella scia di condizionalità sociale praticata nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE, nel quadro dell'integrazione mercantile nord-americana (e, in parte, centro-sud-americana), nei *Free Trade Agreements* bilaterali di nuova generazione, che confermano la volontà degli Stati di affermare il *linkage* tra diritti sociali e commercio internazionale e combattere il *dumping* sociale, vale a dire il principio dei vantaggi comparati come fondamento delle politiche commerciali internazionali<sup>245</sup>.

Una diversa opzione, volta a privilegiare unicamente la liberalizzazione del commercio e degli investimenti, relegando la sfera della sostenibilità a dichiarazioni ottative prive di reale impegnatività, segnerebbe, al contrario, un deciso passo indietro verso modelli di globalizzazione improntati alla pura e semplice fiducia nel mercato come fattore di crescita per combattere la disoccupazione strutturale e la crescente povertà. La regolazione del commercio internazionale deve essere strettamente connessa con una appropriata politica del lavoro, e i governi devono essere capaci di interconnettere, nelle loro politiche esterne, obiettivi economici e sociali, dotandosi di strumenti – come le clausole sociali – idonei a promuovere effettivamente i valori del *decent work*. Il TTIP saprà interpretare questi valori e diventare il "*gold standard agreement*" del XXI secolo?

---

<sup>245</sup> Cfr. M. A. Cabin, *Labor Rights in the Peru Agreement: Can Vague Principles Yield Concrete Change?*, in *Columbia Law Review*, 2009, p. 1047 s.; per un'analisi sintetica cfr. K. Lukas, A. Steinkellner, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, Ludwig Boltzmann Institute, Wien, June 2010.

## Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro\*

Francesca Malzani

1. Le politiche europee di conciliazione.	96
2. La nozione di famiglia e le nuove sfide per il diritto europeo.	101
2.1. Le <i>same sex couples</i> .	103
3. Le politiche italiane: La tutela della genitorialità e delle relazioni affettive al tempo della crisi.	107
3.1. Andamento demografico, prolungamento dell'età lavorativa e nuovi compiti di cura: dal <i>childcare</i> all' <i>elders care</i> .	112
Bibliografia	114

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 238/2015

## 1. Le politiche europee di conciliazione.

Il Parlamento europeo, nel 2014, ha definito la conciliazione come un mezzo per pervenire all'uguaglianza tra donne e uomini, ritenuta un valore fondamentale dell'Unione. L'obiettivo della conciliazione si colloca in uno scenario complesso in cui emergono sfide che richiedono risposte e interventi urgenti: evoluzione demografica, crisi economica e finanziaria, disoccupazione, povertà ed esclusione sociale. Le politiche di conciliazione, secondo il Parlamento, possono incidere positivamente su più aspetti e, in particolare, «*ridurre la disparità salariale di genere, costituire un elemento chiave per l'occupazione sostenibile e una ripresa indotta dal reddito nonché avere un impatto positivo sulla demografia e permettere alle persone di assumere le proprie responsabilità familiari*».

Il tema della conciliazione è sempre stato affrontato in una prospettiva femminile, avendo riguardo a un modello familiare stereotipato con una divisione dei ruoli fortemente marcata e che vedeva la donna dedita al lavoro di cura in modo esclusivo o prevalente. La conciliazione era, in questo senso, pensata come una esigenza dettata dalla volontà di uscire dalle mura domestiche e proiettarsi verso il mercato del lavoro (per necessità economiche, per realizzazione professionale, ecc.) e veniva attratta nel discorso sulle pari opportunità.

La prospettiva, in parte, è cambiata e il modificarsi, sebbene con le difficoltà che cercherò di mettere in risalto, del ruolo delle donne dentro e fuori le mura domestiche negli ultimi decenni ha inciso sulla società in misura più ampia. Non solo ha inciso, come ovvio, sulla composizione del mercato del lavoro – pur con asimmetrie ancora evidenti (discriminazioni legate alle funzioni di cura, *pay gap*, segregazione orizzontale e verticale, ecc.) – ma, più in generale, ha influenzato le «strutture familiari, i rapporti tra i generi e le generazioni, gli andamenti demografici, i sistemi di protezione sociale ...»<sup>246</sup>.

La filosofa della politica Jennifer Nedelsky, in alcune recenti interviste, ha sostenuto che il rapporto tra lavoro e cura vada profondamente ripensato in quanto non attiene solo alle relazioni tra uomini e donne, ma anche a quelle tra giovani e vecchi, ricchi e poveri: la *cultura della cura* sottende, infatti, una visione più democratica ed egualitaria della società. Negli anni Novanta, Nancy Fraser proponeva il passaggio al cd. *universal caregiver model (dual-earner/dual-carer)* in base al quale si poteva giungere ad una effettiva trasformazione dei ruoli nel mercato del lavoro e fuori dal mercato del lavoro, promuovendo un eguale impegno di uomini e donne nel lavoro retribuito e non. La costruzione di una *universal caregiver society* avrebbe, però, dovuto essere accompagnata da una profonda revisione sia delle politiche sociali sia dell'organizzazione del lavoro per permettere ai cd. *caregivers* prevalenti (genitori nei confronti dei figli minorenni; figli nei confronti dei genitori in età avanzata; fratelli o sorelle tra loro) di assolvere i compiti di cura<sup>247</sup>.

Nel mutato scenario degli ultimi decenni, i problemi legati alla conciliazione perdono la loro connotazione femminile<sup>248</sup>, e in un certo senso escono dal dibattito femminista, in quanto avvertiti

<sup>246</sup> L. ZANFRINI, *Il ruolo delle donne come chiave di volta delle transizioni in atto*, in L. ZANFRINI (a cura di), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, 2005, p. 12.

<sup>247</sup> N. FRASER, *After the Family Wage: Gender Equity and Welfare State*, in *Political Theory*, 1994, vol. 22, p. 591 ss.

<sup>248</sup> M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2012, p. 844 ss., che sottolinea come per lungo tempo le politiche a tutela

anche dagli uomini, diversamente da quanto accadeva nel secondo dopoguerra<sup>249</sup>. La ricerca di un nuovo equilibrio tra tempo del lavoro remunerato, o per il mercato, e tempo di vita (per sé, per la cura) è legata a due motivi di fondo, che rendono stringente l'individuazione di una diversa, e più condivisa, allocazione dei compiti familiari.

Da un lato, l'invecchiamento della popolazione porta alla ribalta i temi del dilemma della fecondità e della cura non solo dei più piccoli ma anche degli anziani<sup>250</sup>. I demografi parlano di "sindrome del rinvio", con riguardo all'età media del matrimonio e della prima maternità. Tale sindrome però si spiega anche con l'allungamento dell'età di istruzione, la disoccupazione giovanile, la difficoltà di accesso all'abitazione: «il desiderio di avere figli non è cambiato, ma si è trasformato il modo in cui i futuri genitori decidono». Prima si considerava prevalente la capacità di reddito dell'uomo; ora si considerano la carriera delle donne, il reddito, il tipo di lavoro, la presenza di politiche di *welfare*<sup>251</sup>. Si assiste, quindi, a una negoziazione in cui affiora, soprattutto nelle coppie più istruite, una capacità crescente per le donne di imporre le proprie preferenze, sebbene permanga una tendenza a perpetuare norme convenzionali sui ruoli di genere.

Dall'altro, gli andamenti ondulatori del mercato del lavoro, acuiti dalla protratta crisi economica degli ultimi anni, hanno definitivamente archiviato il prototipo del *single breadwinner* in quanto il reddito maschile può non essere certo o non essere sufficiente per realizzare le più ampie aspettative familiari (educazione dei figli, assistenza sanitaria privata, esternalizzazione di alcuni compiti domestici, ecc.). I modelli di famiglia continuano, tuttavia, a restare diversi a seconda dei contesti nazionali in cui si radicano e, di conseguenza, la ripartizione del lavoro all'interno del nucleo familiare<sup>252</sup>.

Il passo verso la condivisione dei ruoli parentali (genitoriali e non) – inteso come ulteriore salto di qualità e rottura di canoni culturali radicati nella società – necessita di strumenti con cui l'ordinamento giuridico, e l'interprete, devono confrontarsi<sup>253</sup>. Inoltre, se non si vuole aderire acriticamente all'idea dell'esistenza di un unico modello familiare e si considera, invece, la dimensione "caleidoscopica"<sup>254</sup> che la famiglia – "*forma stabile di condivisione affettiva*" – ha assunto nella società moderna, allora le politiche sovranazionali e interne sul tema dovranno essere rilette tenendo conto delle realtà emergenti (coppie omosessuali, nuclei monoparentali, nuclei transnazionali, nuclei allargati per la presenza di anziani conviventi, ecc.). Ciò permetterà di svelare nuove carenze a cui i *policy maker* e il legislatore dovranno tentare di porre rimedio.

---

della famiglia siano state identificate con le politiche a tutela della donna e, in particolare, della maternità. Cfr. M.V. BALLESTRERO, voce *Donne (lavoro delle)*, in *Digesto*, 1990.

<sup>249</sup> M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 7 ss.

<sup>250</sup> COMMISSIONE, *Libro verde: "Una nuova solidarietà tra le generazioni di fronte ai cambiamenti demografici"*, COM (2005) 94 def., Bruxelles, 16.3.2005, secondo cui la bassa natalità costituisce una sfida per le autorità politiche (p. 5), ma insiste anche sulla necessità di garantire un equilibrio tra le generazioni e nuove forme di transizione tra età attiva e non attiva (p. 10).

<sup>251</sup> G. ESPING ANDERSEN, *La rivoluzione incompiuta. Donne, famiglie, welfare*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 41 ss.

<sup>252</sup> Parla di divisione sessuata del lavoro e di interrelazione tra regolazione del mercato e rapporti familiari, M. BARBERA, voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. G. Trecc.*, 2008, p. 1.

<sup>253</sup> Alcune tipologie contrattuali non permettono la piena fruizione di strumenti di conciliazione quali i congedi parentali, assenze per malattie dei figli e in alcuni ordinamenti il diritto del padre è ancora costruito come derivato rispetto a quello della madre lavoratrice subordinata (*infra*).

<sup>254</sup> C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 27-28.

Per muovere dall'approccio tradizionale, che associa conciliazione e ruolo della donna nel mercato del lavoro, e cercare di superarlo, va segnalato che gli interventi europei degli ultimi vent'anni hanno mostrato una crescente consapevolezza relativa al fatto che la presenza femminile nel mondo del lavoro è mutata sia in termini numerici che qualitativi. Tuttavia, la presa di coscienza non sempre si è tradotta in appropriati strumenti di intervento.

Tale cambiamento impone di ripensare il sistema complessivo dei diritti e delle opportunità per le donne<sup>255</sup>. La partecipazione delle donne al mercato del lavoro continua a scontare il *deficit* di idonee politiche di conciliazione famiglia-lavoro e l'assenza di una effettiva condivisione dei ruoli parentali che tarda ad affermarsi in particolare nell'Europa centro-meridionale. Ciò accade nonostante si sia passati, come accennavo, dal tradizionale archetipo del *single breadwinner* al *one-and-a-half earner-carer* fino al cd. *dual earner-carer*<sup>256</sup> che, soprattutto tra le nuove generazioni, vede impegnati entrambi i *partner* in attività rivolte al mercato<sup>257</sup>.

Le ragioni risiedono, come accennavo, nella maggiore scolarizzazione dei *partner* e, sempre più spesso, nel bisogno di un doppio reddito per soddisfare le necessità della famiglia (basti pensare ai costi dei servizi di cura pre-scolare per i figli e a quelli per gli anziani non autosufficienti). Il modello che vede due percettori di reddito è, altresì, funzionale al rilancio della crescita in un periodo di forte crisi economica e assegna alle donne un ruolo di fondamentale contributo<sup>258</sup>: va, pertanto, garantito non solo il loro accesso ma soprattutto la loro permanenza nel mercato del lavoro, anche come strumento di lotta alla povertà<sup>259</sup>. Quest'ultimo profilo, come vedremo, può incontrare un freno nella cura degli anziani che, con l'allungamento delle aspettative di vita e in un contesto di tagli alla spesa sociale, sta assumendo connotati emergenziali riproponendo la tradizionale e stereotipata divisione dei ruoli all'interno delle famiglie. Il problema, quindi, si sposta dalle difficoltà di accesso o all'uscita precoce dal mercato del lavoro, dovuta alla nascita dei figli, all'abbandono anticipato dell'attività lavorativa, rispetto al raggiungimento dell'età pensionabile, per la cura degli anziani o di altri familiari adulti non autosufficienti.

Le famiglie hanno assunto connotati molto diversi da quelle della metà e fine del secolo scorso:

<sup>255</sup> A partire dal Libro Verde del 1993, COMMISSIONE, *Green Paper. European Social Policy. Options for the Union*, COM (93) 551 def., Luxembourg, 17.11.1993, p. 24.

<sup>256</sup> M. WELDON-JOHNS, *EU Work-Family Policies. Challenging Parental Role or Reinforcing Gendered Stereotypes?*, in *ELI*, vol. 19, 2013, p. 662 ss.

<sup>257</sup> R. CICCIA, I. BLEIJENBERGHE, *After the Male Breadwinner Model? Childcare Services and the Division of Labor in European Countries*, in *Social Politics*, 2014, vol. 21, 2, p. 50 ss.; nel passaggio (o per rendere possibile il passaggio) a nuovi modelli familiari, la predisposizione di politiche sociali e di strumenti di *welfare*, in particolare per la cura dei figli, è fondamentale (*infra* § 3). Interventi volti a favorire i congedi materni o forme di lavoro *part-time* chiaramente tendono a perpetuare modelli più tradizionali di divisione dei ruoli. Al contrario, interventi di defiscalizzazione, offerta di servizi di cura pubblici o privati a prezzi convenzionati e contributi economici assicurano una maggiore libertà nella scelta organizzativa del *menage* familiare.

<sup>258</sup> La dottrina parla di liberalismo inclusivo – a fianco della tradizionale tripartizione “liberismo classico”, “nuovo o social liberismo” e “neoliberalismo” – che incoraggia la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, ridefinendo i sistemi di *welfare state* al fine di individuare misure di sostegno allo sviluppo del capitale umano e sociale: cfr. R. MAHON, *The Oecd and the work/family reconciliation agenda: Competing frames*, in J. LEWIS (ed.), *Children, Changing Families and Welfare State*, Elgar, Cheltenham, 2006, p. 173 ss.

<sup>259</sup> EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Second European Quality and Life Survey. Family Life and Work*, Eurofound, Luxembourg, 2010, p. 42 ss., che sottolinea la tendenza delle donne a uscire dal mercato del lavoro a fronte della non conciliazione tra tempi di lavoro e cura. Gli strumenti tradizionalmente indicati nei documenti europei riguardano i congedi parentali e formativi, nonché la promozione del *part-time* e la flessibilità dell'orario: CONSIGLIO, Risoluzione *Sull'equa partecipazione delle donne ad una strategia di crescita economica orientata verso l'aumento dell'occupazione nell'Unione europea*, 6.12.1994.

monoparentali, omosessuali, “a distanza”<sup>260</sup>, definite da «relazioni intergenerazionali sempre più lunghe, ma anche sempre più magre» per la progressiva riduzione, negli anni, del numero di figli<sup>261</sup> e la presenza di anziani conviventi o comunque bisognosi di assistenza.

Nella ricostruzione di Esping Andersen viene proposto un approccio olistico per dar conto della *rivoluzione incompiuta* ossia del mutamento dello *status* sociale delle donne che non è giunto alla sua piena espressione. L'analisi offerta dallo studioso è diversa da quella assunta dal pensiero femminista tradizionale; egli, infatti, legge il fenomeno della “rivoluzione silenziosa” delle donne non solo in un'ottica di disuguaglianza di genere, ma indaga l'evoluzione dei percorsi biografici femminili per individuare i meccanismi sottostanti<sup>262</sup>. Il medesimo risultato (ad es. scelta di non sposarsi) può derivare, nel tempo, da ragioni molto diverse: in passato, la diffusa povertà e il rinvio del matrimonio, mentre oggi ha molto più peso la volontà delle donne; analogamente, la monogenitorialità delle donne prima era legata alla vedovanza e oggi ai divorzi o, in alcuni casi, a scelte individuali di avere figli senza necessariamente avere un *partner* (penso ad es. al ricorso a tecniche di fecondazione assistita, ammesse all'estero anche per le donne *single*). Numerose decisioni sono, quindi, ancorate a nuove relazioni di potere tra donne e uomini, alcune delle quali maturano in contesti familiari più paritari, soprattutto dove è presente un alto livello di istruzione di entrambi i *partner*. L'Autore mette, infatti, bene in evidenza come l'omogamia, ossia la tendenza a scegliere il *partner* all'interno di un medesimo gruppo sociale, è un fattore di simmetria tra i sessi che veicola forme di condivisione dei ruoli oppure, in senso diametralmente opposto, può cristallizzare forme di segregazione della donna che hanno impatto rilevante anche sui figli, in termini di sostegno educativo e di accesso a servizi non offerti capillarmente dal settore pubblico, come dirò in seguito.

Sebbene la prospettiva della conciliazione<sup>263</sup> vita professionale-vita familiare sia ancora una chiave di lettura importante nella definizione della partecipazione femminile al mercato del lavoro e, più in generale, alla società civile in posizione di parità rispetto agli uomini, tuttavia non è l'unica.

Nella visione di *gender mainstreaming* offerta dalla Commissione nel 1996 – e ripresa nel programma quadro 2001-2005<sup>264</sup>, 2006-2010<sup>265</sup> e 2010-2015<sup>266</sup> – si insiste, infatti, sulla promozione di cambiamenti in tutti i livelli della società: nella struttura delle famiglie, nelle prassi istituzionali,

<sup>260</sup> Si rileva, tra l'altro, un processo inverso a quello dei primi del Novecento ossia ad una femminilizzazione delle migrazioni contemporanee, che mette in risalto non solo il ruolo della donna migrante nel mercato del lavoro ospitante ma anche come ciò incida sugli assetti familiari nel paese di origine. Molto spesso, infatti, i figli vengono lasciati alle cure dei nonni e del genitore stanziale. Cfr. L. ZANFRINI, *Braccia, menti e cuori migranti: la nuova divisione internazionale del lavoro riproduttivo*, in L. ZANFRINI (a cura di), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, 2005, p. 239 ss.

<sup>261</sup> C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, cit., p. 36.

<sup>262</sup> Già in G. ESPING ANDERSEN, *Oltre lo stato assistenziale. Per un nuovo “patto tra generazioni”*, Garzanti, Milano, 2010, p. 19 ss.

<sup>263</sup> COMMISSIONE, *White Paper. European Social Policy – A Way Forward for the Union*, COM (94) 333 def., Brussels, 27.7.1994, p. 32.

<sup>264</sup> COMMISSIONE, *Verso una strategia quadro comunitaria per la parità tra donne e uomini*, COM (2000) 335 def., Bruxelles, 7.6.2000.

<sup>265</sup> COMMISSIONE, *Una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini*, COM (2006) 92 def., Bruxelles, 1.3.2006, che definisce la parità tra donne e uomini come un diritto fondamentale, un valore comune dell'UE e una condizione necessaria per il conseguimento degli obiettivi comunitari di crescita, occupazione e coesione sociale.

<sup>266</sup> COMMISSIONE, *Strategia per la parità tra uomini e donne 2010-2015*, COM (2010) 491 def., Bruxelles, 21.9.2010.

nell'organizzazione del lavoro<sup>267</sup>. L'obiettivo è quello di costruire una democrazia solidale resa effettiva dalla piena partecipazione e rappresentanza equilibrata di tutti i cittadini al processo decisionale e alla vita economica, sociale, culturale e civile, con orizzonti più ampi rispetto a quelli di integrazione nel mercato del lavoro<sup>268</sup>.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, la Risoluzione del 2000, pur contemplando le politiche conciliative famiglia-lavoro<sup>269</sup>, proponeva interventi di revisione dei regimi di agevolazione fiscale, di accesso alla formazione permanente, l'adozione di politiche attive per l'occupazione, di lotta alla segregazione professionale, a cui si sono affiancate, nei documenti successivi, la lotta alla povertà, il potenziamento della protezione sociale, la lotta alle discriminazioni multiple (che spesso colpiscono proprio le donne) e alla violenza di genere<sup>270</sup>, il sostegno all'indipendenza economica, la rimozione del *pay-gap*, il raggiungimento della parità nei processi decisionali<sup>271</sup>.

La permanenza nel mercato del lavoro, anche come strategia di lotta alla povertà, chiede un'integrazione degli interventi europei tra cui troviamo quelli volti a «promuovere la salute durante tutto l'arco della vita lavorativa, sin dalla prima occupazione», attraverso l'adeguamento delle condizioni di lavoro all'avanzare dell'età e all'allungamento della vita attiva che vede spostato in avanti il momento del pensionamento. Ciò, secondo la Strategia per la sicurezza 2014-2020<sup>272</sup>, «contribuisce a controbilanciare gli effetti a lungo termine dell'invecchiamento demografico, in linea con gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

Se è vero, come sostiene Esping Andersen<sup>273</sup>, che la società della conoscenza porta con sé un nuovo ruolo delle donne (soprattutto quelle istruite); altrettanto vero è che l'approccio ai cambiamenti nelle scelte sulla fecondità non può che essere di tipo olistico, altrimenti si determina il paradosso di accentuare nuovi rischi sociali e nuove disuguaglianze. Il sociologo parla, infatti, di "polarizzazione" ossia di un processo che mette in luce: *a)* una profonda crescita delle disuguaglianze di reddito legata alla posizione ricoperta nel mercato del lavoro (premi legati alle qualifiche, disoccupazione, perdita di potere dei sindacati, deregolamentazione della contrattazione del lavoro) e ai cambiamenti di struttura nella famiglia; *b)* un divario tra famiglie di lavoratori ricche e famiglie di lavoratori povere; *c)* un aumento di rischi sociali nei gruppi tradizionalmente più

<sup>267</sup> COMMISSIONE, *Integrare la parità di opportunità fra le donne e gli uomini nell'insieme delle politiche e delle azioni comunitarie*, COM (96) 67, def. Bruxelles, 21.2.1996.

<sup>268</sup> COM (2000) 335 def.; sulla partecipazione al processo decisionale dell'economia, cfr. COMMISSIONE, *Proposta di direttiva riguardante il miglioramento dell'equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in borsa e relative misure*, COM (2012) 614 def., Bruxelles, 14.11.2012.

<sup>269</sup> CONSIGLIO, *Risoluzione concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini all'attività professionale e alla vita familiare*, 29.6.2000, che parla di necessità di un approccio globale e integrato per conciliare la vita professionale con quella familiare e promuovere, così, la parità tra uomini e donne; PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sulla conciliazione della vita professionale, familiare e privata*, 9.3.2004.

<sup>270</sup> COM (2006) 92 def.

<sup>271</sup> COM (2010) 491 def.

<sup>272</sup> COMMISSIONE, *Quadro strategico dell'UE in materia di salute e sicurezza sul lavoro 2014-2020*, COM (2014) 332 def., Bruxelles, 6.6.2014, p. 2 e p. 7. A ciò va correlata la Campagna biennale (2014-2015) dell'Agenzia europea per la salute e sicurezza "Insieme per la prevenzione e la gestione dello stress lavoro correlato", che include tra le misure di promozione della salute mentale e del benessere la sostenibilità dei compiti di cura (Cfr. EU-OSHA, *Campaign Guide. Managing stress and psychosocial risks at work*, Luxembourg, 2014).

<sup>273</sup> G. ESPING ANDERSEN, *La rivoluzione incompiuta*, cit., p. 73 ss.

vulnerabili (crescono divorzi e monogenitorialità tra i soggetti meno scolarizzati); d) una marcata differenziazione negli investimenti per l'educazione di figli.

Le azioni correttive vanno, pertanto, adottate su più vasta scala. Non solo con interventi legati alle pari opportunità, ma anche all'accesso alla casa, all'istruzione, alla sanità, all'incremento della solidarietà intergenerazionale, nonché agendo sui sistemi di *welfare*, a livello macro e micro (aziendale), nell'accezione più ampia (*infra* § 3), come emergeva dal *Piano nazionale per la famiglia* adottato dal Governo Monti nel giugno 2012<sup>274</sup>. Tuttavia, come spesso accade quando si trattano questi temi, alle dichiarazioni di intenti non hanno fatto seguito politiche organiche di intervento. Inoltre, spesso il dibattito si arena sulla definizione di cosa si intenda per "famiglia" e, quindi, chi siano i destinatari di eventuali misure di supporto o incentivo.

## 2. La nozione di famiglia e le nuove sfide per il diritto europeo.

I documenti europei adottati a sostegno della conciliazione della vita professionale e familiare, tesi al miglioramento della posizione delle donne nel mercato del lavoro e al superamento delle diseguaglianze in esso ancora presenti, parlano in modo generico di "famiglia". Tuttavia, comprendere *di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*<sup>275</sup> non solo è utile per porre in luce i cambiamenti che si sono avuti nelle relazioni affettive ma lo è, soprattutto, per verificare la tenuta delle politiche sociali e degli strumenti giuridici che entrano in gioco quando queste relazioni non riguardano solo la sfera privata ma si confrontano, in modi diversi, con diritti e obblighi.

La direttiva sui congedi parentali del 1994 prendeva in considerazione il rapporto tra genitori e figli naturali o adottivi e non richiedeva il requisito del rapporto di coniugio per riconoscere i diritti, spesso fruiti alternativamente o in assenza dell'altrui fruizione, dei genitori lavoratori subordinati. La novella del 2010 (dir. n. 2000/18/Ue), nella clausola 1, dichiara espressamente di «tener conto della crescente diversità delle strutture familiari».

Il Diritto del lavoro non accoglie una nozione univoca di famiglia e i legami parentali rilevano diversamente a seconda degli istituti giuridici di volta in volta considerati. Per restare nell'ambito dei congedi genitoriali e parentali in senso più ampio, le fonti principali risiedono nelle norme del d.lgs. n. 151/2001, nell'art. 4 della l. n. 53/2000, nell'art. 33 della l. n. 104/1992.

<sup>274</sup> Il *Piano nazionale per la famiglia* adottato dal Governo Monti proponeva «innovazioni stabili e strutturali di medio-lungo periodo che si ispirano innanzitutto ai principi dell'ordinamento costituzionale italiano ampliandone la portata nell'ottica di una politica familiare all'avanguardia nel panorama europeo». Gli interventi proposti spaziavano dall'equità fiscale ed economica (revisione dell'Isee), alle politiche abitative, al sostegno alla genitorialità per le fasce più deboli, alla conciliazione famiglia-lavoro attraverso il potenziamento di servizi di cura e assistenza, il rafforzamento della disciplina dei congedi, la promozione dell'*welfare* aziendale.

<sup>275</sup> M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma, 2014, p. 56 ss., secondo cui l'espressione "società naturale" contenuta nell'art. 29 Cost. «costituisce un semplice riferimento ai diversi momenti storici e ai diversi contesti sociali e culturali che caratterizzano l'istituto, evidenziando appunto il suo carattere storico e relativo, potenzialmente aperto ai diversi modelli familiari che si affermano nella realtà sociale» (p. 64).

Si spazia, pertanto, dal modello di famiglia nucleare assunto nel decreto del 2001 a quello allargato della legge del 2000, con riguardo ai congedi per gravi motivi<sup>276</sup>, e della legge n. 104/1992<sup>277</sup>, che conferiscono rilievo ai rapporti tra discendenti e ascendenti (parentela di primo grado), fratelli e sorelle (parentela di secondo grado), generi, nuore e suoceri (affini di primo grado), cognati (affini di secondo grado), anche non conviventi, nonché alla famiglia di fatto<sup>278</sup>. Le norme citate se, da un lato, hanno il pregio di offrire una definizione più ampia di famiglia, mantengono, dall'altro, delle distinzioni marcate, in quanto solo alcuni tipi di congedo sono retribuiti – in genere, quelli che riguardano la famiglia nucleare – e ciò funge da deterrente alla costruzione di una platea allargata di *caregiver*. Proprio per tali motivi la giurisprudenza agisce in modo “creativo” per colmare i numerosi vuoti legislativi.

In una pronuncia del 2013 la Corte Costituzionale è intervenuta sancendo la illegittimità dell'art. 42, c. 5, del d.lgs. n. 151/2001 nella parte in cui, in assenza di altri soggetti idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave debitamente accertata, non si ammetteva un'estensione dei fruitori, nel caso concreto affini di terzo grado (nipote/zio)<sup>279</sup>, confermando l'orientamento degli ultimi anni<sup>280</sup> teso alla valorizzazione dei legami parentali con la persona disabile nell'obiettivo di assicurare non solo le necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione ma anche «la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana».

La manipolazione operata dagli interventi costituzionali aggiunge un tassello fondamentale alla declinazione del principio solidaristico sotteso alla normativa sui congedi<sup>281</sup>.

Come dicevo, la realtà dei fatti restituisce immagini poliedriche della famiglia. Quelle “a distanza”, ad esempio, sono caratterizzate dalla cd. femminilizzazione delle migrazioni contemporanee.

Ciò ha portato alla luce tendenze peculiari: da un lato, ovviamente, il crescente ruolo delle donne nel mercato del lavoro ospitante, e proprio nei servizi di cura che le famiglie italiane (e non solo)

<sup>276</sup> Ai sensi dell'art. 4, c. 1, della l. n. 53/2000, il lavoratore ha diritto a tre giorni di permesso retribuito all'anno in caso di decesso o documentata infermità del coniuge, anche legalmente separato, o di un parente entro il secondo grado, anche non convivente, o di un soggetto componente la famiglia anagrafica. Ai sensi del c. 2 della norma, è previsto un congedo di 2 anni non retribuito e non computato nell'anzianità di servizio né a fini previdenziali, per gravi e documentati motivi familiari.

<sup>277</sup> Ai sensi dell'art. 33 della l. n. 104/1992, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con *handicap* in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Cfr. Trib. Bergamo 16.10.2014, n. 667, secondo cui tali permessi sono computabili anche ai fini del calcolo degli istituti di retribuzione indiretta (es. ferie, ex festività, permessi retribuiti previsti dal contratto collettivo, salvo il caso in cui questi ultimi si cumulino con il congedo parentale).

<sup>278</sup> M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, cit., p. 845.

<sup>279</sup> C. Cost. 18.7.2013, n. 203, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, p. 2853 ss.

<sup>280</sup> Già nel 2005 la Corte era intervenuta estendendo il diritto ai fratelli o alle sorelle conviventi nell'ipotesi in cui i genitori fossero impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio disabile (C. Cost. 16.6.2005, n. 233); nel 2007, sancendo la priorità dell'assistenza fornita dal coniuge rispetto agli altri aventi diritto (C. Cost. 8.5.2007, n. 158, con commento di R. NUNIN, *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 869 ss.); nel 2009, ha riconosciuto il diritto ai figli conviventi con il disabile (C. Cost. 30.1.2009, n. 19).

<sup>281</sup> Parla di «saldatura tra lavoro e solidarietà sociale», M. NAPOLI, *Note introduttive*, in M. NAPOLI, M. MAGNANI, E. BALBONI (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, 2001, p. 1218 e riprende tali considerazioni, L. CALAFA, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 116 ss.

tendono ad esternalizzare (*infra* §§ 3 e 3.1.)<sup>282</sup>, creando veri e propri *global circuits of care* o *care chains*; dall'altro, la necessità di mettere in campo strategie di cura *pluri-local*, perché quelle stesse donne, in linea di massima, lasciano nel paese di origine i figli affidati ad un nucleo familiare spesso comprensivo di anziani potenzialmente bisognosi, a loro volta, di assistenza<sup>283</sup>. Nel caso in cui, invece, sia praticabile un ricongiungimento familiare con i figli, la perdita della rete di supporto originaria può comportare l'emersione di nuove sacche di povertà e di esclusione sociale: venuta meno la rete di sostegno presente nel paese di provenienza, le donne si devono affidare a servizi per l'infanzia – ma il problema persiste anche nell'età scolare – non sempre compatibili con l'attività lavorativa in termini di orario e di sostenibilità dei costi.

### 2.1. Le same sex couples.

Altro profilo, poco esplorato con riguardo all'applicazione della normativa lavoristica in tema di permessi e congedi, è quello che coinvolge le cd. *same sex couples*. Nonostante gli inviti del Parlamento europeo per addivenire ad un riconoscimento reciproco all'interno dell'Unione delle norme dedicate alle coppie omosessuali<sup>284</sup> e la proposta della Commissione in tema di regimi patrimoniali applicabili alle coppie registrate<sup>285</sup>, nel nostro ordinamento non è prevista una disciplina per le unioni civili, ancorché negli ultimi mesi in alcuni Comuni si sia proceduto alla trascrizione delle unioni contratte all'estero in Paesi che le riconoscono<sup>286</sup>.

Nel caso di registrazione (o istituto analogo)<sup>287</sup>, la posizione dei *partner* sarebbe assimilabile a quella del coniuge<sup>288</sup> e, pertanto, resta da indagare la relazione (in termini di titolarità di congedi,

<sup>282</sup> Il settore del lavoro domestico è senz'altro quello che vede la maggior percentuale di impiego (badanti, *baby sitter*, addette alle pulizie), ma anche negli altri settori (ad es. nella ristorazione) il tratto comune è quello di lavori a bassa retribuzione e spesso quello della precarietà, con ciò che consegue in termini di diritti (ad es. limitazione dei diritti legati alla maternità), sempre che non si versi in situazioni di lavoro irregolare.

<sup>283</sup> P. BONIZZOLI, *Immigrant Working Mothers Reconciling Work and Childcare: The Experience of Latin American and Eastern European Women in Milan*, in *Social Politics*, 2014, vol. 21, 2, p. 194 ss.

<sup>284</sup> In particolare PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione 14.1.2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008*, punti 75 ss. dove, oltre all'invito agli Stati membri, esorta la Commissione «a presentare proposte che garantiscano l'applicazione, da parte degli Stati membri, del principio di riconoscimento reciproco per le coppie omosessuali, sposate o legate da un'unione civile registrata, nella fattispecie quando esercitano il loro diritto alla libera circolazione previsto dal diritto dell'Unione europea».

<sup>285</sup> COMMISSIONE, *Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate*, COM (2011) 127 def., Bruxelles, 16.3.2011.

<sup>286</sup> Negli altri Paesi europei si è, invece, avviato un processo di riconoscimento delle istanze avanzate dalle coppie omosessuali, pur con dei distinguo tra legislazioni che hanno introdotto peculiari forme di unione civile (Francia, Portogallo, Andorra), che hanno individuato uno strumento equiparato al matrimonio (Germania, Svizzera, Danimarca, Regno Unito e Svezia) o che hanno esteso il matrimonio civile agli omosessuali (Spagna, Olanda, Belgio, Finlandia). Nelle Costituzioni europee, spesso si tutela la famiglia sganciandola dal matrimonio (Francia, Portogallo, Spagna, Lussemburgo; la Germania, invece, li considera congiuntamente), mentre in altre si fa espresso riferimento all'eterosessualità come presupposto dell'istituto matrimoniale (Polonia, Lituania, Lettonia, Bulgaria): cfr. P. PASAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *FI*, 2010, IV, c. 273 ss. Più di recente, la previsione è stata introdotta in Islanda (2010) e Lussemburgo (2014).

<sup>287</sup> Ai sensi della dir. n. 2000/78/Ce, che include tra i fattori protetti le *tendenze sessuali*, il *considerando* 22 prevede che «la presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano».

<sup>288</sup> Cfr. dir. n. 2004/38/Ce, sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che include nella definizione di "familiare" «il *partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante».

aspettative, ecc.)<sup>289</sup> tra *partner* ed eventuali figli biologici di uno solo dei membri della coppia ove, come in Italia, non sia prevista espressamente l'adozione da parte del *partner* dello stesso sesso. Sul punto va segnalata una recente pronuncia del Tribunale dei minori di Roma<sup>290</sup> che ha riconosciuto la compagna, sposata all'estero, della madre naturale di una bambina (nata con fecondazione eterologa) come seconda genitrice: quella che viene definita *stepchild adoption* è prevista in altri ordinamenti sia per le coppie eterosessuali che per quelle omosessuali (Germania, Spagna, Austria, Slovenia). L'art. 44 della l. n. 184/1983, modificato nel 2001, prevede *casi particolari* di adozione che, ampliando il novero dei soggetti adottanti, sono tesi a realizzare l'interesse preminente del minore come, nel caso concreto, quello della bambina a veder riconosciuto giuridicamente il ruolo della persona che lei già individuava come figura genitoriale. Secondo la Corte, «non può presumersi che l'interesse del minore non possa realizzarsi nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia di soggetti del medesimo sesso», come già affermato dalla Cassazione in altra vicenda in cui, però, non si chiedeva l'adozione da parte della nuova compagna della madre separata dal marito, padre della minore, ma solo l'affidamento alla madre naturale<sup>291</sup>.

L'orientamento sessuale non dovrebbe essere di per sé elemento di discriminazione<sup>292</sup> nella valutazione dell'idoneità all'adozione, a maggior ragione in casi, come quello citato, in cui il progetto di vita familiare era stato intrapreso dalla coppia dando alla minore riferimenti genitoriali e affettivi solidi.

Al contrario, ove non sia possibile la registrazione (o la trascrizione dell'unione contratta all'estero)<sup>293</sup>, il rischio di una totale assenza di copertura giuridica dei *partner*, rispetto agli istituti descritti *supra* e *infra* (congedi di cura, parentali), pur in situazioni di stabile convivenza<sup>294</sup>, è abbastanza evidente.

Il ricorso all'estensione analogica, utilizzata negli anni per garantire tutela alle cd. coppie di fatto, potrebbe non essere accolto dai giudici e, comunque, richiederebbe tempi molto lunghi con esiti parziali ove la decisione riguardasse il caso singolo e non fosse, invece, sollevata questione di

<sup>289</sup> Lo stesso vale per la fruizione di permessi per la cura di parenti del *partner*, ad es. nel caso di ascendenti bisognosi di assistenza.

<sup>290</sup> Trib. Roma 30.7.2014, n. 299.

<sup>291</sup> Cass. 11.1.2013, n. 601, in *Giust. Civ.*, 2013, 11-12, 1, p. 2508 ss., sull'affidamento esclusivo del figlio minore alla madre convivente con un'altra donna, che ha negato la presunta dannosità del contesto familiare omosessuale addotto dal padre del minore per ottenere l'affidamento congiunto. Il caso, però, non contemplava l'adozione da parte della nuova compagna della madre. Alcuni Stati nordeuropei ammettono l'adozione, sia dei figli del *partner* che di altri, nonché il ricorso alla fecondazione assistita. Cfr. la ricognizione contenuta in M. BONINI BARALDI, *Different Families, Same Rights?*, Ilga- Europe, Brussels, 2007, p. 14 ss.

<sup>292</sup> Con riguardo ai divieti di discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro in ragione dell'orientamento sessuale, parla di trasposizione obliqua, ossia piegata a finalità diverse, della direttiva 2000/78/Ce nel nostro ordinamento, L. CALAFA, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 204 s., con particolare riguardo alla norma dell'art. 3, c. 3, del d.lgs. n. 216/2003, dove caratteristiche connesse all'orientamento sessuale potevano essere valutate ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare. L'inciso è stato soppresso dall'art. 8 septies del d.l. 8.4.2008 n. 59.

<sup>293</sup> Cass. 15.3.2012, n. 4184, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 2012, 2, p. 696 ss., che ha escluso la trascrizione non tanto per violazione dell'ordine pubblico, ma per l'assenza di legislazione interna sul punto.

<sup>294</sup> La dir. n. 2004/387Ce parla di *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia «una relazione stabile debitamente attestata».

legittimità costituzionale come avvenuto in passato proprio per le convivenze *more uxorio*<sup>295</sup>.

Nel 2010 la Consulta, nel rinviare al legislatore la questione sull'ammissibilità del matrimonio tra due persone dello stesso sesso<sup>296</sup>, ha sancito che l'unione omosessuale debba essere ricompresa tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. «cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone, nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>297</sup>.

Tuttavia, nel prosieguo della motivazione, ossia nel passaggio dall'ancoraggio al diritto fondamentale ex art. 2 Cost. al riconoscimento giuridico della coppia omosessuale, il *paradigma eterosessuale* riprende il sopravvento e viene assunto a regola esclusiva della costruzione del genere e dei suoi profili relazionali<sup>298</sup>. Secondo la Corte, infatti, i padri costituenti accolsero una nozione di matrimonio fondata sul codice civile del 1942, per cui tale «significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa»<sup>299</sup>.

La Corte non esclude, pertanto, un proprio futuro intervento «a tutela di specifiche situazioni» laddove si ravvisi una violazione del principio di eguaglianza tra coppia coniugata e coppia omosessuale, ma l'individuazione dell'anello di congiunzione della sequenza logica – che renda comparabili le specifiche situazioni a cui la Consulta fa riferimento, rovesciando il paradigma eterosessuale di cui dicevo – è rimessa al legislatore che deve disciplinare una opportuna forma di riconoscimento (matrimonio, unione civile, ecc.).

La Corte di Strasburgo ha, invece, offerto negli anni un'accezione più ampia del significato di famiglia<sup>300</sup>, tramite l'interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Cedu<sup>301</sup>. La Corte ha ritenuto «legittime forme di convivenza tanto le unioni regi-

<sup>295</sup> Sul percorso costruito dalla Consulta, cfr. T. PASQUINO, *Le convivenze civili tra norme e prassi giurisprudenziale: non solo una questione di genere*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova, 2014, p. 147 ss. L'Autrice appare ottimista rispetto all'applicazione estensiva dei diritti già riconosciuti alle convivenze *more uxorio* ed esplicitati nel Progetto del 2007 sui cd. Di.co., p. 155-156, sebbene la questione non risulti così pacifica quando si parla di *same sex couples*, come provato dal fatto che si discute da tempo di unioni registrate ma nulla è stato fatto in proposito.

<sup>296</sup> C. Cost. 15.4.2010, n. 138, in *Giust. Civ.*, 2010, 6, I, p. 1294 ss.

<sup>297</sup> Tra le fonti sovranazionali, l'art. 12 della CEDU prevede che «uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»; l'art. 9 della Carta di Nizza stabilisce che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Tali norme vanno lette alla luce dei divieti di discriminazione in base all'orientamento sessuale (artt. 1 e 14 Cedu; art. 21 Carta di Nizza; dir. n. 2000/43/Ce).

<sup>298</sup> Cfr. B. PEZZINI, *il matrimonio same sex si potrà fare. la qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, 2010, p. 2715 ss.

<sup>299</sup> Punto 9 motiv. Sul valore meramente ausiliario del cd. *criterio originalista* (volontà storica del legislatore costituente) e sulla necessità di una lettura evolutiva del concetto di coniugio anche alla luce del carattere aperto del catalogo dei diritti riconducibili all'art. 2 Cost., R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giur. cost.*, 2, 2010, p. 1629 ss.

<sup>300</sup> V. SCALISI, *Quale famiglia per l'Europa*, in R. ALESSI, S. MAZZARESE, S. MAZZAMUTO, (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 125 ss.

<sup>301</sup> Cedu, Grande Camera, 11.7.2002, caso *Goodwin c. Regno Unito* (ric. n. 28957/95), sul diritto al matrimonio per le coppie *transgender*. Sul diritto al matrimonio per le persone dello stesso sesso, Cedu 24.6.2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria* (ric. N. 30141/04); Cedu 15.3.2012, caso *Gas e Dubois c. Francia* (ric. 25951/07).

strate, quanto quelle di mero fatto, sia etero che omosessuali»<sup>302</sup>, sebbene abbia escluso che si possa imporre agli Stati di garantire l'accesso al matrimonio o che si configuri una equiparazione tra unioni civili e matrimonio. In tale filone, e con più prudenza, si è collocata la Corte di Giustizia<sup>303</sup>, ma entrambe le Corti non sono mai giunte fino al punto di accogliere una nozione aperta di famiglia<sup>304</sup>.

Nella sentenza Hay, sull'onda di *Maruko* e *Römer*, la Corte di Giustizia ha dichiarato la sussistenza di una discriminazione diretta con riguardo alla previsione di un contratto collettivo che riconosceva un congedo e un premio legato al fatto di contrarre matrimonio e che, pertanto, escludeva le coppie omosessuali che, nell'ordinamento francese, possono accedere solo ai Pacs.

La Corte ha ritenuto comparabili i lavoratori sposati e quelli uniti da Pacs ai fini del godimento di benefici (premio e congedo) che rientrano nell'ampia accezione di retribuzione e di condizioni di lavoro coperta dal campo applicativo della direttiva 2000/78<sup>305</sup>. La disposizione censurata determinava, pertanto, una «disparità di trattamento fondata sullo *status* matrimoniale» in quanto i lavoratori omosessuali sono impossibilitati ad accedere a tale istituto.

Nella dimensione europea<sup>306</sup>, il riconoscimento del passaggio dalla *famiglia-istituzione* “tradizionale” a quella che Bilotta definisce la *famiglia-comunità* – che meglio rappresenta l'idea di un «luogo di affetti, di solidarietà, di autodeterminazione individuale, in cui ciascuno esercita liberamente il proprio diritto alla realizzazione personale»<sup>307</sup> – dipende dall'intervento del legislatore che diviene, quindi, una necessità cogente, anche nell'ottica della corretta applicazione dei principi di non discriminazione contenuti nelle Carte e nelle direttive del 2000.

<sup>302</sup> M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, 2014, p. 1248 ss.

<sup>303</sup> Sulla tendenza della Corte di Giustizia a recepire gli orientamenti della Cedu, C. RICCI, *La “famiglia” nella giurisprudenza comunitaria*, in S. BARATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 100 ss. Tra le numerose pronunce aventi ad oggetto discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, cfr. Cgce 30.4.1996, *Pc. S e Cornwall County Council*, causa C-13/94, in *Racc.*, 1996, I-02143; Cgce 17.2.1998, *Grant c. South West Trains Ltd*, causa C-249/86, in *Racc.*, 1998, p. I-0621; Cgce 7.1.2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, causa C-117/01, in *Racc.*, 2004, p. I-0541 ss.; Cgce 27.4.2006, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, causa C-423/04, in *Racc.*, 2006, p. I-03585. Tra le più recenti, Cgce 10.5.2011, *Römer c. Freie u. Hansestadt Hamburg*, causa C-147/08, in *Racc.*, 2011, p. I-03591, sull'estensione alle unioni registrate di alcuni diritti (benefici previdenziali) riconosciuti nel caso di coppie sposate. In precedenza, Cgce 1.4.2008, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, causa C-267/06, in *Racc.*, 2008, p. I-01757, in tema di pensioni di reversibilità. Cfr. F. RAVELLI, *The ECJ and supplementary pensions discrimination in EU law*, in *European Journal of Social Law*, n. 1, 2012, p. 56 ss.

<sup>304</sup> Ciò nonostante la Carta di Nizza non abbia assunto uno specifico modello di famiglia (art. 9, art. 33), aprendosi a ipotesi che superano il paradigma della famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio. Sul punto, cfr. M. BARBERA, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in The EU Legal Order*, in T. HERVEY, J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Portland, 2003, p. 141 ss.

<sup>305</sup> Cfr. F. RIZZI, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro le discriminazioni delle coppie omosessuali*, in corso di pubblicazione in *RGL*, 2015, che coglie un passo avanti della Corte rispetto alle sentenze citate nel testo. Senz'altro interessante è il fatto che la Corte non rinvii al giudice nazionale la comparazione tra istituti (matrimonio e Pacs), ma effettui essa stessa tale valutazione. Il ragionamento della Corte, tuttavia, muove in un contesto normativo in cui non c'è un vuoto legislativo, come averrebbe se una questione analoga venisse sollevata in Italia, e la pronuncia sembra, pertanto, collocarsi nel solco delle pronunce precedenti.

<sup>306</sup> M. BONINI BARALDI, *EU Family Policies Between Domestic ‘Good Old Values’ and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, in *Maastricht Journal. European and Comparative Law*, 2008, p. 517 ss.

<sup>307</sup> F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2, 2011, p. 899 ss.

### 3. Le politiche italiane: La tutela della genitorialità e delle relazioni affettive al tempo della crisi.

Gli studi comparati<sup>308</sup> rilevano una sorta di stigma (*motherhood penalty; maternal wall*)<sup>309</sup> verso i *caregivers* anche negli Stati con legislazioni avanzate in materia di congedi e permessi parentali, che si traduce in forme di discriminazione che, ancora una volta, colpiscono in misura percentuale maggiore le donne con figli rispetto non solo agli uomini ma anche alle lavoratrici non madri.

La permanenza delle donne nel mercato del lavoro continua ad essere legata, in prima battuta, a politiche per la famiglia che suppliscano o affianchino i genitori nell'assolvimento dei compiti di cura dei figli: i *target* fissati nel Consiglio europeo di Barcellona del 2002<sup>310</sup>, sull'offerta dei servizi di *childcare*, non sono stati affatto raggiunti, anche in concomitanza della crisi economica, o i costi restano troppo elevati<sup>311</sup>; a questo profilo si aggiunge quello dei servizi di cura per gli anziani.

Il supporto fornito dai sistemi di *welfare* alle famiglie viene descritto dai sociologi utilizzando tre categorie che esprimono la crescente partecipazione dei sistemi di sicurezza sociale ai bisogni di cura e che si traducono in altrettante stereotipizzazioni dei ruoli<sup>312</sup>: 1) *familialism by default*, dove è assente una politica pubblica di sostegno e, in genere, i compiti di cura vengono assolti dalla donna; 2) *supported familialism*, dove sono offerti interventi di tipo fiscale (tassazioni agevolate, detrazioni) o di altro tipo (congedi retribuiti), che incentivano l'assunzione di responsabilità anche da parte degli uomini<sup>313</sup>; 3) *de-familialization*, dove l'interdipendenza generazionale e le responsabilità familiari sono ridotte per la presenza di servizi pubblici che suppliscono alla domanda di cura<sup>314</sup>. I paesi sud-europei dell'area mediterranea presentano un particolare sistema di *welfare* che vede coinvolti: lo Stato (con politiche pubbliche non sempre soddisfacenti)<sup>315</sup>, gli enti locali<sup>316</sup>,

<sup>308</sup> S. BORNSTEIN, J. C. WILLIAMS, G. R. PAINTER, *Discrimination against Mothers Is the Strongest Form of Workplace Gender Discrimination: Lessons from US Caregiver Discrimination Law*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28, n. 1, 2012, p. 45 ss.

<sup>309</sup> Idem, p. 50. È interessante la distinzione, nelle aspettative sociali, tra *prescriptive bias* ossia come una madre dovrebbe essere (dedita alla casa e alle incombenze familiari) e *descriptive bias* ossia come ci si attende che una donna si comporterà in quanto madre, soprattutto riferito alla percezione che il datore di lavoro ha delle qualità lavorative della donna, ritenuta incapace di essere al tempo stesso una buona madre e una buona lavoratrice (chiederà permessi o un orario ridotto; sarà meno interessata alla carriera e meno affidabile, ecc.).

<sup>310</sup> Si trattava dell'obiettivo del 33% di copertura dei servizi per la prima infanzia (0-3 anni).

<sup>311</sup> COMMISSION STAFF WORKING, *Report on Progress on equality between women and men in 2012, 2013*, SWC (2013), 171 final. Già la Strategia europea per l'occupazione lanciata con il Trattato di Amsterdam del 1997 indicava i servizi per l'infanzia come strumento di promozione dell'occupazione femminile: cfr. M. STRATIGAKI, *The cooptation of gender concepts in EU policies: The case of «reconciliation of work and family»*, in *Social Politics*, 2004, vol. 11, 1, p. 30 ss.

<sup>312</sup> C. SARACENO, W. KECK, *Grandchildhood in Germany and Italy. An Exploration*, in A. LEIRA, C. SARACENO (eds.), *Childhood: Changing Contexts. Comparative Social Research*, UK Emerald, Biggleswade, 2008, p. 133 ss.

<sup>313</sup> Ciò in relazione al solo ruolo di padre, benché si ponga ora un'ulteriore barriera da abbattere ossia quella della distribuzione più equa dei compiti nell'assistenza agli adulti e agli anziani, che tende a gravare integralmente sulle donne anche nel caso di parenti prossimi del *partner* maschile.

<sup>314</sup> In realtà, questo terzo risultato può essere raggiunto anche acquisendo sul mercato i servizi necessari, ma ciò comporta una capacità finanziaria che ovviamente non tutte le famiglie riescono a raggiungere; vanno comunque operati dei distinguo sull'esternalizzazione totale o parziale dei compiti di cura riservati agli anziani/familiari non autosufficienti e ai bambini.

<sup>315</sup> Tra queste si può annoverare la previsione del cd. *bonus bebè* contenuta nella legge di stabilità 2015 ossia l'erogazione di 80 euro per i nati dal 1° gennaio 2015 per tre anni (fino al 31.12.2017), se vengono rispettati alcuni requisiti reddituali ricavabili dall'Isee.

<sup>316</sup> F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi, 2013, p. 295 ss.

la famiglia (che assume un ruolo preminente, di rete o, addirittura, di vero e proprio ammortizzatore sociale), il privato (per chi può sostenere i costi dei servizi) e il terzo settore (con spiccata presenza dell'associazionismo di matrice cattolica)<sup>317</sup>.

La Relazione di Eurydice ed Eurostat del 2014<sup>318</sup> rivela che sono pochi i Paesi europei che garantiscono l'accesso a servizi educativi e di cura immediatamente dopo la nascita; nella maggior parte dei casi, come avviene in Italia, tra il termine dei congedi per i genitori e l'inizio del percorso educativo garantito dallo Stato (cd. scuola dell'infanzia) possono trascorrere più di due anni. Il sistema italiano è stato caratterizzato da una situazione diversificata tra Nord e Sud (*ambivalent familialism*), dove il tasso di occupazione femminile si conferma ancora più basso rispetto al Centro-Nord del paese, complici, ovviamente, anche le minori opportunità di lavoro in aggiunta al perpetuarsi di una netta separazione dei ruoli genitoriali. Fondamentale, invece, in caso di rientro al lavoro delle madri, la presenza di una rete familiare di supporto (in particolare, i nonni) dal momento che l'offerta di servizi prescolari – con dei distinguo tra le Regioni e, soprattutto, tra i Comuni che si occupano delle strutture (ad es. *asili nido*, *sezioni primavera* per i bambini dai 24 ai 36 mesi) – si conferma ancora insufficiente o accessibile a pochi per i costi proibitivi<sup>319</sup>.

Dal rapporto del *network* di esperti nel campo del Gender Equality<sup>320</sup> si evince, inoltre, una disparità nelle legislazioni europee sui congedi parentali (durata, trattamento economico, maturazione di *bonus* legati allo svolgimento del lavoro effettivo, garanzia di riassegnazione delle mansioni originarie o equivalenti) e, spesso, un aggiramento del dettato normativo posto a tutela della lavoratrice madre (ad es. nelle diffuse pratiche di dimissioni in bianco sovente firmate dalle lavoratrici in sede di assunzione<sup>321</sup>; nelle pressioni a rientrare *part-time* dopo aver usufruito del congedo di maternità<sup>322</sup>; nel mancato rinnovo di contratti a termine<sup>323</sup>).

Problemi non marginali si riscontrano anche nella struttura dei congedi ossia in relazione, da un lato, alla titolarità degli stessi e, dall'altro, alla funzione sottesa alle diverse tipologie.

Con riguardo al primo profilo, va segnalato che in molti Stati la fruizione è indifferenziata, ossia non esiste una quota destinata specificamente al padre (ad es. in Francia), e ciò non incentiva alla

<sup>317</sup> M. MIGLIAVACCA, *Famiglie e lavoro. Trasformazioni ed equilibri nell'Europa mediterranea*, Mondadori, Varese, 2008, p. 60 ss.

<sup>318</sup> EURIDYCE, EUROSTAT, *Early Childhood Education and Care in Europe*, 2014, in [http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/key\\_data\\_series/166EN.pdf](http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/key_data_series/166EN.pdf)

<sup>319</sup> R. J. OLIVER, M. MÄTZKE, *Childcare Expansion in Conservative Welfare States: Policy Legacies and the Politics of Decentralized Implementation in Germany and Italy*, in *Social Politics*, 2014, vol. 21, 2, p. 170 e p. 177 ss.

<sup>320</sup> E. CARACCILO DI TORRELLA, A. MASSELOT, *Work and Family Life Balance in EU Law and Policy 40 Years on: Still Balancing, Still Struggling*, in *European Gender Equality Law Review*, n. 2, 2013, p. 6 ss.

<sup>321</sup> Con la modifica introdotta dall'art. 4, cc. 16 ss., della legge n. 92/2012 (cd. Legge Fornero), le dimissioni o le risoluzioni consensuali vanno validate di fronte alla Direzione Territoriale del Lavoro – Servizio ispettivo, o altra sede idonea alla convalida (Centri per l'impiego, sedi individuate dai contratti collettivi), se rese nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e fino a tre anni del bambino; la previsione è estesa al padre dalla nascita del figlio e ai genitori adottivi e affidatari, per i quali i tre anni decorrono dall'ingresso nel nucleo familiare.

<sup>322</sup> S. BURRI, H. AUNE, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work*, in *European Gender Equality Law Review*, n. 1, 2014, p. 14 ss.

<sup>323</sup> EADEM, p. 20.

fruizione, soprattutto se i congedi non sono ben remunerati<sup>324</sup>. In altri casi, il diritto del padre è “derivato” ossia sorge nel momento in cui la madre non beneficia del congedo.

Con riguardo al secondo profilo, penso alla disciplina italiana dei cd. permessi giornalieri riconosciuti durante il primo anno di vita del bambino (o di ingresso del minore adottato/affidato), un tempo definiti “pause di allattamento”, ma progressivamente sganciati da tale esigenza fisiologica (art. 39 d.lgs. n. 151/2001, *supra*). I riposi possono essere richiesti dal padre lavoratore dipendente solo in alcune ipotesi<sup>325</sup> e sempre che la madre non sia in congedo di maternità o parentale. Se, come dicevo, da tempo la *ratio* dei riposi risponde a esigenze diverse che non sono quelle dell’allattamento al seno e si vuole valorizzare il ruolo di cura del padre, non si comprende l’alternatività rispetto alla posizione della madre, tenuto conto che il congedo parentale è, invece, fruibile contemporaneamente dai genitori o fruibile dal padre durante quello di maternità (art. 34 d.lgs. n. 151/2001). Analogamente avviene per i permessi giornalieri per la cura del bambino con *handicap* grave (art. 42, c. 2, d.lgs. n. 151/2001) e per le assenze dovute a malattia del bambino (art. 47 d.lgs. n. 151/2001).

Ferma restando la comprensibile necessità di fissare dei tetti alla durata dei permessi, la presenza contestuale dei genitori potrebbe meglio rispondere, almeno in astratto, a esigenze di distribuzione dei ruoli di cura e di condivisione della vita familiare, sia che si tratti di momenti fisiologici che patologici della stessa<sup>326</sup>. È quanto ad es. avviene nel caso di permessi giornalieri in presenza di parto gemellare/plurimo: le ore di riposo vengono raddoppiate (anche qualora i gemelli siano più di due); le ore aggiuntive rispetto a quelle previste dall’art. 39, c. 1, possono essere utilizzate anche dal padre (art. 41 d.lgs. n. 151/2001) e sono ritenute fruibili contemporaneamente dai genitori anche nella stessa fascia oraria.

Nel cd. *Jobs Act*<sup>327</sup> è contenuta la delega al Governo per l’adozione di misure volte a tutelare la maternità e favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e lavoro per la generalità dei lavoratori, quale forma di sostegno alla genitorialità. I decreti attuativi sono attesi entro l’estate 2015.

Tra i principi e criteri direttivi: *a)* ricognizione delle categorie beneficiarie dell’indennità di maternità e progressiva estensione della platea delle destinatarie; *b)* garanzia della prestazione assistenziale alle parasubordinate anche in assenza di versamento dei contributi da parte del datore di lavoro; *c)* introduzione del *tax credit*, per le lavoratrici subordinate e autonome con figli minori o disabili non autosufficienti, che si collochino in una determinata fascia di reddito individuale e

<sup>324</sup> Ai sensi dell’art. 34 del d.lgs. n. 151/2001, è previsto, fino al terzo anno di vita del bambino, un trattamento retributivo del 30% per un massimo complessivo tra i genitori di 6 mesi. I periodi di congedo parentale sono computati nell’anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia. Nella Pubblica amministrazione, numerosi contratti collettivi prevedono che una porzione del congedo parentale (30 giorni complessivi tra i genitori) è retribuita al 100% (ad es. il Ccnl Università, art. 31, c. 4; Ccnl Scuola, art. 12, c. 4; Ccnl Enti pubblici non economici, art. 14, c. 5).

<sup>325</sup> Ai sensi dell’art. 40 del decreto si tratta delle ipotesi di: 1) affidamento in via esclusiva al padre; 2) rinuncia da parte della madre, lavoratrice dipendente, ai riposi; 3) assenza del diritto ai riposi in capo alla madre in quanto non lavoratrice dipendente; 4) morte o grave infermità della madre.

<sup>326</sup> Ai sensi dell’art. 47 del d.lgs. n. 151/2001, in caso di malattia del figlio – da documentare con certificato del medico curante del bambino, o dell’ospedale se c’è un ricovero, e con distinzioni in termini di durata dei permessi per bambini sotto o sopra i tre anni – la fruizione è alternativa.

<sup>327</sup> Legge 10.12.2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro).

armonizzazione del regime di detrazione per il coniuge a carico; *d*) incentivo agli accordi collettivi sulla flessibilità dell'orario e utilizzo dei premi di produttività per favorire impegni di *childcare* ed *eldcare*; *e*) introduzione della "banca delle ore donabili", ossia della possibilità di cessione da parte dei lavoratori – nel rispetto delle norme sulle ferie e i riposi – dei giorni di riposo aggiuntivi eventualmente previsti dal contratto collettivo a favore di genitore con figlio che versa in particolari condizioni di salute che richiedano la presenza fisica e cure assidue; *f*) integrazione dell'offerta dei servizi per l'infanzia forniti dalle aziende e di quelli forniti da enti pubblico-privati per servizi alla persona; *g*) flessibilizzazione nella fruizione dei congedi obbligatori e parentali; *h*) introduzione di congedi dedicati alle donne inserite in percorsi di protezione relativi alla violenza di genere; *i*) estensione dei criteri, ove compatibile e senza oneri aggiuntivi, ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione; *l*) semplificazione e razionalizzazione degli organismi, delle competenze e dei fondi operanti in materia e riordino delle procedure connesse alla promozione di azioni positive.

Con riguardo a tali previsioni si possono fare alcune considerazioni, che si aggiungono a quelle svolte *supra* sulla opportunità di rivedere la struttura dei congedi e di alcune tipologie di permessi legati alla cura di figli e parenti.

Negli ultimi anni la regolazione dell'orario di lavoro, fermo l'obiettivo primario di garantire l'integrità psico-fisica dei lavoratori, ha dovuto confrontarsi con notevoli cambiamenti nell'organizzazione delle attività economiche (ad es. servizi resi 24 ore su 24 per sette giorni la settimana). In tale contesto si è fortemente accresciuto il ruolo della contrattazione collettiva aziendale, con l'intento di garantire una miglior rispondenza alle peculiari esigenze dell'impresa.

La regolazione contrattuale dell'orario di lavoro, nella prospettiva che qui interessa, tende ad avvantaggiare alcuni gruppi rispetto ad altri ossia i lavoratori che occupano una posizione più elevata nella gerarchia aziendale o svolgono attività slegate da obiettivi strettamente misurabili in termini di tempo, che riescono così a meglio soddisfare esigenze di *work-life balance*<sup>328</sup>.

Gli esempi di interventi *family friendly* offerti in sede di contrattazione decentrata riguardano la flessibilizzazione della struttura dell'orario (il *flexi-time*, l'orario a isole, la banca delle ore, il telelavoro, l'accesso a *part-time*<sup>329</sup> temporaneo successivo alla maternità/congedi parentali o per risolvere momentanei compiti di cura)<sup>330</sup>, che può facilitare la condivisione dei ruoli parentali.

<sup>328</sup> P. BLYTON, *Working Time, Work Life-Balance, and the Persistence of Inequality*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 27, n. 2, 2011, p. 129 ss. In molti casi, invece, dosi massicce di flessibilità sono in stridente contrasto con l'assunzione di compiti di cura, come nel caso dei cd. *zero hour contracts* utilizzati in Gran Bretagna (p. 134).

<sup>329</sup> Al momento, l'unica previsione di un diritto alla trasformazione da tempo pieno a *part-time* è contenuta nell'art. 12 bis del d. lgs. n. 61/2000 con riguardo alle patologie oncologiche.

<sup>330</sup> In realtà la previsione contenuta nell'art. 9 della l. n. 53/2000, dedicato all'adozione di azioni positive per la flessibilità attraverso la contrattazione collettiva, è stata poco utilizzata come sottolineato da L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, cit., p. 237 ss. Tra i motivi indicati dall'Autrice, la natura *innovativa* dei progetti, rispetto alla previsione della contrattazione nazionale, che avrebbe richiesto al sindacato una spiccata sensibilità «verso esigenze personali poco facilmente aggregabili, se non addirittura conoscibili, a livello collettivo» (p. 241) non sempre pacifica.

Nel caso del *part-time*, alcuni contratti collettivi attribuiscono al lavoratore un vero e proprio diritto (altri una mera aspettativa) alla riduzione dell'orario di lavoro, da far valere indipendentemente dall'esigenza organizzativa del datore di lavoro, in connessione con

Nell'accordo siglato dal Ministero del lavoro e dalle parti sociali il 7 marzo 2011, dedicato alle *Azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra famiglia e lavoro*, si sottolineavano le potenzialità della contrattazione di secondo livello – da affiancare a coerenti politiche di sostegno da parte delle istituzioni nazionali, regionali e locali – ai fini della miglior distribuzione degli orari e l'utilità di azioni di raccolta, analisi e disseminazione di buone pratiche, e si assumeva la flessibilità *family friendly* come valore organizzativo condiviso<sup>331</sup>.

La costruzione di un *welfare aziendale* passa, inoltre, attraverso strumenti/servizi non strettamente connessi con politiche di conciliazione ma di sostegno economico-finanziario alla genitorialità (forme di assicurazione sanitaria, microcredito, asili nido aziendali, centri estivi per i figli dei dipendenti) e di investimento sulla formazione dei lavoratori che rientrano dai congedi. L'assenza dovuta ai congedi, se questi si protraggono, può comportare, in particolare nei settori ad alta specializzazione o soggetti a rapida obsolescenza delle conoscenze, rischi di *de-skilling* qualora il datore di lavoro non intervenga con opportuni percorsi formativi di aggiornamento.

Forme di sostegno ad iniziative assunte dalla contrattazione collettiva, anche a livello aziendale, potrebbero essere ritenute buone prassi, spendibili dall'azienda sul fronte reputazionale, con l'attribuzione di marchi di qualità, nella prospettiva della responsabilità sociale delle imprese. Negli ultimi anni, infatti, Eurofound sta monitorando gli effetti sulla produttività e sul benessere lavorativo dell'introduzione di misure di innovazione organizzativa, tra cui certamente si possono collocare gli strumenti, che a vario titolo, incidono su obiettivi di *work-life balance*<sup>332</sup>.

Infine, come emerge anche dal *Jobs Act*, non possono essere ignorate le esigenze di conciliazione delle lavoratrici precarie, che non sono titolari dei congedi parentali previsti dalla normativa europea e nazionale. In questi casi le soluzioni di sostegno economico – come i *voucher* per fruire di servizi di *baby sitting* introdotti dalla riforma Fornero<sup>333</sup> – sono di particolare utilità, sebbene

---

compiti di cura. Cfr. art. 4 Ccnl Metalmeccanici che riconosce il diritto al *part-time* per il lavoratore che assiste un familiare con *handicap* o gravemente ammalato senza assistenza alternativa, nelle imprese con più di 100 dipendenti ed entro il limite del 4% del personale in forza a tempo pieno.

<sup>331</sup> Nell'allegato vengono riportate alcune declinazioni degli interventi: a) orari (orario modulare su base semestrale o annuale; forme di flessibilità in entrata e in uscita fino ai tre anni di vita del bambino; banca delle ore; orario concentrato; soluzioni per i periodi di inserimento nel percorso scolastico); b) lavoro a tempo parziale (trasformazione temporanea con diritto al ripristino dell'orario pieno); c) telelavoro (anche nella forma mista); d) permessi; e) rientro dalla maternità (riassegnazione delle mansioni originarie, corsi di formazione o aggiornamento); f) *welfare* aziendale; g) criteri di valutazione della produttività; h) congedi parentali (fruizione *part-time*).

<sup>332</sup> T. K. BAUER, *High Performance Workplace Practices and Job Satisfaction: Evidence from Europe*, 2004. Le *High Performance Working Practice (HPWP)* sono tecniche di gestione delle risorse umane che comprendono: coinvolgimento del dipendente (processi partecipativi, trasparenza nelle comunicazioni); interventi sulle risorse umane (valorizzazione del capitale umano, formazione); premialità (benefici economici, premi di produttività, flessibilità).

<sup>333</sup> L'art. 4, c. 24, lett. b), ha introdotto per il triennio 2013-2015 la possibilità per la madre lavoratrice di chiedere, al termine del congedo di maternità e in alternativa a quello parentale, *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby sitting* o un contributo per accedere ai servizi pubblici o privati accreditati per la prima infanzia, da utilizzare negli 11 mesi successivi al congedo di maternità per un massimo di 6 mesi. La domanda, in forma telematica, va presentata all'Inps e l'importo mensile dei *voucher* è di 300 euro, tenuto conto della situazione economica familiare della richiedente. L'importo di per sé esiguo, riducibile sulla base del reddito, e limitato nel tempo si mostra assolutamente non in linea con i prezzi di mercato dei servizi richiamati. La *ratio*, quindi, pare essere quella di offrire un parziale supporto economico, ma non certo di favorire la conciliazione.

andrebbero rivisti i sistemi di ancoraggio al reddito della lavoratrice e non a quello familiare (calcolato sul cd. Isee: indicatore della situazione economica equivalente)<sup>334</sup>. In aggiunta a ciò non sarebbe peregrina l'idea di coinvolgere, nella cura dei più piccoli, altri familiari assunti a tempo indeterminato (ad es. i nonni che non hanno raggiunto l'età pensionabile), con la previsione di permessi analoghi a quelli dell'art. 4, c. 2, della l. n. 53/2000.

Ulteriori interventi dovrebbero, poi, riguardare i sistemi fiscali con l'introduzione di meccanismi di *caregiver credits*, di tassazione agevolata dei redditi, di trasferimenti indiretti tramite crediti di imposta o anche di tassazione separata dei redditi dei componenti del nucleo familiare, per evitare che il cumulo dei redditi incida in misura percentualmente superiore, in termini di aliquota applicabile, sul percettore di reddito secondario (statisticamente la donna)<sup>335</sup>.

### 3.1. Andamento demografico, prolungamento dell'età lavorativa e nuovi compiti di cura: dal *childcare* all'*elders care*.

Il progressivo innalzamento delle aspettative di vita porta all'attenzione dell'agenda politica europea e nazionale un tema finora non molto indagato ossia quello degli strumenti di *elders care*, rimesso all'intervento dei singoli Stati membri e che presenta uno scenario a macchia di leopardo.

Il problema si pone, soprattutto, quando non sia possibile rivolgersi ai servizi pubblici, perché insufficienti, e a quelli resi dal mercato, perché eccessivamente costosi: in tali casi, ancora una volta, la famiglia (e le donne, in particolare) funge da rete di supporto alla persona anziana o non autosufficiente. Si mettono in campo strumenti di *cohesive family economy* per evitare di esternalizzare compiti di cura<sup>336</sup>, ma questo può comportare una uscita precoce del *caregiver* prevalente dal mercato del lavoro.

In Germania è stata introdotta la figura del *pflegeperson* (persona addetta alla cura), per la quale è previsto il versamento di contributi a fini pensionistici e l'assicurazione contro incidenti legati all'attività di cura. Il *pflegeperson* può chiedere che l'assistito venga temporaneamente ricoverato per breve periodo una volta l'anno (cd. servizio di sollievo). In Francia è prevista l'erogazione dei cd. *apa (allocation personaliste d'autonomie)* ossia assegni di cura vincolati per acquisire servizi di cura nel mercato formale<sup>337</sup>. In Spagna nel 2006 è stata varata una riforma dell'assistenza di lungo periodo (*ley de dependencia*). I destinatari del provvedimento possono avvalersi di tele-assistenza, assistenza a domicilio, accesso a centri diurni o notturni o a centri di accoglienza; nel caso in cui non sia possibile offrire i servizi indicati nel circuito pubblico, verrà stanziato un contributo mensile per poter fruire di analoghi servizi privati<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> D. GOTTARDI, voce *Congedi parentali*, in *Digesto*, sez. comm., agg., 2012, p. 186 ss., si esprime in termini critici rispetto alla normativa sui *vaucher* per le lavoratrici subordinate perché non avrebbero alcun impatto su una redistribuzione più paritaria dei compiti genitoriali. Il problema, come detto *supra*, è in realtà legato al limitato valore economico e temporale del *vaucher*.

<sup>335</sup> W. CHAN, *Mothers, Equality and Labour Market Opportunities*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 42, No. 3, 2013, p. 224 ss.

<sup>336</sup> C. SOLERA, F. BETTIO, *Women's Continuous Careers in Italy: The Education and Public Sector Divide*, in *Population Review*, vol. 52, 1, 2013, p. 134.

<sup>337</sup> M. NALDINI, C. SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro*, cit., p. 99 ss.

<sup>338</sup> M. LEÓN, M. MIGLIAVACCA, *Italy and Spain: Still the Case of Familistic Welfare Models?*, in *Population Review*, vol. 52, 1, 2013, p. 25 ss.

In Italia, sul versante del sostegno economico, dal 1980 è prevista la cd. indennità di accompagnamento<sup>339</sup>, mentre, su quello della cura in senso stretto, la principale risorsa è costituita dai permessi della legge n. 104/1992 (in presenza di specifiche condizioni di disabilità/patologia) e della legge n. 53/2000 (permessi e congedi per gravi motivi familiari) (*supra* § 3).

Tali interventi, pur meritevoli, non sottendono, però, una strategia complessiva che sostenga la famiglia/nucleo parentale e prevenga l'abbandono del posto di lavoro, con le conseguenze che ciò comporta in termini di nuove povertà e fragilità sociali.

Il *Piano nazionale per la famiglia* del Governo Monti, nelle azioni nn. 3.6.a, 3.6.b e 3.6.c, prevedeva l'introduzione di servizi *domus oriented*, *family centred* e *community oriented*. Nella prima categoria, rientrano servizi destinati a disabili e anziani che consistono nella permanenza presso il domicilio o in ambienti sostitutivi analoghi: 1) servizi a domicilio; 2) affido dell'anziano presso altre famiglie disponibili; 3) ospedalizzazione a domicilio. A questi si aggiungevano il *voucher* socio-sanitario per l'acquisto di ulteriori servizi di assistenza domiciliare ed il contributo per l'assunzione di un coadiutore domiciliare iscritto in un apposito albo.

Nella seconda, si collocano gli interventi rivolti al nucleo familiare o, più in generale, ai *caregivers*: 1) forme di sostegno per familiari (quali ad es. gruppi di auto e mutuo-aiuto); 2) sportelli informativi unificati per l'ascolto e l'orientamento dei familiari; 3) servizi di *respite* (sollevio).

Infine, l'approccio *community oriented* (cd. servizi di prossimità) è teso a promuovere legami significativi anche tra persone senza vincoli parentali, attraverso: 1) centri diurni aperti al territorio; 2) forme di portierato sociale; 3) progetti di solidarietà di vicinato; 4) gruppi di volontari per disabili o di anziani che operano a favore di altri anziani; 5) sostegno alla gestione dei servizi per il "*Dopo di noi*".

Il Piano Monti del 2012 presentava spunti molto interessanti. Purtroppo, con il passaggio al Governo Letta, non ha avuto seguito e nell'attuale Agenda del Presidente Renzi le priorità sembrano altre, sebbene la delega in tema di conciliazione e sostegno alla genitorialità potrebbe essere un primo passo, di cui si valuterà l'effettività solo con l'adozione di decreti attuativi.

Affinché le sfide poste dai cambiamenti demografici non ricadano interamente sulle famiglie, l'Agenda politica dell'Unione, per le linee di indirizzo, e degli Stati membri, per le competenze attribuite a livello nazionale e decentrato, deve occuparsi quanto prima del tema. Le esperienze maturate nei singoli ordinamenti, e di cui si sono tratteggiati i caratteri essenziali, mostrano la volontà di allargare la platea dei *caregivers* e di offrire una particolare attenzione agli anziani, la cui domanda di cura cresce con l'aumento dell'aspettativa di vita.

In tale scenario più ampio, in cui dovrebbe collocarsi il progetto ambizioso dell'*universal caregiver model*, la conciliazione vita-lavoro rimane un obiettivo stringente, ma non può essere solo periodicamente proclamato. Senza interventi strutturali – che spazino dalla revisione della titolarità dei congedi, alla loro retribuzione non simbolica, alla riforma fiscale con introduzione di forme di *tax credit* – la costruzione di una società più inclusiva è ben lungi da venire ed a farne le spese

<sup>339</sup> Ai sensi della legge 11.2.1980, n. 18, tale indennità spetta agli invalidi civili totali che, per malattie fisiche o psichiche, si trovino nella impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore o, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, abbisognino di una assistenza continua. Entro il 31 marzo di ogni anno va inviata all'Inps la dichiarazione di sussistenza dei requisiti di legge; per il 2014 l'importo è stato di 504,07 euro per 12 mensilità (13 nella provincia autonoma di Trento-Bolzano).

saranno ancora, e soprattutto, le donne.

### Bibliografia

- BALLESTRERO M. V. (1990), voce *Donne (lavoro delle)*, in *Digesto*.
- BARBERA M. (2008), voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. G. Trecc*.
- BARBERA M. (2003), *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in The EU Legal Order*, in HERVEY T., KENNER J. (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Portland, p. 139 ss.
- BAUER T. K. (2004), *High Performance Workplace Practices and Job Satisfaction: Evidence from Europe*.
- BILOTTA F. (2011), *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2, p. 899 ss.
- BLYTON P. (2011), *Working Time, Work Life-Balance, and the Persistence of Inequality*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 27, 2, p. 129 ss.
- BONINI BARALDI M. (2008), *EU Family Policies Between Domestic 'Good Old Values' and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families*, in *Maastricht Journal. European and Comparative Law*, p. 517 ss.
- BONINI BARALDI M. (2007), *Different Families, Same Rights?*, Ilga- Europe, Brussels.
- BONIZZOLI P. (2014), *Immigrant Working Mothers Reconciling Work and Childcare: The Experience of Latin American and Eastern European Women in Milan*, in *Social Politics*, vol. 21, 2, p. 194 ss.
- BORNSTEIN S., WILLIAMS J. C., PAINTER G. R. (2012), *Discrimination against Mothers Is the Strongest Form of Workplace Gender Discrimination: Lessons from US Caregiver Discrimination Law*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28, n. 1, p. 45 ss.
- BURRI S., AUNE H., *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work*, in *European Gender Equality Law Review*, n. 1, 2014, p. 11 ss.
- CALAFÀ L. (2007), *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, p. 171 ss.
- CALAFÀ L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- CARACCILO DI TORRELLA E., MASSELOT A. (2013), *Work and Family Life Balance in EU Law and Policy 40 Years on: Still Balancing, Still Struggling*, in *European Gender Equality Law Review*, n. 2, p. 6 ss.
- CHAN W. (2013), *Mothers, Equality and Labour Market Opportunities*, in *Industrial Law Journal*, vol. 42, 3, p. 224 ss.
- CICCIA R., BLEIJENBERGHE I. (2014), *After the Male Breadwinner Model? Childcare Services and the Division of Labor in European Countries*, in *Social Politics*, vol. 21, 1, p. 50 ss.
- ESPING ANDERSEN G. (2011), *La rivoluzione incompiuta. Donne, famiglie, welfare*, Il Mulino, Bologna.

- ESPING ANDERSEN G. (2010), *Oltre lo stato assistenziale. Per un nuovo "patto tra generazioni"*, Garzanti, Milano.
- FRASER N. (1994), *After the Family Wage: Gender Equity and Welfare State*, in *Political Theory*, vol. 22, p. 591 ss.
- GOTTARDI D. (2012), voce *Congedi parentali*, in *Digesto*, sez. comm., agg., p. 186 ss.
- LEÓN M., MIGLIAVACCA M. (2013), *Italy and Spain: Still the Case of Familistic Welfare Models?*, in *Population Review*, vol. 52, 1, p. 25 ss.
- MAGNANI M. (2012), *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, p. 844 ss.
- MAHON R. (2006), *The Oecd and the work/family reconciliation agenda: Competing frames*, in Lewis J. (ed.), *Children, Changing Families and Welfare State*, Elgar, Cheltenham, p. 173 ss.
- MAINO F., FERRERA M. (2013) (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Torino, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi.
- MARELLA M. R., MARINI G. (2014), *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Roma.
- MIGLIAVACCA M. (2008), *Famiglie e lavoro. Trasformazioni ed equilibri nell'Europa mediterranea*, Mondadori, Varese, p. 60 ss.
- NALDINI M., SARACENO C. (2011), *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, Il Mulino, Bologna.
- NAPOLI M. (2001), *Note introduttive*, in NAPOLI M., MAGNANI M., BALBONI E. (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, in *NLCC*, p. 1215 ss.
- NUNIN R. (2007), *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *Fam. dir.*, p. 869 ss.
- OLIVER R. J., MÄTZKE M. (2014), *Childcare Expansion in Conservative Welfare States: Policy Legacies and the Politics of Decentralized Implementation in Germany and Italy*, in *Social Politics*, vol. 21, 2, p. 167 ss.
- PASQUINO T. (2014), *Le convivenze civili tra norme e prassi giurisprudenziale: non solo una questione di genere*, in SCARPONI S. (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova, p. 141 ss.
- PASSAGLIA P. (2010), *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *FI*, IV, c. 273 ss.
- PEZZINI B. (2010), *il matrimonio same sex si potrà fare. la qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, p. 2715 ss.
- PORCELLI M. (2014), *La famiglia al plurale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, p. 1248 ss.
- RAVELLI F. (2012), *The ECJ and supplementary pensions discrimination in EU law*, in *European Journal of Social Law*, n. 1, 2012, p. 51 ss.
- RICCI C. (2007), *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, in Baratti S. (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, p. 91 ss.
- Rizzi F. (2015), *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro le discriminazioni delle*

*coppie omosessuali*, in corso di pubblicazione in RGL.

ROMBOLI R. (2010), *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *Giur. cost.*, 2, p. 1629 ss.

SARACENO C. (2012), *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.

SCALISI V. (2013), *Quale famiglia per l'Europa*, in Alessi R., Mazzaresse S., Mazzamuto S., (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Giuffrè, Milano, p. 117 ss.

WELDON-JOHNS M. (2013), *EU Work-Family Policies. Challenging Parental Role or Reinforcing Gendered Stereotypes?*, in *ELJ*, vol. 19, p. 662 ss.

SARACENO C., KECK W. (2008), *Grandchildhood in Germany and Italy. An Exploration*, in LEIRA A., SARACENO C. (eds.), *Childhood: Changing Contexts. Comparative Social Research*, UK: Emerald, Bingley, p. 133 ss.

SOLERA C., BETTIO F. (2013), *Women's Continuous Careers in Italy: The Education and Public Sector Divide*, in *Population Review*, vol. 52, 1, p. 129 ss.

STRATIGAKI M. (2004), *The cooptation of gender concepts in EU policies: The case of «reconciliation of work and family»*, in *Social Politics*, vol. 11, 1, p. 30 ss.

ZANFRINI L. (2005), *Il ruolo delle donne come chiave di volta delle transizioni in atto*, in ZANFRINI L. (a cura di), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, p. 11 ss.

ZANFRINI L. (2005), *Braccia, menti e cuori migranti: la nuova divisione internazionale del lavoro riproduttivo*, in ZANFRINI L. (a cura di), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, Roma, p. 239 ss.

## Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi *gender sensitive* degli interventi legislativi dell'ultimo triennio\*

Anna Fenoglio

1. L'incremento dell'occupazione femminile quale possibile via d'uscita dalla crisi	118
2. Il tentativo di ampliamento della porta di accesso al lavoro attraverso l'introduzione di incentivi economici...	119
2.1... (segue) e il rimaneggiamento delle tipologie contrattuali: a) il contratto a termine	121
2.2. b) Il <i>part-time</i>	125
3. Le misure a sostegno della conciliazione: un bilancio	127
3.1. Novità in vista: la direzione di marcia tracciata nel c.d. <i>Jobs act</i>	132
4. Quando la conciliazione fallisce: le dimissioni delle lavoratrici	136
4.1 Le procedure di convalida delle dimissioni alla prova dei fatti	139
4.2. Una nuova inversione del senso di marcia?	142
5. Tirando le fila del discorso	145
Riferimenti bibliografici	145

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 239/2015

## 1. L'incremento dell'occupazione femminile quale possibile via d'uscita dalla crisi

Che la valorizzazione del ruolo economico delle donne costituisca «una sorta di lievito per la ricetta della crescita equa» capace di espandere «il volume della torta» (Brollo 2013, p. 115) può ormai considerarsi un dato acquisito, tenuto conto che sempre più spesso provengono appelli per l'introduzione di misure capaci di favorire la partecipazione attiva delle donne nel mercato del lavoro da parte di politologi (Del Re 2012), sociologi (Ferrera 2008) ed economisti (Del Boca, Mencarini, Pasqua 2012), le cui analisi – pur condotte da angolazioni differenti – convergono sulla considerazione che «*gender equality is not a "women's issue". It is a business issue*» (Reding 2011)<sup>340</sup>.

Il divario nella partecipazione maschile e femminile alla vita economica continua tuttavia ad essere assai ampio, al punto che nella graduatoria dell'indice *Global Gender Gap* l'Italia si colloca tra i Paesi europei più arretrati, lontano anni luce dagli *standard* raggiunti dagli Stati del nord Europa<sup>341</sup>. Del resto i dati parlano chiaro: secondo l'ultimo rapporto annuale dell'Istat, il tasso di occupazione femminile – pur in lieve aumento – si è attestato nel 2013 al 46,5%, discostandosi per più di 12,2 punti percentuali dal valore medio dei ventotto Paesi dell'Unione europea. Lo scenario non pare peraltro destinato a migliorare nel breve periodo: benché nei primi anni caratterizzati dalla crisi economica l'occupazione femminile abbia mostrato una maggiore tenuta rispetto a quella maschile, gli effetti della recessione si stanno ora ripercuotendo in maniera più significativa proprio sull'occupazione femminile a causa delle crescenti difficoltà del commercio e dei tagli di bilancio operati nelle pubbliche amministrazioni al fine di ridurre il *deficit* pubblico, settori lavorativi che – com'è noto – conoscono un'ampia partecipazione delle donne.

In tale contesto, è agevole comprendere perché l'Unione europea – che da tempo rimarca (seppur non sempre con il medesimo rigore<sup>342</sup>) la necessità di promuovere la partecipazione femminile al mercato del lavoro – sia tornata a ribadire l'esigenza di adottare misure per favorire il ritorno al lavoro delle donne invitando gli Stati membri, con una Risoluzione del Parlamento europeo approvata nel marzo 2013, a stimolare «la partecipazione delle madri al mondo del lavoro» e a promuovere «l'inclusione attiva o la reintegrazione delle donne nel mercato del lavoro»<sup>343</sup>.

<sup>340</sup> I possibili benefici di una maggiore partecipazione femminile al mercato del lavoro, rimarcati dalla Banca d'Italia nella sua relazione annuale sul 2011 (p. 118), sono evidenziati anche dall'Ocse che, nel rapporto del 2012 *Closing the gender gap*, ha stimato per tutti i Paesi membri l'effetto che l'incremento dell'occupazione femminile potrebbe avere sul Pil: se entro il 2030 la partecipazione femminile al lavoro raggiungesse i livelli maschili, si avrebbe una crescita del Pil pro-capite del 12% in 20 anni, pari a 0,6 punti percentuali all'anno. Tra i Paesi con il maggiore potenziale di crescita vi è l'Italia, il cui Pil pro-capite aumenterebbe di un punto percentuale l'anno qualora l'occupazione femminile raggiungesse i livelli di quella maschile.

<sup>341</sup> *World Economic Forum, The Global Gender Gap Report 2014*. In tale graduatoria – ai cui vertici si collocano l'Islanda, la Finlandia, la Norvegia e la Svezia – l'Italia si colloca al sessantanovesimo posto.

<sup>342</sup> L'ambizioso obiettivo perseguito dalla Strategia di Lisbona, che mirava al raggiungimento di un tasso di occupazione femminile pari al 60% entro il 2010, è stato riformulato in termini neutri nella Strategia Europa 2020, che mira all'ottenimento di un tasso di occupazione della popolazione adulta pari al 75%. Benché sia senz'altro vero che l'Unione europea potrà raggiungere tale soglia «solo attraverso un forte impegno a sostegno della parità di genere» (Commissione europea, comunicato stampa IP/12/371, 16 aprile 2012), non si può negare che «la visibilità del tema dell'occupazione femminile risulta fortemente ridotta e limitata in un'ottica preoccupata esclusivamente ad aumentare l'offerta di lavoro, senza grande attenzione alla qualità dei lavori e alle disuguaglianze di genere nel mercato del lavoro» (Smith, Villa 2010).

<sup>343</sup> *Risoluzione sull'impatto della crisi economica sull'uguaglianza di genere e i diritti della donna*, approvata dal Parlamento europeo il 12 marzo 2013, punti 32 e 40.

Nella medesima direzione sembrerebbe guardare anche il legislatore italiano, tenuto conto che l'obiettivo di una «maggiore inclusione delle donne nella vita economica», espressamente menzionato dall'art. 1, co. 1, lett. *f* della l. 28 giugno 2012, n. 92, accomuna gli interventi legislativi varati dai Governi che si sono rapidamente succeduti nel corso degli ultimi tre anni alla guida del nostro Paese: partendo dalla corposa riforma Fornero, passando per gli interventi normativi varati dal Governo Letta, giungendo infine al c.d. *Jobs act* promosso dall'attuale Governo e concretizzati nel d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78 e nella successiva legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, sono infatti facilmente individuabili misure direttamente volte a migliorare la quantità e la qualità del lavoro femminile. Sennonché gli effetti benefici di queste ultime rischiano di essere neutralizzati: non soltanto per via dei consistenti limiti mostrati all'atto della loro applicazione pratica, ma anche a causa del loro affiancamento da parte di norme dotate di carattere formalmente neutro ma che, calate nella concretezza della situazione socio-economica del Paese, potrebbero produrre un effetto differenziato sulle lavoratrici e sui lavoratori.

Volendo verificare se l'azione legislativa dell'ultimo triennio abbia correttamente imboccato la strada che conduce al raggiungimento dell'obiettivo di una più corposa partecipazione delle donne alla vita economica del Paese, occorre dunque seguire il “filo rosa” intessuto nei testi normativi più recenti anche fra le pieghe più nascoste di questi, là dove la sfumatura tende a svanire. Come suggerito dal c.d. *gender mainstreaming*, si proverà dunque a “riavvolgere il gomito” dei più recenti testi normativi: partendo dalle disposizioni inerenti l'instaurazione del rapporto di lavoro, si prenderanno in esame quelle che ne regolano lo svolgimento mirando ad agevolare la conciliazione fra vita professionale e privata e si giungerà infine ad occuparsi delle disposizioni previste in materia di risoluzione del contratto, così da verificare cosa accade quando la tanto agognata conciliazione fallisce.

## 2. Il tentativo di ampliamento della porta di accesso al lavoro attraverso l'introduzione di incentivi economici...

Addentrando nel labirinto realizzato dalla sovrabbondanza di norme dettate nel corso degli anni più recenti, occorre anzitutto verificare se la “porta d'ingresso” dell'occupazione sia stata effettivamente allargata e resa più robusta, così da poter essere attraversata da un maggior numero di donne.

Fra gli strumenti a tal fine predisposti vanno senz'altro menzionati gli incentivi economici previsti per i datori di lavoro che intendano procedere a nuove assunzioni, la cui applicazione è stata varie volte sperimentata nel corso degli ultimi anni, ottenendo tuttavia risultati piuttosto deludenti (Bruno 2013, pp. 611 ss.; Caragnano, D'Erario 2012, pp. 419 s.; Casotti, Gheido 2013, pp. 2213 ss.). Vale dunque appena la pena di ricordare l'istituzione del “fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento in termini quantitativi e qualitativi dell'occupazione giovanile e delle donne” (introdotto dall'art. 24, co. 27, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, a cui è seguito il decreto interministeriale 5 ottobre 2012), che mirava a favorire la stabilizzazione di donne e giovani fino a ventinove anni nonché a incoraggiare le nuove assunzioni a termine che fossero in grado di incrementare la base occupazionale. Rimasto operativo solo per una manciata di mesi, il Fondo pare aver contribuito al raggiungimento del primo obiettivo prefissato anche se in maniera non decisiva poiché, sulla base del *trend* degli anni passati, è possibile

ritenere che una parte considerevole delle trasformazioni contrattuali e delle stabilizzazioni sarebbe stata realizzata anche in assenza di incentivi economici (Martini 2012 e Anastasia 2013); l'impatto avuto sul numero delle nuove assunzioni non è stato viceversa significativo<sup>344</sup>.

Risultati non particolarmente brillanti sembrano aver raggiunto anche le altre misure previste negli anni più recenti per favorire l'occupazione femminile: come l'introduzione (sempre ad opera del d.l. n. 201/2011) di benefici fiscali, consistenti in deduzioni ai fini Irap nei confronti delle lavoratrici assunte con contratto a tempo indeterminato<sup>345</sup>; e come lo "sconto" sui contributi a carico del datore di lavoro (concesso dalla l. n. 92/2012) in caso di assunzione, anche con contratto a tempo determinato e in somministrazione – oltre che di lavoratori con almeno 50 anni di età e disoccupati da almeno un anno – di «donne di qualsiasi età» prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno due anni o da almeno sei mesi se residenti in regioni beneficiarie dei fondi strutturali e comunitari o appartenenti alla categoria dei lavoratori svantaggiati. Non possono, del resto, definirsi entusiasmanti neppure le conseguenze prodotte da misure di carattere neutro ma capaci, almeno potenzialmente, di incidere in maniera significativa anche sull'occupazione femminile: è il caso dell'art. 1, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99, che – in tempi ancora più recenti – ha previsto uno sconto fiscale per i datori di lavoro che assumano con contratti di lavoro a tempo indeterminato giovani tra i 18 e i 29 anni disoccupati da almeno sei mesi e privi di diploma<sup>346</sup>.

Sulla base di tale andamento, pare al momento difficile immaginare che la nuova misura della decontribuzione totale prevista dalla legge di stabilità per il 2015<sup>347</sup>, per un periodo massimo di trentasei mesi e con riferimento alle nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato, possa andare incontro ad una sorte più fortunata. Visti gli scarsi risultati finora ottenuti, prima di insistere ulteriormente su tale strada, procedendo alla «razionalizzazione degli incentivi all'assunzione esistenti» così come vorrebbe l'art. 1, comma 4, lett. a, della legge delega n. 183/2014, sarebbe dunque bene soffermarsi a riflettere sulle ragioni del *flop* registrato dallo strumento degli incentivi (su cui v. Pini 2013; Giubileo 2013). In parte dovuto alle numerose difficoltà incontrate nella presentazione della domanda, tale fallimento pare essere il frutto della debolezza di una politica del lavoro basata su misure economiche temporanee, incapace di affrontare i nodi strutturali del costo del lavoro, nonché della lenta ripresa dei consumi e del clima di sfiducia per un futuro incerto che difficilmente invoglia gli imprenditori a procedere a nuove assunzioni, specie se a tempo indeterminato: seppure agevolate, queste ultime restano infatti poco allettanti in

<sup>344</sup> Secondo i dati forniti dal Ministero del lavoro, su un totale di 24.581 domande accolte, soltanto 2.591 hanno dato luogo a nuove assunzioni.

<sup>345</sup> Art. 11, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, così come modificato dall'art. 2, co. 2, lett. a e b del d.l. 201/2011, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214. Il beneficio fiscale era inoltre incrementato per le donne assunte nelle regioni del Mezzogiorno.

<sup>346</sup> Secondo il Ministero del lavoro, la misura introdotta con la l. n. 92/2012 ha consentito l'assunzione di 6.500 donne, di cui 4.500 solo nel Mezzogiorno, mentre gli incentivi previsti dal d.l. n. 76/2013 hanno determinato la presentazione di 18.000 domande, il cui 38% ha riguardato donne (7.000 domande per assunzioni a tempo indeterminato di giovani donne fino a 29 anni, di cui 2.700 solo nel Mezzogiorno): sarebbero dunque «quasi 14.000 le donne che hanno trovato lavoro grazie all'azione del Governo». Peccato, però, che gli obiettivi prefissati dal legislatore fossero molto più elevati: il ministro Giovannini, nel presentare la misura introdotta nel d.l. n. 76/2013, aveva infatti dichiarato di voler raggiungere il traguardo di 200.000 nuove assunzioni.

<sup>347</sup> V. l'art. 1, comma 118, della l. 23 dicembre 2014, n. 190.

tempo di crisi, tanto più in un contesto caratterizzato dal progressivo allentamento dei vincoli – già di per sé morbidi – di altre tipologie contrattuali.

### 2.1... (segue) e il rimaneggiamento delle tipologie contrattuali: a) il contratto a termine

L'allentamento dei vincoli delle tipologie contrattuali non *standard* rientra, peraltro, proprio fra le vie imboccate negli ultimi tempi dal legislatore al fine di incrementare l'occupazione. Senza qui soffermarsi sull'effettiva congruità fra lo strumento adottato e lo scopo perseguito<sup>348</sup>, preme rilevare come le innovazioni introdotte in tale delicato campo – seppur di carattere neutro – possano produrre conseguenze rilevanti sull'occupazione femminile: tenendo conto che la stipulazione di contratti atipici riguarda in misura prevalente le giovani generazioni ed in particolare la componente femminile<sup>349</sup>, è chiaro che proprio sulla “quota rosa” del mercato del lavoro rischiano di ripercuotersi in maniera maggiormente rilevante gli effetti della sostanziale liberalizzazione dei contratti di lavoro a termine<sup>350</sup>, a cui aveva dato il via l'art. 1 della l. n. 92/2012 e poi portata all'estremo dal Governo Renzi all'indomani del suo insediamento (mediante l'art. 1 del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78).

Se si considera che già l'esclusione dell'obbligo di indicare la ragione di carattere obiettivamente temporaneo giustificatrice del termine in relazione al primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi aveva innescato un maggior ricorso a tale tipologia contrattuale<sup>351</sup>, non stupisce il dato secondo cui nel primo periodo di applicazione del d.l. n. 34/2014 il rapporto differenziale fra la sottoscrizione di contratti a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato è cresciuto ulteriormente<sup>352</sup>. Con buona pace del principio secondo cui «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro» (art. 1, co. 01, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368), la generalizzazione dell'acausalità del contratto a termine incentiva infatti un'utilizzazione enormemente prolungata di tale tipologia contrattuale, dando luogo alla «creazione di condizioni di “precarietà semi permanente”» (Cgil 2014, p. 21) in

<sup>348</sup> L'esperienza pratica «ha evidenziato che lo strumento della flessibilità è alquanto delicato e non sempre conduce alla destinazione sperata: il tasso di disoccupazione non ha invertito il suo percorso di crescita e il mercato del lavoro è rimasto duale e iniquo» nonostante la progressiva liberalizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato (così Zilio Grandi, Sferazza 2014b, p. 13). Sul punto v. Cgil 2014, p. 9, che nel fornire interessanti dati in materia rileva come – nonostante il processo di precarizzazione dei giovani occupati sia quasi tre volte superiore a quello europeo – «il tasso di disoccupazione giovanile non solo non ha arrestato la sua crescita, ma è addirittura aumentato con ritmi ancora più accentuati».

<sup>349</sup> Dal *Rapporto Istat 2013* emerge infatti che il lavoro atipico rimane più diffuso tra le donne (14,6% in confronto al 10,6% degli uomini) e che circa la metà dei lavoratori precari ha un'età compresa tra i 30 e i 49 anni; molti di questi, inoltre, hanno responsabilità familiari (36%). Cfr. Altieri, Ferrucci, Dota 2008; Villa 2010, pp. 349 s.

<sup>350</sup> Giova a questo proposito segnalare che, nella denuncia presentata alla Commissione europea volta a contestare la legittimità comunitaria del d.l. n. 34/2014, la Cgil ha rilevato fra i profili critici anche la possibile violazione della direttiva 2006/54/CE sulle pari opportunità e la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: secondo il sindacato, infatti, tale testo normativo, «nella misura in cui aumenta la possibile estensione dei contratti di lavoro a termine, accresce l'esposizione delle donne e dei giovani al rischio della precarietà, con un sicuro effetto di aggravamento della situazione di svantaggio già esistente sia per le donne rispetto ai maschi, sia per i giovani rispetto alle altre classi di età» (Cgil 2014, p. 44).

<sup>351</sup> L'incidenza dei contratti a tempo determinato sul totale degli avviamenti è passata dal 62,3% del II trimestre 2012 al 67,3% del IV trimestre del medesimo anno: Isfol 2014. Sul punto v. Varesi 2014.

<sup>352</sup> Secondo i dati forniti dal Sistema Informativo delle Comunicazioni Obbligatorie del Ministero del Lavoro, nel secondo trimestre 2014 circa il 70% delle assunzioni ha dato luogo alla sottoscrizione di contratti a tempo determinato (per un totale di 1.848.147 unità), mentre solo il 15,2% dei nuovi rapporti di lavoro ha condotto alla firma di contratti a tempo indeterminato (pari a 403.036 unità).

aperto contrasto con le finalità e l'impostazione perseguita dalla Direttiva 1999/70 che, com'è noto, considera la stabilità dell'occupazione «elemento portante della tutela dei lavoratori»<sup>353</sup>.

Tale effetto può solo in parte essere mitigato dall'introduzione della clausola di contingentamento che limita il numero di contratti a termine stipulati in azienda a non più del 20% dei rapporti a tempo indeterminato (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dal d.l. n. 34/2014), pena l'operatività di una sanzione di tipo amministrativo da applicarsi – secondo l'interpretazione prevalente, non condivisa però dal Ministero del lavoro nella circolare del 30 luglio 2014, n. 18 – in aggiunta a quella della conversione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato<sup>354</sup>. Oltre a conoscere numerose eccezioni<sup>355</sup>, tale soglia risulta infatti derogabile dalla contrattazione collettiva (art. 10, co. 7, d.lgs. n. 368/2001) che, peraltro, prima del più recente intervento normativo aveva spesso introdotto limiti quantitativi in materia senza che l'utilizzo di tale strumento si rivelasse efficace nel porre un consistente argine alla diffusione dei rapporti a termine: non poche sono infatti le difficoltà ravvisate nell'esercitare un effettivo controllo, specie nelle piccole imprese ove non sono presenti le rappresentanze sindacali dei lavoratori (Ballestrero 2014, p. 14).

Paradossale pare poi la dichiarazione d'intenti del più recente legislatore, secondo cui proprio l'estensione all'intero corso del contratto a termine della regola dell'acausalità avrebbe dovuto incentivare l'innalzamento della durata media dei rapporti di lavoro<sup>356</sup>, che – secondo i più recenti dati – si attesta drammaticamente al di sotto di un mese<sup>357</sup>: a ben vedere, tuttavia, il d.l. n. 34/2014 non solo non ha posto in essere strumenti capaci di invertire tale preoccupante andamento, ma ha finito per incentivare ulteriormente i datori di lavoro ad avvalersi di contratti a termine di durata brevissima. In particolare, il significativo innalzamento del numero massimo di proroghe del termine realizzato dal d.l. n. 34/2014 – che, com'è noto, consente di rinviare la scadenza del contratto, nell'arco di un triennio, non più una sola volta ma per ben cinque volte «independentemente dal numero dei rinnovi» (art. 4, d.lgs. n. 368/2001 come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. *b*, del d.l. 34/2014) – imprime infatti «una particolare flessibilità organizzativa che [...]

<sup>353</sup> Cgue 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold vs. Helm*, in *Racc.*, 2005, p. 9981, punto 64 della motivazione. La probabile illegittimità comunitaria del decreto è rilevata, fra gli altri, da Ballestrero 2014, p. 13; Mariucci 2014, p. 27; cfr. anche Gragnoli 2014, p. 435, secondo cui «la difesa del decreto n. 34 del 2014 non si annuncia facile per lo Stato italiano».

<sup>354</sup> In sede di conversione del d.l. 34/2014, il legislatore più recente ha previsto una sanzione di carattere amministrativo in caso di violazione della clausola di contingentamento (v. il nuovo art. 5, co. 4 *septies*, d.lgs. n. 368/2001), con l'evidente intento di escludere l'operatività di qualunque altra conseguenza sul piano civilistico in caso di violazione della norma. Da più parti è stata tuttavia rilevata la mancanza di qualsiasi riferimento, diretto o indiretto, al superamento del sistema della conversione, sanzione tipica del contratto a termine non conforme a legge: sul punto v. Zilio Grandi, *Sferrazza* 2014b, pp. 18 ss.; Tiraboschi, Tomassetti 2014, p. 12.

<sup>355</sup> Oltre a non operare nei confronti dei datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti (art. 1, co. 1), il limite quantitativo non trova applicazione neanche per i contratti stipulati da istituti pubblici o privati di ricerca (art. 10, co. 5 *bis*) nonché nei casi elencati dall'art. 10, co. 7, d.lgs. n. 368/2001.

<sup>356</sup> Così il Ministro Poletti, nel suo intervento al convegno *Tuttolavoro. Il nuovo progetto-lavoro per la ripresa*, organizzato a Milano il 19 maggio 2014 da *Il Sole 24 Ore*.

<sup>357</sup> Secondo i dati forniti dal Sistema Informativo delle Comunicazioni Obbligatorie del Ministero del Lavoro, nel secondo trimestre 2014 ben 955.771 contratti di lavoro a termine (pari al 39,3% del totale) hanno avuto una durata inferiore al mese (in 574.267 casi la durata è stata inferiore a tre giorni, mentre nei restanti 381.504 casi la durata è stata compresa fra i quattro e i trenta giorni). Sono 348.688 i contratti che hanno avuto una durata compresa fra i due e i tre mesi e 744.324 quelli che si sono estesi per più di quattro mesi, mentre la soglia annuale è stata superata soltanto dal 15,7% dei contratti (pari a 381.404 unità).

non ha precedenti nella storia della disciplina del contratto a termine», offrendo al datore di lavoro «uno strumento duttile» (Albi 2014, p. 126) per mezzo del quale variare la durata del rapporto di lavoro a seconda del mutare delle sue esigenze. Un freno alla crescita esponenziale delle proroghe potrebbe ad ogni modo essere ravvisato nell'inciso introdotto dal più recente legislatore, secondo il quale il limite massimo di cinque proroghe opera «nell'arco dei complessivi trentasei mesi» e «indipendentemente dal numero dei rinnovi», dovendo dunque essere computato in relazione non ai singoli contratti ma all'intera catena di rapporti di lavoro<sup>358</sup>. Tale limite sembrerebbe tuttavia facilmente aggirabile, giacché – secondo il Ministero – «qualora il nuovo contratto a termine non preveda lo svolgimento di mansioni equivalenti, le eventuali precedenti proroghe non dovranno essere contabilizzate» (circolare del 30 luglio 2014, n. 18), con la conseguenza che sarebbe sufficiente mutare l'oggetto del contratto al momento dell'instaurazione di ogni nuovo rapporto per poter ripartire da capo con il computo delle proroghe: salva restando, naturalmente, la possibilità di provare in giudizio che la sequenza complessiva di assunzioni si è sviluppata in frode alla legge.

Se si considera, inoltre, che il rispetto degli intervalli minimi fra un contratto a termine e l'altro previsti dalla legge può essere derogato dalle parti sociali, rendendo così ancora più agevole la successione di contratti a termine (art. 5, co. 3, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 7, co. 1, lett. c, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 99), pare chiaro che – inanellando proroghe e rinnovi – il datore di lavoro è messo nella condizione di poter fare affidamento sul medesimo lavoratore per un periodo decisamente lungo (giacché l'elevata soglia triennale può essere ulteriormente innalzata<sup>359</sup>) pur sottoscrivendo contratti di breve durata, le cui periodiche scadenze consentono di valutare ad intervalli regolari l'opportunità di "liberarsi" di lavoratori considerati non più utili in relazione non soltanto al mutare delle necessità produttive o a causa di *performance* giudicate non positive, ma anche in seguito all'insorgere di fattori capaci di incrementare gli oneri del rapporto, fra cui rientra certamente la sopravvenienza di una maternità (Cusin 2014).

Pare evidente che un simile modello – oltre a rivelarsi una scelta «miope» (Ricci 2014, p. 15), che rischia di incidere negativamente sulla produttività dell'impresa e sfavorire un'organizzazione efficiente del mercato del lavoro – determina l'«ovvia sudditanza» del lavoratore (Gagnoli 2014, p. 433) e, ancor più, della lavoratrice. È chiaro, infatti, che la possibilità di sottoscrivere contratti brevi di volta in volta prorogabili o rinnovabili consente l'aggiramento del divieto di licenziamento nel periodo protetto che va dall'inizio della gravidanza fino al compimento del primo anno di vita del figlio (Saraceno 2014, p. 29; Santos Fernández 2008, p. 690). Pur non potendo essere a questo equiparato da un punto di vista squisitamente giuridico, la giurisprudenza dell'Unione europea ha ad ogni modo chiarito che «in determinate circostanze, il mancato rinnovo di un contratto a tempo determinato può essere considerato alla stregua di un rifiuto di assunzione» che, «qualora

<sup>358</sup> Tale interpretazione è accolta anche da Albi 2014, p. 126; Tiraboschi, Tomassetti 2014, p. 3; Zilio Grandi, Sferrazza 2014a, p. 4.

<sup>359</sup> Il limite di trentasei mesi è infatti solo apparente, non solo perché modificabile dai contratti collettivi di qualsiasi livello (art. 5, co. 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001) ma anche perché ai fini del suo superamento rilevano soltanto le assunzioni effettuate per lo svolgimento di mansioni equivalenti. Va, infine, ricordato che è possibile stipulare un ulteriore contratto a termine fra le stesse parti seguendo il particolare *iter* procedurale definito dall'art. 5, co. 4 *bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

sia motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso»<sup>360</sup>. Le difficoltà probatorie ravvisabili da colei che intenda contestare la legittimità della condotta del datore di lavoro sono però evidenti (Gottardi 2002, p. 658; Santos Fernández 2008, p. 689; Stenico 2010, p. 441) e risultano testimoniate dalla pressoché totale assenza nei repertori di giurisprudenza di ricorsi in materia<sup>361</sup>. La conseguenza rischia dunque di essere il continuo posticipo delle scelte procreative delle giovani donne assunte con contratti a termine di brevissima durata (Berton, Richiardi, Sacchi 2009, p. 65), che restano congelate nell'attesa di raggiungere – se non una stabilità lavorativa – quantomeno una condizione di precarietà meno fra-stagliata.

Quest'ultimo orizzonte sembra tuttavia destinato ad allontanarsi ulteriormente con la prevista introduzione nel nostro ordinamento – come risulta dall'art. 1, comma 7, lett. c, della legge delega n. 183/2014 – del contratto a tutele crescenti. Pur essendo prematuro formulare valutazioni in merito, attenendosi ai (generici) criteri direttivi forniti dal legislatore delegante e a quanto emerge dalla bozza di decreto attuativo presentata dal Governo, è infatti possibile ipotizzare che l'utilizzo di una tipologia contrattuale formalmente di durata indeterminata ma priva di ogni garanzia in ordine alla continuità lavorativa<sup>362</sup> rischierà di coniugarsi con estrema difficoltà alla possibilità per i dipendenti di formulare un proprio progetto di vita.

In controtendenza con tale andamento si pone, tuttavia, la disposizione che ha previsto il computo del congedo di maternità intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine nel periodo di attività lavorativa pari a sei mesi utile al conseguimento del diritto di precedenza in caso di assunzioni a tempo indeterminato o di nuove assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi (art. 5, co. 4 *quater*, d.lgs. n. 368/2001, così come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b *quinquies*, d.l. n. 34/2014). Pur incontrando un limite rilevante

<sup>360</sup> Cgue 4 ottobre 2001, C-438/99, *Jiménez Melgar vs. Ayuntamiento de Los Barrios*, in *Racc.*, 2001, p. 6915, punti 45, 46 e 47 della motivazione. La profonda differenza esistente fra l'illegittima apposizione di un termine al contratto di lavoro e l'illecita interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato è rimarcata anche dalla sentenza Cgue 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carmela Carratù vs. Poste italiane spa*, non ancora pubblicata in *Racc.*

<sup>361</sup> Santos Fernández 2008, p. 703, riferisce del fallimentare tentativo operato nel caso deciso dal Trib. Napoli 29 novembre 2006, inedita: è stato infatti ritenuto infondato il ricorso della lavoratrice che, al fine di dimostrare il carattere discriminatorio del mancato rinnovo del contratto a termine, aveva rimarcato i numerosi encomi ricevuti durante l'espletamento delle funzioni quale indice delle sue capacità lavorative e aveva inoltre rilevato come tutti gli altri rapporti a termine giunti in scadenza nel medesimo periodo fossero stati oggetto di rinnovo. Secondo il Tribunale di Napoli, il mancato rinnovo sarebbe stato tuttavia giustificabile alla luce di esigenze di contenimento della spesa, mentre la scelta di rinnovare gli altri contratti a termine sarebbe derivata dall'ampio margine di discrezionalità di cui gode il datore di lavoro; il giudice ha infine sottolineato come la domanda di rinnovo di un contratto scaduto non consente di individuare alcuna posizione giuridica qualificata, ma semplicemente una mera aspettativa di fatto.

<sup>362</sup> L'art. 1, co. 7, lett. c, della l. n. 183/2014 delega infatti il Governo a introdurre il «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento». Per un primo commento alla bozza di decreto legislativo presentata dal Governo il 24 dicembre 2014 v. Carinci 2015, p. 65 ss. e Marazza 2015. Per una riflessione sulla «concorrenza» che potrebbe venirsi a creare tra contratti di lavoro a termine e contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti v. in particolar modo Speciale 2014, p. 18 ss., secondo cui nel nuovo contesto normativo si potrebbe assistere ad un ulteriore processo di incremento della precarietà giacché il datore di lavoro, facendo fronte a un «modesto costo contributivo aggiuntivo dell'1,4%», potrebbe essere indotto «ad utilizzare per tre anni un lavoratore con rapporti a termine», assumendo poi «la stessa persona con un contratto a tutele crescenti, per poi licenziarla dopo un certo numero di anni, fino a quando il costo del licenziamento non diventi eccessivamente oneroso» (p. 20).

nel fatto che il diritto di precedenza opera soltanto qualora le mansioni oggetto del nuovo contratto siano esattamente le medesime già espletate nello svolgimento dei precedenti rapporti a termine, tale innovazione pare costituire un significativo passo in avanti nel rafforzamento della posizione lavorativa delle giovani donne, introducendo un ulteriore tassello nel quadro di tutele già riconosciute alle lavoratrici precarie (su cui Izzi 2005, pp. 78 s.), fra cui val la pena ricordare il diritto ad ottenere il riconoscimento dell'indennità di maternità anche in caso di risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine avvenuta durante il periodo di congedo, nonché qualora siano trascorsi non più sessanta giorni tra l'inizio del periodo di maternità e l'inizio dello stato di disoccupazione o di sospensione del rapporto<sup>363</sup>. Tenendo conto di tale positiva innovazione, sembra dunque di poter affermare che, nel rimettere mano alla disciplina del contratto a termine, il legislatore più recente non sia stato completamente cieco dinnanzi alle necessità delle lavoratrici precarie; proprio perché consapevole delle esigenze di queste ultime, la chiusura degli occhi dinnanzi ai potenziali effetti sul genere femminile della liberalizzazione del contratto a termine pare però ancora più colpevole.

## 2.2. b) Il *part-time*

Se nel rimettere mano alla disciplina del contratto a termine il legislatore ha dunque mostrato un atteggiamento contraddittorio, le esigenze delle lavoratrici sembrano essere state tenute in maggiore considerazione in materia di *part-time*, giacché la l. n. 92/2012 ha ripristinato – almeno in parte – il diritto di ripensamento originariamente riconosciuto dall'art. 3, co. 10, del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 ai lavoratori che avessero sottoscritto clausole relative al cambiamento della collocazione dell'orario di lavoro originariamente pattuita.

Com'è noto, il legislatore dell'epoca – tenendo conto che la disponibilità del singolo alla flessibilità dell'orario può mutare durante lo svolgimento del rapporto di lavoro e che la sua volontà può essere oggetto di pressioni da parte del datore di lavoro (specie quando le forme di flessibilità organizzativa siano concordate in sede di assunzione) – aveva infatti predisposto un sistema normativo di «rigidità [...] a struttura flessibile» (Bolego 2000, p. 459), attribuendo alle parti del rapporto di lavoro la possibilità – previa autorizzazione da parte dei contratti collettivi applicati dal datore di lavoro interessato – di variare la collocazione della prestazione lavorativa (art. 3, commi 7 e 9, d.lgs. n. 61), riconoscendo ai dipendenti, in presenza di documentate ragioni e nel rispetto delle modalità dettate dalla legge, la possibilità di «denunciare» il patto di elasticità così da ottenere che il rapporto continuasse secondo l'orario pattuito nel contratto di lavoro. Oltre ad essere posto a garanzia della genuinità e della persistenza nel tempo del consenso del lavoratore, tale diritto era funzionale ad evitare che la disciplina del *part-time* producesse effetti indirettamente discriminatori nei confronti delle donne: è noto, infatti, che l'obiettivo di conciliare le responsabilità familiari con lo svolgimento di un'attività lavorativa retribuita – che induce specie le donne ad accettare rapporti di lavoro a tempo parziale – risulta compromesso in presenza di forme troppo flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, soprattutto qualora tale flessibilità sia irreversibile. A distanza di soli tre anni il legislatore era tuttavia tornato sui propri passi, eliminando l'ago della bilancia posto originariamente per riequilibrare i rapporti di forza fra lavoratore e datore (ad opera dell'art. 46, co. 1, d.lgs. n. 276/2003).

<sup>363</sup> Art. 24 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151. Oltre tale limite, la lavoratrice ha diritto all'indennità di maternità qualora goda del trattamento di disoccupazione, in sostituzione di quest'ultimo, oppure qualora dall'inizio del congedo di maternità non siano trascorsi più di centottanta giorni dalla data di risoluzione del rapporto e nell'ultimo biennio abbia versato ventisei contributi settimanali.

Negli anni successivi, la regolamentazione delle clausole elastiche e flessibili è stata oggetto di continui ripensamenti del legislatore, che hanno dato luogo ad un *puzzle* confuso (sul punto sia consentito rinviare a Fenoglio 2012, pp. 208 s.). In tale pasticciato quadro normativo si è da ultimo inserita la l. n. 92/2012, con la quale è stata ripristinata – sebbene in maniera poco coraggiosa (De Simone 2012, p. 600) – la facoltà per il lavoratore di revocare il consenso precedentemente prestato a modalità elastiche o flessibili di svolgimento del rapporto di lavoro: tale diritto è stato tuttavia riconosciuto *ex lege* soltanto a coloro che siano portatori di esigenze conciliative di rilievo particolare (art. 3, commi 7 e 9, d.lgs. n. 61/2000); spetta viceversa alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale o aziendale, il dovere di bilanciare esigenze dei lavoratori e interessi imprenditoriali, estendendo tale protezione a tutti i lavoratori (art. 3, co. 7, punto 3 *bis*, d.lgs. n. 61/2000). Seppur avvalendosi delle parti sociali, il legislatore pare dunque aver finalmente ripreso coscienza della necessità di garantire ai lavoratori la possibilità di variare la propria disponibilità ad un'organizzazione flessibile del tempo di lavoro a seconda del mutare delle proprie esigenze, tutelando così il diritto a conciliare l'attività lavorativa con quella di cura.

Questo non significa che non sia necessario un nuovo intervento di *maquillage* per migliorare le potenzialità conciliative insite nel contratto a tempo parziale, eventualmente sul modello di quanto sinora realizzato dalle parti sociali, che non di rado hanno ripristinato in sede contrattuale la sostanza degli aspetti più significativi dell'originaria normativa del 2000, così da attribuire particolare rilievo alle esigenze personali e familiari dei lavoratori (Fenoglio 2012, pp. 212 ss.). In particolare, potrebbe rivelarsi utile l'introduzione di qualche aggiustamento in materia di trasformazione del contratto da tempo pieno a parziale. Com'è noto, l'art. 5, co. 3, del d.lgs. n. 61 prevede l'obbligo per il datore di lavoro che intenda procedere a nuove assunzioni a tempo parziale di prendere in considerazione le domande di trasformazione del rapporto avanzate dai dipendenti a tempo pieno<sup>364</sup>, affidando alla contrattazione collettiva il compito di individuare i criteri applicativi in materia: compito che le parti sociali non di rado assolvono riconoscendo un vero diritto alla trasformazione in presenza di esigenze conciliative particolarmente rilevanti, ma nel rispetto di franchigie prefissate<sup>365</sup>, così da bilanciare le esigenze dei lavoratori con le necessità organizzative dell'impresa. La previsione di un tetto massimo al numero di rapporti di lavoro a tempo parziale rispetto al totale dei dipendenti assunti a tempo pieno rischia tuttavia di avere effetti controproducenti: non di rado, infatti, la quota massima di *part-timers* è occupata da lavoratrici che, una volta ottenuto il passaggio, non tornano più al tempo pieno neanche quando i figli sono ormai adulti e le esigenze conciliative si sono attenuate. Utile al fine di evitare che il lavoratore resti "ingabbiato" in un rapporto di lavoro a tempo parziale anche quando questo non soddisfi più le sue esigenze è senz'altro la previsione con cui talvolta le parti sociali riconoscono il diritto al ritorno al *full-time* a richiesta del lavoratore oppure ammettono la possibilità per le parti di prevedere la durata massima della riduzione dell'orario. Per evitare che sia proprio il lavoratore in questione a non voler far ritorno ad un orario di lavoro a tempo pieno, impedendo così di fatto ai colleghi con esigenze conciliative maggiormente pressanti di beneficiare della riduzione oraria,

<sup>364</sup> Per una riflessione sulle modifiche apportate nel tempo a tale disposizione e, più in generale, alle norme regolanti entrambe le direzioni di trasformazione del contratto v. Delfino 2008, pp. 231 ss.; Fenoglio 2012, pp. 202 ss. Vale comunque qui la pena segnalare che – benché l'art. 46, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 abbia eliminato il dovere del datore di lavoro di motivare l'eventuale diniego della domanda – l'obbligo di giustificare l'eventuale rifiuto opposto alla richiesta di trasformazione continua a sussistere, potendo trovare fondamento nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede (Del Punta 2004, p. 519).

<sup>365</sup> V., ad esempio, l'art. 4, sez. IV, Tit. I, del Ccnl per i metalmeccanici del 5 dicembre 2012.

sarebbe ad ogni modo opportuno far qualcosa di più: ad esempio, prevedere una sorta di diritto al *part-time* a rotazione, fissando un periodo di tempo oltre il quale il diritto in questione può essere ridiscusso, soppesando le esigenze delle *part-timers* storiche con quelle di coloro che hanno da poco presentato richiesta. Si eviterebbe così che l'effettività del diritto alla conciliazione sia regolata dalla sorte o, meglio, dal principio secondo cui "chi tardi arriva male alloggia".

Nel ragionare su tale questione non si può tuttavia fingere di non vedere che il lavoro a tempo parziale sta gradualmente cambiando vocazione: da contratto storicamente deputato a promuovere l'occupazione delle donne, con il beneplacito del legislatore<sup>366</sup> il *part-time* sta infatti divenendo perlopiù uno strumento di flessibilità organizzativa con cui far fronte a contrazioni dell'attività produttiva. Come attestano i dati più recenti, secondo cui all'incremento della quota di lavoratori occupati a tempo parziale registratosi negli ultimi anni corrisponde la costante diminuzione del numero di coloro che scelgono liberamente tale tipologia<sup>367</sup>, la diffusione del lavoro a tempo parziale sempre più spesso riflette «non tanto le caratteristiche dell'offerta [...], quanto piuttosto le strategie occupazionali messe in atto dalle imprese» (Villa 2005, p. 217). Il silenzio su tale delicato punto da parte del c.d. *Jobs act*, che nella corposa delega legislativa in materia di *work-life balance* neppure menziona il contratto di lavoro a tempo parziale (v. *infra*, § 3.1), è dunque particolarmente deludente: in assenza di una correzione di rotta, si fa così concreto il rischio che il principio di origine europea della volontarietà del *part-time* – fiore all'occhiello di tale tipologia contrattuale – sia lasciato appassire nel nome della salvaguardia delle esigenze di mercato<sup>368</sup>.

### 3. Le misure a sostegno della conciliazione: un bilancio

Se si considera che la difficoltà di contemperare l'attività lavorativa con la vita familiare costituisce la principale ragione di rinuncia allo svolgimento di un'attività lavorativa per un numero considerevole di donne (v. *infra*, § 4), la crescente attenzione riservata negli anni a tale problema appare senz'altro apprezzabile. Si sta infatti diffondendo sempre più la consapevolezza che la possibilità

<sup>366</sup> Va infatti letta in tal senso l'eliminazione del requisito della convalida amministrativa del patto di trasformazione da contratto *full-time* a *part-time* operata dall'art. 22, comma 4, l. 12 novembre 2011, n. 183: sul punto v. Fenoglio 2012, pp. 206 ss, ove si è cercato di mostrare l'esistenza di una correlazione fra i mutamenti legislativi che hanno riguardato tale tipologia contrattuale e l'incremento del tasso di involontarietà del *part-time*. A tal proposito va inoltre ricordato «il "tramonto"» (Brollo 2015, p. 34) nel settore pubblico del diritto alla trasformazione automatica del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* segnato dall'art. 73 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha attribuito al datore di lavoro pubblico un potere di valutazione discrezionale della domanda di *part-time*, subordinando l'accoglimento di quest'ultima alla mancanza di pregiudizio per il buon andamento dell'organizzazione. Nel medesimo solco si inserisce l'art. 16 della l. 4 novembre 2010, n. 183, che ha consentito alle amministrazioni pubbliche, per un periodo transitorio di sei mesi, di «sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati» nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede: disposizione, quest'ultima, che ha recentemente superato il vaglio della Corte di giustizia (v. la sentenza Cgue 15 ottobre 2014, C-221/13, *Teresa Mascellani vs. Ministero della Giustizia*, non ancora pubblicata in *Racc.*, per un commento alla quale v. Brollo 2015, p. 32 ss.).

<sup>367</sup> Secondo dati Istat, nel quarto trimestre del 2013 l'incidenza del *part-time* involontario sul totale dei lavoratori a tempo parziale era pari al 62,2%.

<sup>368</sup> Il principio di volontarietà esce peraltro indebolito anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale la direttiva «non impone agli Stati membri di adottare una normativa che subordini al consenso del lavoratore la trasformazione del suo contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno»: Cgue C-221/13, *Mascellani, cit.*, punto 23 della motivazione. Sul punto v. Alessi 2014, pp. 135 ss.; Brollo 2015, p. 32 ss.

per le donne di adempiere alla loro «essenziale funzione familiare» (art 37 Cost.)<sup>369</sup> senza al contempo rinunciare allo svolgimento di una attività lavorativa passa attraverso un'ottimale programmazione dei tempi di vita: esigenza ravvisata «espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*», ma che sussiste, «anche se in maniera meno pressante, [pure] all'interno del rapporto di lavoro a tempo pieno». Nell'affrontare il delicato tema della conciliazione fra vita e lavoro, non va infatti dimenticato che la Corte di Cassazione ha riconosciuto «una sua specifica importanza»<sup>370</sup> al tempo libero, introducendo alcuni rilevanti limiti al potere dell'imprenditore di variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa<sup>371</sup>. Fondamentale si rivela, dunque, il riconoscimento in capo al lavoratore dell'interesse al mantenimento del medesimo orario di lavoro in considerazione di particolari esigenze familiari<sup>372</sup> e del corrispondente obbligo per il datore di lavoro di «favorire il contemperamento delle esigenze professionali e di quelle familiari della donna lavoratrice»<sup>373</sup>, cooperando «in buona fede per l'assegnazione dei dipendenti a turni di lavoro compatibili con le loro esigenze familiari, specie quando la determinazione di un orario piuttosto che di un altro non comporti, per l'azienda, modifiche organizzative»<sup>374</sup> e comunicando eventuali variazioni dell'orario con congruo anticipo per permettere al dipendente una «ragionevole programmazione del proprio tempo in relazione agli impegni lavorativi»<sup>375</sup>.

Pur certamente lodevoli, le interpretazioni proposte dalla giurisprudenza non sono però da sole sufficienti a garantire un effettivo bilanciamento fra lavoro e vita privata, per il quale risulta indispensabile poter usufruire di misure conciliative efficaci: benché la direzione intrapresa dal legislatore, più volte intervenuto sul punto, sia senz'altro corretta, ciò non significa che gli interventi riformatori fin qui introdotti non presentino tuttavia significative criticità.

Anzitutto, l'attribuzione alla lavoratrice madre – prevista dall'4, co. 24, lett. *b*, l. n. 92/2012 – di *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* o per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati da utilizzare negli undici mesi successivi al congedo obbligatorio, per un massimo di sei mesi (art. 5, d.m. 22 dicembre 2012; cfr. la circolare dell'Inps n. 48 del 28 marzo 2013 e, da ultimo, il d.m. 28 ottobre 2014), rischia di disincentivare le madri lavoratrici dall'avvalersi del principale strumento offerto dall'ordinamento italiano per sostenere la genitorialità: la possibilità di ottenere tali *voucher* è infatti subordinata alla rinuncia della lavoratrice ad un mese di congedo parentale a lei spettante per ogni quota mensile richiesta.

<sup>369</sup> Sulla costituzionalizzazione della funzione di cura della donna v. Ales 2008, pp. 533 ss.

<sup>370</sup> Tutte le citazioni che precedono sono tratte da Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, in *MGC*, 2008, p. 776: su tale pronuncia v. Bolego 2008, p. 825. *Contra* Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, in *RGL*, 1994, II, p. 1052.

<sup>371</sup> Sul potere dell'imprenditore di variare unilateralmente la collocazione temporale della prestazione lavorativa (riconosciuto da Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, in *RIDL*, 1993, II, p. 684; Pret. Milano 3 maggio 1994, in *OGL*, 1994, p. 278) v. Fenoglio 2012, pp. 136 ss.

<sup>372</sup> V. Pret. Milano 20 maggio 1992, in *RIDL*, 1993, II, p. 816, con la quale è stato riconosciuto il diritto del lavoratore a far valere esigenze personali ostative al nuovo orario che il datore avrebbe dovuto tenere in considerazione in ottemperanza agli obblighi di buona fede e correttezza.

<sup>373</sup> Pret. Busto Arsizio 20 maggio 1993, in *D&L*, 1994, p. 143, che ha riconosciuto in capo all'imprenditore l'esistenza di «un vero e proprio obbligo di favorire il contemperamento delle esigenze professionali e di quelle familiari della donna lavoratrice», precisando subito dopo che «analogo discorso potrebbe riguardare anche l'uomo, a certe condizioni».

<sup>374</sup> Trib. Lecce, 18 agosto 2003, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Bologna 10 aprile 2007, a quanto consta inedita.

<sup>375</sup> Cass. n. 12962/2008, cit.

Le perplessità che emergono di primo acchito rispetto ad una norma che prevede il baratto fra un'agevolazione economica e un diritto soggettivo accrescono ulteriormente se si considera che lo scambio fra denaro e tempo deve avvenire *hic et nunc*, al termine del congedo di maternità, benché il diritto al congedo parentale possa essere esercitato in un arco di tempo assai dilatato che si estende fino agli otto anni di vita del figlio<sup>376</sup>: ponendo la lavoratrice dinnanzi ad un bivio, la cui scelta condiziona inevitabilmente la sua futura capacità di far fronte alle esigenze di cura del figlio, la norma in questione pare dunque contrastare con lo spirito della direttiva europea sui congedi parentali che riconosce il diritto al congedo ai lavoratori proprio allo scopo di garantire la possibilità per i genitori di prendersi cura dei figli «fino a una determinata età»<sup>377</sup>.

Benché nel corso del primo anno di sperimentazione abbia ottenuto uno scarso successo<sup>378</sup>, la misura introdotta dalla legge Fornero ha ricevuto l'apprezzamento dell'Oil che, nel rapporto *Maternity and Paternity at Work* pubblicato il 13 maggio 2014, ha ravvisato in essa un incentivo per le donne a tornare presto al lavoro al contempo non sacrificando le proprie responsabilità familiari. Tale scopo, tuttavia, avrebbe meglio potuto esser perseguito mediante altre vie, con cui indurre le donne a non prolungare oltremodo l'assenza dal lavoro senza però delegare *in toto* l'attività di cura ad un terzo: è quel che, su suggerimento della direttiva 2010/18<sup>379</sup>, hanno provato a fare alcuni Paesi europei, ove è stato ammesso l'utilizzo del congedo parentale in maniera oraria. È il caso, ad esempio, della Spagna – ove tale possibilità è riconosciuta in relazione al congedo di maternità e paternità, previo accordo con il datore di lavoro<sup>380</sup> – nonché dell'Olanda e del Belgio, Paese – quest'ultimo – ove i lavoratori sono messi nella condizione di scegliere se fruire di un congedo per un periodo continuativo pari a quattro mesi o se dimezzare il proprio orario di lavoro per otto mesi o ridurlo di un quinto per un periodo di venti mesi (Oil 2014, p. 68).

A lungo auspicata anche in Italia<sup>381</sup>, tale misura è stata introdotta con la legge di stabilità per il

<sup>376</sup> È quantomeno curioso notare come lo stesso Governo in seno al quale tale norma ha visto la luce avesse segnalato – nel *Piano nazionale per la famiglia*, presentato dal Consiglio dei Ministri il 7 giugno 2012 – l'opportunità di innalzare addirittura a diciotto anni il periodo entro il quale i genitori possono usufruire del congedo parentale, rimarcando l'importanza di «dare copertura alle esigenze connesse ad una fase evolutiva particolarmente complessa del minore, [...] che richiedono un più assiduo supporto familiare».

<sup>377</sup> V. la clausola 2 dell'accordo quadro in materia di congedo parentale recepito dalla direttiva 2010/18 adottata l'8 marzo 2010. In tal senso cfr. Gottardi 2012a, p. 617, a cui si rinvia per un'analisi dettagliata dei numerosi profili critici della norma in questione. Per un giudizio maggiormente positivo v. Brollo 2013, pp. 123 s.

<sup>378</sup> Nel 2013 il numero di domande presentate è stato così basso che soltanto un terzo del *budget* annuale di 20 milioni di euro è stato assegnato mediante *voucher*: benché le risorse disponibili consentissero di erogare *voucher* a 11.000 lavoratrici, sono infatti pervenute solo 3.762 domande; sono stati inoltre accreditati soltanto 1.994 asili nidi sulle oltre 8.200 strutture pubbliche e private presenti sul territorio nazionale. Le ragioni di tale insuccesso sono dovute almeno in parte alla scarsa pubblicità che ha accompagnato l'introduzione di tale provvedimento e alle modalità operative previste per la domanda, che doveva essere effettuata esclusivamente in via telematica secondo il meccanismo del *click day*.

<sup>379</sup> Secondo cui «gli Stati membri e/o le parti sociali possono [...] stabilire che il congedo parentale sia accordato a tempo pieno, a tempo parziale, in modo frammentato o nella forma di un credito di tempo, tenendo conto delle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori».

<sup>380</sup> V. gli artt. 48.4.10 e 49 dell'*Estatuto de los trabajadores*. Sul punto cfr. De Heredia Ruiz 2007, pp. 119 s.

<sup>381</sup> La necessità di procedere ad una «verifica della possibilità, per lavoratori e lavoratrici, di usufruire del congedo parentale in modalità di *part-time*, allungandone proporzionalmente la durata compatibilmente con le esigenze di servizio» era rimarcata dall'intesa in materia di «azioni a sostegno delle politiche di conciliazione tra vita e lavoro» sottoscritta il 7 marzo 2011 da Governo e parti sociali ed è stata successivamente ribadita nel *Piano nazionale per la famiglia*, presentato dal Consiglio dei Ministri nel giugno dell'anno seguente.

2013<sup>382</sup>. Dalla sua applicazione potrebbero derivare vantaggi non irrilevanti: anzitutto per la lavoratrice, che può conservare il proprio patrimonio professionale evitando periodi troppo lunghi di assenza dal lavoro, al contempo dedicandosi ai figli per una parte della giornata o della settimana; per il lavoratore padre, poiché – come dimostra la felice esperienza olandese<sup>383</sup> – la possibilità di beneficiare del congedo parentale su base *part-time*, incidendo in maniera meno significativa sul suo reddito, potrebbe indurlo ad usufruire di un diritto a cui, fino ad ora, gli uomini hanno quasi sempre rinunciato; ma anche per le aziende, che dovrebbero far fronte ad assenze dei propri dipendenti di durata assai più breve. Nonostante gli evidenti benefici che possono derivare dal godimento “a ore” del congedo parentale, l’operatività di tale misura è stata tuttavia posta in *stand-by* per alcuni mesi a causa dei dubbi in ordine al livello di contrattazione a cui il legislatore ha affidato il compito di stabilire le modalità operative di utilizzo di tale misura, giacché la norma in questione contiene un generico rinvio alla «contrattazione di settore». Usciti da questa *impasse* in seguito ad una risposta ad interpello con cui il Ministero del lavoro ha chiarito che anche gli accordi di secondo livello sono abilitati ad intervenire in materia<sup>384</sup>, il carattere fortemente innovativo della misura prevista sul finire del 2012 non ha, ad ogni modo, potuto trovare ancora piena esplicazione: poco numerosi sono infatti gli accordi con cui finora le parti sociali hanno garantito l’operatività della norma<sup>385</sup>, che rischia di rimanere così confinata sul mero piano simbolico.

Ed è proprio soltanto sul piano simbolico che può trovare apprezzamento un’altra misura introdotta dal Governo Monti, dalla quale avrebbe tuttavia potuto derivare una profonda revisione capace di reimpostare finalmente «su basi di autentica parità dei genitori rispetto alle esigenze della prole la disciplina dei rapporti di lavoro» (Izzi 2005, p. 339). Com’è noto, l’art. 4, co. 24, lett. a, della l. n. 92/2012 ha affiancato al congedo di paternità operante in caso di morte o grave infermità della madre, già riconosciuto dal d.lgs. n. 151/2001, un congedo di paternità – per così dire – “fisiologico”. Il carattere fortemente innovativo di tale misura risulta tuttavia in gran parte compromesso dalla quantificazione del periodo di astensione cui il padre ha diritto, pari ad un

<sup>382</sup> Art. 32, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 151/2001, così come modificato dall’art. 1, co. 339, lett. a, l. 24 dicembre 2012, n. 228, su cui v. Rivellini 2013, p. 2369.

<sup>383</sup> In Olanda, la possibilità di usufruire del congedo parentale in maniera *part-time* ha inciso notevolmente sull’utilizzo del congedo parentale da parte dei lavoratori padri: se nel 2003 soltanto il 15% esercitava il proprio diritto, nel 2011 si è avvalso del congedo parentale il 27% dei padri lavoratori. Cfr. Oil 2014, p. 68.

<sup>384</sup> V. la risposta del 22 luglio 2013 all’interpello presentato da Cgil, Cisl e Uil. Contraddicendo quanto ivi affermato dal Ministero del lavoro, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha tuttavia precisato che, nel pubblico impiego, è necessario «attendere il recepimento [della norma] attraverso il contratto collettivo di comparto o la contrattazione quadro» (nota prot. n. 45298 del 7 ottobre 2013), bloccando così di fatto la possibilità di usufruire di tale misura di conciliazione. Alla luce di tale *impasse* si spiega probabilmente la scelta del legislatore più recente di delegare il governo ad intervenire in materia, estendendo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni la possibilità di fruizione dei congedi parentali in modo frazionato (art. 1, co. 9, lett. h, del c.d. *Jobs act*).

<sup>385</sup> Si segnala l’accordo integrativo aziendale per il personale dipendente della *Vorwerk Folletto* siglato il 22 aprile 2014, con cui le parti sociali hanno previsto che un mese di congedo parentale equivale a 168 ore di congedo, stabilendo che i lavoratori che scelgono di usufruire del congedo parentale a ore devono garantire una prestazione lavorativa giornaliera non inferiore a tre ore continuative. Maggiormente rigidi sono i vincoli previsti dall’accordo territoriale per i dipendenti degli studi professionali nella provincia autonoma di Bolzano sottoscritto il 20 giugno 2014, secondo cui «l’assenza per il congedo parentale a ore dovrà comunque essere fatta compatibilmente con le esigenze organizzative del datore di lavoro e tenendo conto degli impegni ed esigenze familiari della lavoratrice o del lavoratore. [...] In caso di mancato accordo sulle date e/o le ore di assenza con il datore di lavoro, la lavoratrice o il padre lavoratore potrà usufruire del congedo parentale a ore solamente se garantisce una prestazione lavorativa per almeno la metà delle ore lavorative previste per ogni giornata interessata dal congedo a ore».

giorno entro cinque mesi dalla nascita del figlio, a cui possono eventualmente aggiungersene altri due «anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima». Si tratta evidentemente di ben poca cosa rispetto al congedo di paternità bisettimanale di cui si sta, pur faticosamente, discutendo in seno all'Unione europea nell'ambito della proposta di modifica della direttiva sulla protezione della maternità<sup>386</sup>, nonché rispetto alle disposizioni adottate da altri legislatori europei: benché il carattere obbligatorio del congedo sia riconosciuto soltanto in Portogallo<sup>387</sup>, paiono in effetti piuttosto efficienti i modelli di *welfare* adottati nel nord Europa – ove il congedo di paternità può raggiungere la soglia di tre mesi<sup>388</sup> – e in altri Paesi europei, come Regno Unito, Francia, Spagna, ove la durata del congedo è più modestamente fissata in un periodo, mediamente, pari a due settimane<sup>389</sup>.

Oltre alla durata così breve da apparire irrisoria, del congedo di paternità riconosciuto dalla normativa italiana colpiscono inoltre le modalità di fruizione, basate su di un difficile «gioco a incastro» (Gottardi 2012a, p. 613) fra i periodi di astensione fruiti dalla madre e dal padre. Subordinando la possibilità per il padre di beneficiare dei due ulteriori giorni di congedo alla preventiva rinuncia della madre ad un periodo equivalente di «astensione obbligatoria» dal lavoro, tale disposizione si pone in rotta di collisione con la norma che sanziona penalmente la violazione del divieto di lavoro operante nei due mesi precedenti e nei tre mesi successivi al parto (oppure nel mese precedente e nei quattro successivi; v. artt. 16 e 18, d.lgs. n. 151/2001). Oltretutto, l'effettivo esercizio del diritto al congedo di paternità facoltativo non pare certo incentivato dalla sua qualificazione in veste derivata dalla corrispondente rinuncia della madre: gli adempimenti burocratici necessari per poter esercitare tale diritto – consistenti nell'obbligo di comunicare al datore di lavoro, in forma scritta e con un anticipo di almeno quindici giorni, le date in cui il lavoratore intende fruire del congedo e di allegare alla richiesta una dichiarazione della madre (che deve essere presentata anche al datore di lavoro di quest'ultima) con cui si impegna a non fruire del congedo di maternità a lei spettante per un numero di giorni equivalente a quelli richiesti dal padre (v. la circolare Inps n. 40 del 14 marzo 2013) – paiono infatti sproporzionati rispetto alla

<sup>386</sup> V. la *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 92/85/CEE del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento*, 20 ottobre 2010, COM (2008) 637. Su tale proposta di direttiva e sul suo difficile iter verso l'approvazione v. Gottardi 2012b, pp. 990 ss.

<sup>387</sup> In Portogallo la durata del congedo di paternità è pari a 20 giorni, di cui 10 (a cui se ne aggiungono altri due in caso di parto multiplo) hanno carattere obbligatorio: v. art. 43 del *Código do Trabalho*.

<sup>388</sup> È il caso dell'Islanda: Oil 2014, p. 53.

<sup>389</sup> Nel Regno Unito il *Paternity and Adoption Leave Regulations 2002* riconosce il diritto ad un congedo di paternità in misura variabile fra una o due settimane (Collins, Ewing, McColgan 2012, pp. 383 s.); il congedo di paternità è previsto anche in Francia in misura pari a 11 giorni consecutivi, elevati a 18 in caso di nascite multiple (art. 1225-35 *code du travail*). Merita inoltre di essere segnalato il progetto avanzato dal legislatore spagnolo, che si è impegnato ad estendere ad un mese la durata del congedo attualmente fissata in tredici giorni, elevabile in caso di parto, adozione o accoglimento multiplo per ulteriori due giorni per ciascun figlio a partire dal secondo: v. l'art. 48 bis, *Estatuto de los trabajadores*, così come modificato dalla *Ley Orgánica* 23 marzo 2007, n. 3, relativa all'uguaglianza effettiva tra donne e uomini. La nona disposizione transitoria di tale testo normativo prevede infatti l'impegno del Governo ad ampliare in modo progressivo e graduale la durata del congedo di paternità fino a quattro settimane, entro sei anni dall'entrata in vigore della legge: termine che è però stato oggetto di numerose proroghe senza che l'estensione sia stata finora realizzata. Sul punto v. De Heredia Ruiz 2007, pp. 101 ss. Per un quadro delle disposizioni adottate dai legislatori europei in materia di congedo di paternità v. Isfol 2012.

sua esigua consistenza.

Modesta durata del congedo e modalità di fruizione complesse paiono dunque delineare una misura capace di consentire tutt'al più «una breve “vacanza”» al lavoratore padre (Brollo 2013, p. 122), non riuscendo viceversa a favorire la promozione di un'effettiva condivisione dei ruoli familiari. Nonostante le buone intenzioni, al legislatore italiano è dunque finora mancata la forza di introdurre misure capaci di traghettare la nostra società verso la “famiglia modello pinguino”: la perfetta collaborazione che caratterizza le coppie di volatili, non a caso assunte a simbolo del *work-life balance* grazie alla loro capacità di avvicinarsi armonicamente nei turni di pesca e di cura della famiglia, continua dunque ad essere un orizzonte lontano.

### 3.1. Novità in vista: la direzione di marcia tracciata nel c.d. *Jobs act*

Nell'anno europeo che avrebbe dovuto essere dedicato al tema del *work-life balance*<sup>390</sup>, è senza dubbio apprezzabile che il legislatore abbia continuato a mostrare interesse per la promozione della «conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro» come dimostra l'espressa menzione di tale tema fin dal titolo del c.d. *Jobs act*, che delega il Governo ad intervenire in materia (art. 1, co. 9, l. n. 183/2014). Senza poter ancora entrare nel vivo delle questioni visto il carattere programmatico delle linee guida dettate dalla legge delega, è ad ogni modo possibile formulare qualche ipotesi sulle intenzioni perseguite dal Governo attualmente in carica e abbozzare un primo, provvisorio giudizio in ordine alla direzione di marcia intrapresa.

Stando a quanto indicato nella legge delega<sup>391</sup>, il primo passo verso una maggiore tutela delle donne dovrebbe condurre all'estensione dell'indennità di maternità, «eventualmente anche in modo graduale [...] a tutte le categorie di donne lavoratrici». L'obiettivo non è certo quello della piena generalizzazione della tutela, pur da tempo auspicata da parte di chi ritiene che il «conflitto di difficile soluzione tra la *logica assicurativa* sottesa alle prestazioni [...] e il lavoro atipico» non possa essere risolto mediante progressive estensioni delle tutele, essendo piuttosto necessario «adottare una strategia completamente diversa, che promuova la costituzione di uno zoccolo di prestazioni di stampo universalistico, accessibili a tutti i cittadini» (Berton, Richiardi, Sacchi 2009, p. 198). In maniera meno velleitaria – e anche meno pericolosa, giacché la trasposizione della maternità «nei lidi dei diritti di cittadinanza [...] finirebbe per coincidere con un abbassamento della tutela per le lavoratrici subordinate, soprattutto per quelle a elevato reddito» (Gottardi 2002, p. 663) – è possibile immaginare che il Governo intenda limitarsi a rafforzare la tutela al di fuori dei confini del lavoro subordinato.

Tale obiettivo potrebbe essere raggiunto, innanzitutto, procedendo all'uniformazione della protezione garantita alle lavoratrici iscritte alle casse di previdenza e assistenza per i liberi professionisti, mettendo ordine nel ginepraio che caratterizza oggi i vari regimi. Risultati significativi potrebbero inoltre essere raggiunti se, nel dare attuazione alla delega, venissero eliminati i requisiti contributivi minimi previsti affinché le lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps possano

<sup>390</sup> La candidatura del tema in questione non è andata a buon fine: al 2014 non è stato infatti attribuito alcun tema specifico ([http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index\\_it.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index_it.htm)).

<sup>391</sup> Per un commento ai criteri direttivi dettati dalla l. n. 183/2014 in materia di conciliazione vita-lavoro v. Voza 2015, p. 13 ss.

beneficiare dell'indennità di maternità<sup>392</sup>, generalizzando così la regola operante nell'area del lavoro dipendente ove è riconosciuta l'assenza di correlazione fra il raggiungimento di una determinata anzianità assicurativa e il diritto a percepire l'indennità, di modo che quest'ultima spetta anche nel caso in cui non vi sia stata effettiva prestazione lavorativa per effetto della coincidenza dell'inizio del rapporto con il periodo di congedo di maternità<sup>393</sup>. L'intervento normativo potrebbe inoltre spingersi più in là, superando la disposizione che attualmente subordina all'astensione lavorativa l'erogazione dell'indennità di maternità nei confronti delle esercenti attività libero-professionale iscritte alla gestione separata dell'Inps<sup>394</sup>. Tenendo conto che tale vincolo finisce per indurre la categoria in questione a dover scegliere tra la rinuncia all'indennità di maternità e la dichiarazione di una condizione d'inattività forzata spesso non veritiera (giacché l'interruzione del lavoro rischia di determinare la disaffezione dei clienti), pare in effetti auspicabile permettere alle libero-professioniste di continuare a svolgere il proprio lavoro, eventualmente ad un ritmo rallentato, potendo ad ogni modo far affidamento sulla prestazione previdenziale.

Proprio nei confronti delle lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'Inps si rivolge anche un altro intervento promesso nella legge delega, che intende estendere alle lavoratrici madri parasubordinate il diritto alla prestazione assistenziale anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro. L'obiettivo è dunque quello di garantire anche a queste ultime l'operatività del principio dell'automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 cod. civ., cosicché – al pari delle lavoratrici subordinate – possano beneficiare dell'indennità di maternità anche qualora il datore di lavoro abbia omissso il versamento dei contributi. Come dimostra una recente pronuncia del Tribunale di Bergamo, tale esito può in realtà già essere raggiunto in via interpretativa. Risultano infatti inutilizzabili nei confronti del lavoro parasubordinato gli argomenti che giustificano l'esclusione del lavoro autonomo dal campo di operatività della regola dell'automaticità delle prestazioni previdenziali che, com'è noto, si fondano sul principio dell'autoresponsabilità dell'obbligazione contributiva: a ben vedere, infatti, «nel caso di collaborazioni a progetto i contributi sono versati da parte del committente anche per la quota a carico del lavoratore», con la conseguenza che, diversamente dal lavoratore autonomo e al pari del lavoratore subordinato, «il collaboratore non ha alcun sistema per costringere il committente a versare i contributi dovuti in favore dell'Inps». Se tale interpretazione non fosse corretta, l'art. 2116 cod. civ. si porrebbe peraltro in rotta di collisione con l'art. 3 Cost., giacché sarebbe difficilmente giustificabile la differenza di trattamento riservata a lavoratori che si trovano in situazioni di fatto analoghe, tanto più considerando che i redditi da collaborazione sono assimilati ai fini fiscali a

---

<sup>392</sup> L'indennità di maternità viene loro erogata a condizione che nei 12 mesi precedenti il mese di inizio del periodo di congedo risultino effettivamente accreditati alla gestione separata almeno 3 mensilità di contribuzione: art. 5, co. 2, decreto del Ministero del lavoro 12 luglio 2007. Particolari requisiti sono previsti anche nei confronti delle addette ai servizi domestici e familiari, che per poter beneficiare dell'indennità devono aver versato 52 contributi settimanali nei 24 mesi che precedono l'inizio dell'astensione obbligatoria dal lavoro, ovvero 26 contributi settimanali nei 12 mesi che precedono l'inizio dell'astensione stessa: art. 4, d.p.r. 31 dicembre 1971, n.1403.

<sup>393</sup> Cass. 24 agosto 1995, n. 8971, in *LPO*, 1995, p. 2238.

<sup>394</sup> Cfr. l'art. 2 del decreto del Ministero del lavoro 12 luglio 2007, secondo cui l'astensione lavorativa deve a tal fine essere attestata da apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

quelli da lavoro dipendente<sup>395</sup>. Ciò non toglie che un intervento normativo chiarificatore – già più volte ventilato<sup>396</sup> – non guasterebbe, soprattutto tenendo conto che l'Inps (a differenza dell'Inail: v. Nuzzo 2014, p. 760) abbraccia ormai da tempo l'orientamento restrittivo. Occorre però sottolineare il carattere controproducente di un'eventuale estensione dell'operatività del principio limitatamente alla sola tutela per la maternità: se, come sembrerebbe dal testo della legge delega, il Governo seguisse tale strada, la novella potrebbe infatti prestarsi ad essere letta *a contrario*. L'espressa garanzia del diritto all'indennità di maternità per le lavoratrici parasubordinate anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro rischierebbe infatti di esser considerata un'eccezione alla regola dell'inoperatività dell'art. 2116 cod. civ. nei confronti degli iscritti alla gestione separata, ostacolando lo sviluppo dell'interpretazione estensiva dell'operatività del principio. Ragione per cui, piuttosto che un rattoppo mal fatto, potrebbe in fin dei conti risultare preferibile il silenzio normativo.

Facendo proprie alcune delle proposte avanzate negli anni più recenti, la legge delega mira inoltre ad «armonizzare» – o, addirittura, «eliminare», secondo il termine utilizzato nel testo originario del disegno di legge – il regime delle detrazioni per il coniuge a carico (che opera anche per i percettori di reddito piuttosto elevato), prevedendo in sua sostituzione un non meglio precisato sistema di *tax credit* per le donne lavoratrici, anche autonome, con figli minori o disabili non autosufficienti e che si trovino al di sotto di una determinata soglia di reddito individuale complessivo: l'obiettivo di tale modifica, che ricalca le proposte già avanzate da noti economisti (Boeri, Figari 2011; Rossetti, Vuri, De Luca 2012), dovrebbe essere quello di stimolare l'occupazione femminile – la cui temporanea uscita dal mercato del lavoro per esigenze familiari spesso si traduce in un abbandono definitivo – favorendo le coppie in cui entrambi i coniugi lavorano nonché le *single* che percepiscono un reddito modesto. Pare tuttavia difficile eludere il rischio che, in un simile momento di crisi, tale misura si ripercuota sulle famiglie in cui uno dei potenziali percettori del reddito (non necessariamente di genere femminile) ha perso il lavoro: l'introduzione di una simile innovazione non può dunque prescindere dal rafforzamento del sistema degli ammortizzatori sociali, di cui pure in effetti il c.d. *Jobs act* intende occuparsi.

Oltre ad incentivare la partecipazione delle donne al lavoro e ad incrementare le tutele per queste ultime, la legge delega mira ad introdurre norme specificamente dirette a favorire il contemperamento fra vita privata e lavoro. La strada a tal fine imboccata, tuttavia, non sembra al momento particolarmente innovativa, traducendosi nella mera «incentivazione di accordi collettivi volti a favorire la flessibilità dell'orario lavorativo e dell'impiego di premi di produttività, [...] anche attraverso il ricorso al telelavoro». La creatività mostrata nel corso degli anni dalle parti sociali – che ha dato luogo ad un proficuo laboratorio in cui sono state via via sperimentate misure volte a favorire l'individualizzazione dell'orario di lavoro, alcune destinate ad essere poi recepite in fonti legislative (come la banca delle ore), altre meno note e fortunate (come gli orari ad isole e gli orari a menù; cfr. Fenoglio 2012, pp. 220 ss.) – rende certamente facile comprendere perché la contrattazione collettiva continui ad esser considerata il canale privilegiato per mezzo del quale sperimentare ed introdurre nuovi strumenti di contemperamento fra lavoro e famiglia. Il mero rinvio alle parti sociali non pare tuttavia sufficiente per imprimere una svolta significativa in materia; né

<sup>395</sup> Trib. Bergamo, 12 dicembre 2013, in *RIDL*, 2014, II, p. 436, da cui sono tratte tutte le citazioni. In dottrina v. Nuzzo 2014, pp. 757 ss.; l'interpretazione estensiva del principio dell'automaticità della prestazione era già stata auspicata da Canavesi 2008, p. 55.

<sup>396</sup> Sui vari progetti di legge a tal proposito presentati v. Cazzola 2014.

particolarmente innovativo è il riferimento al telelavoro, chiamato in causa quale esempio di “flessibilità buona” nonostante la sua scarsissima diffusione.

Meglio sarebbe, piuttosto, riflettere sull’opportunità – prospettata in un disegno di legge presentato nel gennaio 2014 alla Camera dei deputati e lì arenatosi<sup>397</sup> – di introdurre nel nostro ordinamento il c.d. *smart working*: non una nuova tipologia contrattuale ma una nuova modalità – flessibile e semplificata – di lavoro “da remoto” che potrebbe essere utilizzata da tutti i lavoratori che svolgano mansioni con questa compatibili, così da agevolare effettivamente la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Già sperimentato in alcune aziende<sup>398</sup>, il c.d. *smart working* si fonda su un forte elemento di flessibilità che concerne, in particolare, l’orario e la sede di lavoro, in modo da consentire al lavoratore – grazie all’ausilio delle nuove tecnologie – ampia autonomia in merito al luogo ed ai tempi di svolgimento della prestazione lavorativa, a condizione che siano raggiunti i risultati e gli obiettivi stabiliti entro le scadenze previste. Assai più elastico e meno oneroso per le imprese rispetto al telelavoro<sup>399</sup>, questo strumento consentirebbe ai lavoratori di auto-organizzare la propria attività scegliendo quando lavorare in azienda e quando da casa: la prestazione svolta a distanza (senza alcun obbligo relativo all’utilizzo di una postazione fissa), in particolare, non dovrebbe eccedere il 50% dell’orario di lavoro normale e potrebbe essere “spalmata” in modo verticale o orizzontale, al fine di consentire ai lavoratori di soddisfare le proprie esigenze conciliative, al contempo limitando il rischio di esclusione dalle dinamiche aziendali e della conseguente riduzione delle possibilità di carriera.

L’introduzione di una simile misura necessiterebbe tuttavia di una presa di coraggio da parte del legislatore di cui, tuttavia, allo stato non c’è traccia. Non può infatti ravvisarsi il segno di un vero e proprio intervento riformatore, che conduca al riconoscimento di nuovi diritti nei confronti di coloro che siano portatori di significative esigenze di conciliazione, neppure nella proposta di riconoscere la «possibilità di cessione fra lavoratori dipendenti dello stesso datore di lavoro di tutti o parte dei giorni di riposo aggiuntivi spettanti in base al contratto collettivo nazionale in favore del lavoratore genitore di figlio minore che necessita di presenza fisica e cure costanti per le particolari condizioni di salute». Tale cessione non è attualmente inibita, dal momento che per i giorni di ferie maturati sulla base delle disposizioni contrattuali in eccesso al periodo minimo di quattro settimane all’anno non vale il principio costituzionale e comunitario dell’irrinunciabilità. La sua formalizzazione in un testo normativo – sul modello della c.d. *loy Mathys* recentemente approvata in Francia<sup>400</sup> – potrebbe tuttavia rivelarsi controproducente, lasciando passare il messaggio per cui la possibilità di prendersi cura di un familiare malato non costituisce un diritto

<sup>397</sup> V. il d.d.l. C-2014 rubricato *Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro*, presentato il 29 gennaio 2014 alla Camera dei deputati per iniziativa dei deputati Mosca e altri.

<sup>398</sup> È il caso di *Mars Italia*, *Tetrapak*, *Barilla* e *Vodafone Italia*: su tali sperimentazioni v. <http://www.osservatori.net>.

<sup>399</sup> In materia di sicurezza sul lavoro, in particolare, il disegno di legge – a causa dell’impossibilità per il datore di lavoro di controllare i luoghi di svolgimento della prestazione lavorativa – intenderebbe porre in capo all’imprenditore soltanto l’obbligo di informare il lavoratore dei rischi connessi alla prestazione e di monitorare periodicamente le condizioni di lavoro mediante un colloquio annuale con il dipendente, sul quale incomberebbe un dovere di cooperazione all’attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro. Va poi segnalato che la proposta di legge mira ad introdurre incentivi di carattere fiscale e contributivo in relazione alle quote di retribuzione pagate come controprestazione dell’attività effettuata in regime di *smart working*.

<sup>400</sup> La legge francese 9 maggio 2014, n. 459, ha tratto ispirazione dall’esperienza dei genitori del piccolo Matys, che per accudire il figlio gravemente malato avevano potuto beneficiare delle ferie cedute dai propri colleghi: il travagliato *iter* verso l’approvazione del testo normativo – che prevede una rinuncia anonima e senza alcun corrispettivo a giorni di riposo a vantaggio di un collega genitore di un figlio di meno di 20 anni gravemente malato, handicappato o vittima di un incidente – è illustrato nel sito <http://www.dunpapi-lonauneetoile.fr>.

garantito dall'ordinamento ma una condizione che si verifica grazie alla solidarietà fra lavoratori.

La speranza che il legislatore delegato sappia schiacciare l'acceleratore sul pedale della conciliazione si aggrappa dunque all'ultima parte del co. 9 dell'unico articolo del *Jobs act*, che – oltre a proporre di integrare l'«offerta di servizi per le cure parentali forniti dalle aziende e dai fondi o enti bilaterali nel sistema pubblico e privato dei servizi alla persona» e di introdurre «congedi dedicati alle donne inserite nei percorsi di protezione relativi alla violenza di genere» – enuncia l'intenzione di procedere alla «semplificazione e razionalizzazione degli organismi, delle competenze e dei fondi operanti in materia di parità e pari opportunità nel lavoro», riordinando le «procedure connesse alla promozione di azioni positive» ed effettuando una «ricognizione delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ai fini di poterne valutare la revisione per garantire una maggiore flessibilità dei relativi congedi obbligatori e parentali, favorendo le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche tenuto conto della funzionalità organizzativa all'interno delle imprese»<sup>401</sup>. Si tratta tuttavia di indicazioni troppo generiche che ancora non consentono di valutare il possibile impatto della riforma sull'occupazione femminile nel nostro Paese. Per trovare risposta occorrerà dunque attendere i tempi necessari per l'approvazione dei decreti legislativi, in attesa dei quali non resta che sperare che le risorse a disposizione vengano adoperate in maniera più saggia rispetto a quanto proposto dall'originario disegno di legge di stabilità per il 2015, con cui si intendeva riconoscere un *bonus bebé* di stampo pressoché universalistico<sup>402</sup>: assai più ragionevole pare investire il *budget* a disposizione per introdurre misure di conciliazione innovative e potenziare i servizi per l'infanzia, giacché proprio tali lacune costituiscono, come subito si vedrà, le principali ragioni di rinuncia al posto di lavoro da parte delle donne.

#### 4. Quando la conciliazione fallisce: le dimissioni delle lavoratrici

La mancata corrispondenza tra la quantità e la qualità degli interventi normativi con cui si è cercato di facilitare il contemperamento fra vita familiare e attività lavorativa è testimoniata dal fatto che la conciliazione fra lavoro e vita familiare continua ad essere un *rebus* di assai difficile soluzione. Analizzando le ragioni addotte dalle numerose lavoratrici che nel periodo successivo alla nascita di un figlio hanno scelto di rinunciare alla propria vita professionale<sup>403</sup> emerge in effetti

<sup>401</sup> La legge delega precisa che i futuri interventi normativi dovranno trovare applicazione anche nell'ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze pubbliche, ai quali dovrà essere estesa la possibilità di fruire del congedo parentale frazionato (su cui v. *supra*, § 3) e delle altre «misure organizzative finalizzate al rafforzamento degli strumenti di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» già operative nel settore privato, fra cui quelle dettate dalla l. n. 92/2012, che (ad eccezione dei *voucher* per *baby sitter* e asili nido, il cui campo di operatività è stato espressamente esteso dal d.m. 28 ottobre 2014) non sono direttamente applicabili ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 1, co. 7 e 8). Come rileva Calafà 2014, p. 157, è tuttavia «stravagante che gli strumenti per favorire la conciliazione nel lavoro pubblico [siano] inseriti in due sedi diverse, trattate da diverse commissioni parlamentari nel medesimo periodo»: è infatti attualmente in discussione parlamentare anche un disegno di legge delega sulla riorganizzazione della pubblica amministrazione (S. 1577, presentato il 23 luglio 2014) nella quale si enfatizza la flessibilità di orario, il lavoro ripartito, il telelavoro e l'organizzazione di servizi di assistenza all'infanzia. Il rischio è che «l'omogeneizzazione delle regole nel lavoro pubblico e privato [sia] più apparente che reale».

<sup>402</sup> Originariamente era stato infatti proposto di riconoscere il *bonus* a tutte le neo-mamme il cui reddito familiare fosse inferiore 90.000 €, soglia poi opportunamente abbassata in sede di discussione parlamentare a 25.000 €: così l'art. 1, comma 125, l. m. 190/2014.

<sup>403</sup> Secondo la Relazione annuale sulle convalide delle dimissioni delle lavoratrici madri e dei lavoratori padri redatta dal Ministero del lavoro, nel 2013 si sono dimesse 21.282 lavoratrici madri, mentre sono 2.384 i padri lavoratori che hanno rinunciato al lavoro. Quanto

un quadro piuttosto desolante, giacché la stragrande maggioranza delle donne dimissionarie motiva la propria scelta facendo riferimento all'incompatibilità tra l'attività lavorativa e le esigenze di cura della prole<sup>404</sup>. La situazione è poi tanto più grave se si considera che si tratta di una strada spesso senza ritorno<sup>405</sup>, non solo a causa del permanere di una sorta di "vizio culturale" che induce alcune donne a dedicarsi esclusivamente alla cura della propria famiglia anche quando le esigenze di conciliazione si sono ormai attenuate, ma soprattutto per la difficoltà di riaccedere al mercato del lavoro: non infrequente è così il passaggio al lavoro irregolare, spesso considerato accettabile per il tendenziale minore impiego orario, che ne consente il contemperamento con le esigenze familiari, e per la possibilità di ridurre artificialmente il reddito del nucleo familiare ottenendo così sgravi fiscali e sussidi economici<sup>406</sup>.

Considerata l'estrema delicatezza della fase conclusiva del rapporto di lavoro, pare dunque senz'altro apprezzabile l'interesse mostrato dal legislatore nel corso degli ultimi anni verso il tema delle dimissioni. Da tempo era percepita la necessità di un intervento normativo in materia, capace di garantire *in primis* l'effettiva genuinità della scelta del lavoratore e la sua protezione da eventuali pratiche abusive e discriminatorie, ma anche una maggiore consapevolezza della determinazione di recedere dal rapporto nonché al contempo, nell'interesse imprenditoriale, l'univocità del contenuto dell'atto (Altavilla 1987, p. 61). Ciononostante l'istituto delle dimissioni è rimasto a lungo privo di disciplina a causa della difficoltà di raggiungere un compromesso fra l'esigenza fondamentale di assicurare al lavoratore la libertà di scelta del proprio futuro professionale (art. 4 Cost.) e la tutela del lavoratore stesso, verso il quale la libertà di dimissioni può ritorcersi sotto forma di dimissioni estorte o dimissioni in bianco (Levi 2013, pp. 8 s.). Se si escludono gli interventi d'ispirazione protettiva con cui, già da molto tempo, il legislatore ha introdotto l'obbligo di con-

---

al Piemonte – regione nella quale (grazie alla collaborazione della Consigliera regionale di parità Avv. Alida Vitale e della direttrice della Direzione regionale del lavoro dott.ssa Tiziana Morra, che qui si ringraziano) è stata svolta un'analisi empirica del fenomeno delle dimissioni – il numero di dimissionari è stato pari a 2.178, con 1.796 donne e 382 uomini.

<sup>404</sup> In Piemonte, nel 2013, 375 lavoratrici hanno dichiarato di essersi dimesse a causa dell'incompatibilità tra l'occupazione lavorativa e l'assistenza al neonato per mancato accoglimento al nido; 206 a causa dell'assenza di parenti di supporto; 37 a causa dell'elevata incidenza dei costi di assistenza al neonato; 88 a causa della mancata concessione del *part-time* o di un orario flessibile o ancora di una modifica dei turni di lavoro; molte sono inoltre le donne che dichiarano di dimettersi al fine di prendersi cura in maniera esclusiva della prole (374). Le difficoltà conciliative che inducono molte donne a rinunciare all'attività lavorativa in seguito alla nascita di un figlio emergono con evidenza anche dai dati nazionali: sono 8.474 le dimissioni rassegnate per le tre ragioni menzionate connesse alla cura dei neonati (rispettivamente 3.508 a causa del mancato accoglimento al nido, 3.747 per l'assenza di parenti di supporto, 1.219 per ridurre o eliminare gli elevati costi di assistenza al neonato); 1.541 a causa della mancata concessione del *part-time* o di un cambiamento di orario di lavoro; 5.031 al fine di potersi prendere cura in maniera esclusiva del neonato.

<sup>405</sup> In Piemonte, a distanza di tre anni dalle dimissioni, soltanto il 18% delle donne ha trovato un nuovo lavoro, che tuttavia spesso non è in linea con la precedente esperienza lavorativa: sul punto v. il *paper* curato dall'Ufficio della Consigliera di Parità del Piemonte, S.L.A.L.O.M. – *Supporto al Lavoro per superare l'Alternativa "Lavoratrice o Madre"*, 2013, p. 30.

<sup>406</sup> Come, ad es., l'assegno per il nucleo familiare oppure l'assegno di mantenimento dal coniuge separato. Sul punto v. Isfol 2007, pp. 99 s., secondo cui il 43% delle donne intervistate dichiara di svolgere lavoro in nero a causa dell'impossibilità di trovare un lavoro regolare; il 12% giustifica la propria scelta alla luce del fatto che le modalità di prestazione d'opera risultano compatibili con i propri vincoli familiari; il 7% dichiara di svolgere tale attività in attesa di rintracciare una nuova occupazione; il 6% ritiene che lo svolgimento del lavoro in nero possa costituire un trampolino di lancio per l'accesso ad una determinata attività, mentre il 5% lo considera funzionale alla propria crescita professionale; il 6% ravvisa nel lavoro irregolare una possibilità per integrare il proprio reddito; infine, il 4% delle intervistate dichiara di svolgere un lavoro in nero per non perdere benefici economici e un altro 4% a causa dell'irregolarità nella residenza.

valida per le dimissioni rassegnate in un arco temporale determinato con riferimento al matrimonio o alla nascita di un figlio<sup>407</sup>, la materia è stata dunque a lungo abbandonata a se stessa, lasciando l'onere di tamponare il vuoto normativo alle parti sociali, che hanno generalmente subordinato la legittimità dell'atto di recesso all'utilizzo della forma scritta (per alcuni esempi v. D'Onghia 2008, p. 341).

Il silenzio del legislatore è stato, ad ogni modo, interrotto dalla l. 17 ottobre 2007, n. 188, che perseguiva il dichiarato obiettivo di porre fine alla pratica vessatoria delle dimissioni in bianco, non di rado utilizzata dai datori di lavoro al fine di aggirare i limiti in materia di licenziamento e i divieti di discriminazione, liberandosi facilmente delle lavoratrici ma anche (seppur più raramente) di dipendenti di sesso maschile: a tal scopo la validità delle dimissioni era subordinata al rispetto di un particolare requisito di forma *ad substantiam*, dovendo queste essere rassegnate mediante appositi moduli che (secondo quanto previsto dal decreto interministeriale del 21 gennaio 2008) avrebbero dovuto essere reperibili *on line*. Al fine di rispondere all'obiettivo antifraudolento perseguito, su questi ultimi dovevano essere indicati un codice alfanumerico progressivo di identificazione e la data di emissione, a partire dalla quale decorreva il periodo quindicinale di validità: la previsione di un termine breve di scadenza rivestiva un'importanza strategica evidente, mirando ad evitare che il datore di lavoro potesse farsi consegnare dai lavoratori i moduli con largo anticipo, utilizzandoli successivamente al momento per lui più opportuno.

Salutata da alcuni come una «misura di civiltà» (D'Onghia 2008, p. 354; cfr. Ballestrero 2008, p. 511), da altri come un «aggravio formalistico, che irrigidisce ulteriormente la mobilità in uscita ed è fonte potenziale di nuove situazioni di incertezza e complicazioni per i datori di lavoro» (Pellacani 2008, p. 178; cfr. Brollo 2013, p. 119, e Ichino 2008, p. 414), la legge in questione è stata immediatamente abrogata all'inizio della sedicesima legislatura (con l'art. 39, co. 10, lett. l, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133), lasciando così che del problema delle dimissioni tornasse giocoforza ad occuparsi la giurisprudenza<sup>408</sup>: la quale, nel perdurare della latitanza legislativa, ha saputo riconoscere ai lavoratori "involontariamente dimissionari" rimedi giuridici efficaci, capaci tuttavia di apprestare soltanto una tutela *ex post*<sup>409</sup>.

Con una scelta nient'affatto scontata, a distanza di qualche anno il medesimo Parlamento che aveva votato l'abrogazione della l. n. 188/2007 ha ad ogni modo approvato l'introduzione di una nuova e compiuta disciplina delle dimissioni in seno alla l. n. 92/2012. La finalità marcatamente

<sup>407</sup> V. l'art. 1, co. 4, l. n. 7/1963, ora art. 35, co. 4, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e l'art. 55, co. 4, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che riunisce l'art. 18 della l. n. 53/2000 e l'art. 12 della l. n. 1204/1971.

<sup>408</sup> Nel pronunciarsi in materia di dimissioni illegittime, la giurisprudenza ha nel corso del tempo elaborato varie articolazioni casistiche, distinguendo fra le dimissioni determinate da incapacità naturale del lavoratore (cfr. Cass. 6 febbraio 1984, n. 918, in *DL*, 1984, p. 443; Cass. 5 aprile 1991, n. 3569, in *MGL*, 1991, 263; Cass. 20 maggio 2002, n. 7327, in *NGL*, 2002, p. 794; Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *DL*, 2004, p. 201) e quelle caratterizzate da vizi della volontà, in particolare da errore (cfr. Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in *NGL*, 1996, p. 937), da violenza morale (come la minaccia di licenziamento: cfr. Cass. 1° giugno 1994, n. 5298, in *DL*, 1995, p. 207) o, nel caso delle dimissioni in bianco, da una totale assenza della volontà di recedere dal contratto (Corte app. Milano 11 febbraio 2010 e Trib. Monza 3 aprile 2008, in *RGL*, 2011, II, p. 579; cfr. anche Corte App. Torino 7 gennaio 2003, in *RIDL*, 2003, II, p. 593). Per una puntuale ricognizione della casistica delle cause di annullabilità delle dimissioni v. Meucci 2008, p. 429 ss.

<sup>409</sup> Trovandosi nella difficile situazione di dover sopperire al silenzio del legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno qualificato in modo piuttosto diverso le dimissioni in bianco, a seconda della ragione di invalidità ravvisata. Soltanto in pochi casi tale negozio è stato ritenuto annullabile per un vizio del consenso del lavoratore (Trib. Forlì 30 ottobre 1995, in *RIDL*, 1996, II, p. 857); ben più spesso la lettera di dimissioni sottoscritta in bianco è stata considerata radicalmente nulla ed equiparata ad un licenziamento ingiustificato oppure ad un licenziamento inefficace. Sui diversi modi in cui la giurisprudenza ha qualificato le dimissioni in bianco a seconda della ragione di invalidità ravvisata e sulle notevoli difficoltà riguardanti l'onere probatorio, v. Fenoglio 2011, pp. 579 ss.

antidiscriminatoria che ha caratterizzato fin dal principio gli interventi legislativi in materia – allo scopo di rafforzare la tutela delle lavoratrici, su cui gravano in prevalenza gli oneri di cura familiare – si è qui sovrapposta alla fissazione di nuovi e non secondari obiettivi: il testo normativo si articola infatti in due filoni diversi, l'uno volto a tutelare maggiormente la genitorialità e l'altro a contrastare l'utilizzo di pratiche illecite, accomunati dal comune scopo di garantire la genuinità dell'atto di recesso. In prima battuta, l'art. 4, co. 16, della l. n. 92/2012 ha introdotto una modifica all'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 151/2001, estendendo a tre anni dalla nascita del figlio il periodo entro il quale le dimissioni – e ora anche le risoluzioni consensuali del rapporto – rassegnate dalla lavoratrice madre o dal lavoratore padre devono essere convalidate dal servizio ispettivo del ministero. Accanto a tale novella, è stata inoltre prevista – nei commi 17 e ss. della medesima norma – una disciplina generale, secondo cui tutte le dimissioni e le risoluzioni consensuali del rapporto devono essere convalidate presso la Direzione territoriale del lavoro o il Centro per l'impiego territorialmente competenti, ovvero presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali di lavoro<sup>410</sup>, potendo in alternativa essere confermate mediante la sottoscrizione di un'apposita dichiarazione da parte del lavoratore dimissionario apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto; la mancata convalida comporta la risoluzione del contratto qualora il dimissionario non aderisca, entro sette giorni dalla ricezione, all'invito trasmesso dal datore di lavoro a presentarsi presso una delle sedi abilitate alla convalida o ad effettuare la sottoscrizione in calce, mentre la mancata comunicazione dell'invito da parte del datore di lavoro entro trenta giorni dalla presentazione delle dimissioni priva definitivamente di effetto le stesse. Trascorsi ormai un paio di anni dall'entrata in vigore di tali disposizioni, è possibile tentare un primo bilancio dei risultati finora raggiunti.

#### 4.1 Le procedure di convalida delle dimissioni alla prova dei fatti

Com'è stato efficacemente rilevato, la prima delle novità introdotte in materia di convalida delle dimissioni «rappresenta il classico “uovo di colombo”» (Maio 2013, p. 638): il prolungamento del periodo entro cui è garantita la tutela contro eventuali pressioni del datore di lavoro volte ad ottenere le dimissioni della lavoratrice madre (più raramente, del lavoratore padre) ha infatti «la pregevole caratteristica della semplicità applicativa, in quanto si fonda sulla mera protrazione di sistemi già noti e sperimentati dalle imprese, mentre, sul versante delle risorse pubbliche, non necessita di particolari aggravii di spesa o di implementazioni delle conoscenze» (Maio 2013, p. 638).

Proprio nello sfasamento realizzato fra il periodo in cui opera l'obbligo di convalida rispetto al periodo in cui vige il divieto di licenziamento, che termina al compimento di un anno di vita del figlio<sup>411</sup>, può peraltro essere rintracciato il segno del notevole arricchimento della *ratio* della norma: se prima l'obbligo di convalida delle dimissioni poteva essere considerato prevalentemente come una misura antidiscriminatoria e antielusiva del divieto di licenziamento, nella disposizione

<sup>410</sup> Tale facoltà è stata recepita dall'accordo tra Confindustria, Cgil, Cisl, Uil del 3 agosto 2012 con il quale le parti sociali hanno stabilito che la convalida delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali può essere validamente effettuata in sede sindacale nonché presso sedi ulteriori individuate dai contratti nazionali.

<sup>411</sup> Vale la pena precisare che soltanto nel primo anno dalla nascita del figlio la rassegnazione delle dimissioni è equiparata al licenziamento al fine della fruizione delle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali, ASpl compresa (art. 55, co. 1, d.lgs. n. 151/2001): sul punto v. la risposta ad interpello del Ministero del lavoro n. 6/2013.

in questione va invece ora ravvisato anche il marcato intento di promuovere i diritti di conciliazione dei tempi, offrendo ai lavoratori genitori una protezione più forte proprio nei tre anni in cui questi hanno diritto a percepire un trattamento economico in caso di godimento del congedo parentale (così Tinti 2014, p. 3). La novella in questione ha inoltre determinato l'allargamento della garanzia della convalida delle dimissioni al padre lavoratore in forma autonoma, spazzando via orientamenti di segno opposto secondo cui l'obbligo di convalida delle dimissioni valeva per il padre soltanto qualora quest'ultimo avesse beneficiato del congedo parentale<sup>412</sup>.

Se le finalità perseguite dalla procedura di convalida delle dimissioni appaiono chiare e apprezzabili, qualche dubbio sull'effettiva capacità di raggiungere gli obiettivi preposti sorge tuttavia analizzandone l'operatività pratica, da cui emerge l'affermarsi di prassi che rischiano di tradurre lo strumento posto a tutela dei lavoratori in mero adempimento burocratico. La responsabilità non va ravvisata nello strumento in sé, che pare consegnato in maniera funzionale alle finalità perseguite. Il modulo ministeriale che deve essere compilato per confermare la volontà di recedere dal rapporto è infatti piuttosto elaborato, specie dopo il *restyling* operato a gennaio 2014 (v. la circolare ministeriale del 9 dicembre 2013): al suo interno sono infatti fornite al dimissionario (più spesso alla dimissionaria) informazioni specifiche in ordine alle tutele e ai diritti riconosciuti dall'ordinamento nel periodo successivo alla nascita di un figlio e alla possibilità di rivolgersi alla Consigliera di Parità per verificare insieme eventuali alternative alle dimissioni; al contempo, sono richiesti al lavoratore/lavoratrice alcuni dati, relativamente – fra l'altro – al numero e all'età dei figli, all'ampiezza dell'azienda e al settore produttivo, all'orario di lavoro e all'eventuale richiesta di passaggio al *part-time* o a turni più flessibili. Scopo di tale scambio di informazioni è evidentemente consentire alla lavoratrice di confermare le dimissioni in maniera consapevole, permettendo al contempo all'ordinamento – mediante l'elaborazione statistica dei dati forniti – di avere una conoscenza diretta delle principali difficoltà alla partecipazione al mercato del lavoro ravvisate dai genitori, così da potervi porre rimedio. Ciononostante, non può essere escluso totalmente il rischio che la compilazione del modulo sia avvertita come un mero orpello amministrativo, in prima battuta dagli stessi soggetti che la procedura intende tutelare, e che dunque gli elementi in esso raccolti finiscano per riflettere un'immagine in parte distorta della realtà: dall'analisi dei dati statistici risulta, infatti, che non di rado le donne forniscono una motivazione delle dimissioni non veritiera deresponsabilizzando così il datore di lavoro, probabilmente a causa del possibile timore nei confronti dell'autorità adibita alla convalida o alla scarsa fiducia in essa riposta oppure ancora alla mancata comprensione dell'utilità del meccanismo predisposto dal legislatore<sup>413</sup>. Tale pericolo è tanto più evidente se si considera che le dimissioni non vengono convalidate in un numero così ridotto di casi da apparire sospetto<sup>414</sup>, anche ammettendo che

---

<sup>412</sup> Cass. 11 luglio 2012, n. 11676, in *GC*, 2013, p. 1466. Sul punto cfr. Tinti 2014, p. 3.

<sup>413</sup> Si pensi, ad esempio, al fatto che (secondo una ricerca effettuata dalla Consigliera di Parità del Piemonte) il dato secondo cui ben 5.367 lavoratrici (di cui 729 in Piemonte) si sarebbero dimesse in vista del «passaggio ad altra azienda» risulta smentito incrociandolo con le informazioni relative alle nuove attivazioni di rapporti di lavoro. In questo caso potrebbe forse rilevare anche il carattere non sufficientemente chiaro della ragione addotta, che può essere riferito sia all'effettiva assunzione presso altro datore di lavoro, sia alla mera volontà di ricercare una nuova occupazione.

<sup>414</sup> Il numero delle mancate convalide è pari a 52 sull'intero territorio nazionale, di cui nessuna in Piemonte.

(come segnalato da Tinti 2014, p. 4) vi siano situazioni che possono sfuggire alla rilevazione statistica pur traendo beneficio dall'esistenza della procedura di convalida, come accade in caso di ripensamento sulla volontà di dimettersi e conseguente ritiro delle dimissioni.

Il rischio che il procedimento dettato dalla legge sia percepito come un mero onere burocratico è poi ancora più marcato in relazione al meccanismo dettato per le dimissioni rassegnate dalla generalità dei lavoratori, il cui carattere estremamente semplificato rischia infatti di annullarne i pur possibili benefici. In questo caso, infatti, il Ministero non ha predisposto alcun modulo, lasciando tale onere agli uffici preposti alla convalida, che hanno adempiuto in modi diversi, richiedendo soltanto in alcuni casi l'indicazione della ragione delle dimissioni<sup>415</sup>: indicazione che, oltre ad essere priva di utilità a fini statistici proprio in ragione dell'assenza di un modello uniforme, non è frutto di un'attività istruttoria tesa ad accertare l'effettiva genuinità della volontà del lavoratore di recedere dal contratto, dal momento che ai funzionari – lungi dall'essere affidato il compito di accertare la conoscenza da parte dei dimissionari dei loro diritti, specie in materia di conciliazione – è riservata una mera funzione notarile<sup>416</sup>.

L'obbligo di convalida è peraltro facilmente aggirabile, dal momento che la legge consente al datore di lavoro di proporre al dipendente di confermare le proprie dimissioni sottoscrivendo la ricevuta di trasmissione telematica della cessazione del rapporto di lavoro. Si tratta, evidentemente, di un meccanismo estremamente semplificato tanto più che, secondo l'interpretazione che pare prevalente (Dessi 2014, p. 16) e stando alla prassi fin qui formatasi, non è previsto alcun obbligo in ordine alla restituzione della ricevuta in questione ad uno degli organi preposti per la convalida: con la conseguenza che, oltre a non esser possibile avere un riscontro oggettivo in ordine all'utilizzo di tale strumento, il lavoratore viene lasciato totalmente solo di fronte al suo datore di lavoro nel delicato momento del recesso, ottenendo la mera garanzia dell'autenticità della data delle dimissioni. Pur in assenza di dati statistici in materia, v'è dunque da scommettere che proprio tale meccanismo – rispetto alla cui funzionalità antifraudolenta non possono che porsi dubbi pressanti – sia quello maggiormente utilizzato nella prassi<sup>417</sup>.

La procedura prevista per la generalità dei lavoratori risulta poi accomunata a quella operante nei confronti dei lavoratori genitori quanto al numero – prossimo allo zero – di mancate convalide<sup>418</sup>,

---

<sup>415</sup> L'indicazione della ragione che ha indotto il lavoratore a dimettersi è, ad esempio, richiesta nel modulo per la convalida delle dimissioni predisposto dalla provincia di Torino (così come quello utilizzato a Modena, a Chieti, a Lodi e a Mantova), ma non dal modulo fornito dai Centri per l'impiego di Bologna. In taluni casi (come presso la Direzione territoriale di Milano), la convalida avviene mediante la mera apposizione di un timbro sulla lettera di dimissioni, senza la necessità di compilare alcun modulo.

<sup>416</sup> Sul punto v. la circolare n. 18/2012 del Ministero del lavoro che, nell'illustrare le modalità di svolgimento della convalida dettate dalla l. n. 92/2012, ha precisato come non sia necessario procedere allo svolgimento di una vera attività istruttoria sulle ragioni delle dimissioni. Viceversa, la circolare 5/2012 del servizio coordinamento dei Centri per l'impiego della provincia di Torino prevede lo svolgimento di «una istruttoria relativa ad accertare la volontà delle dimissioni del lavoratore».

<sup>417</sup> Sul punto v. la circolare 5/2012 del servizio coordinamento dei Centri per l'impiego della provincia di Torino, secondo cui «considerato che l'ipotesi alternativa della "sottoscrizione" pare essere al momento, in assenza di ulteriori chiarimenti in merito da parte del Ministero, la soluzione che più risponde a criteri di semplificazione amministrativa e tenendo conto che non pare esservi vincolo di trasmissione della stessa ai Centri per l'impiego, si ritiene che tale procedura sarà quella maggiormente utilizzata dai datori di lavoro».

<sup>418</sup> Sulla procedura "universale" di convalida delle dimissioni non esistono dati statistici nazionali, disponibili invece a livello locale. In particolare, nella regione Piemonte tutte le 991 dimissioni e risoluzioni consensuali del rapporto verificatesi nel corso del 2013 sono state convalidate.

alimentando così il sospetto di una assai scarsa capacità dello strumento delineato dal legislatore di accertare l'effettiva genuinità della volontà del lavoratore, soprattutto se raffrontata alle potenzialità della previsione del vincolo di forma dettato dalla l. n. 188/2007: oltre ad essere utile al fine di richiamare l'attenzione del lavoratore sull'importanza del negozio che sta ponendo in essere (Levi 2013, p. 53), la previsione di un vincolo di forma scritta "rafforzata" consentiva infatti di bloccare *ex ante* il ricorso a pratiche abusive, cosa che la procedura delineata dalla l. n. 92/2012 rischia di non riuscire a fare neppure *ex post*.

Quest'ultima, ad ogni modo, non può dirsi priva di meriti: fra questi, vi è la risoluzione del problema delle dimissioni tacite e per fatti concludenti<sup>419</sup>, giacché la sola manifestazione di volontà del lavoratore non è più sufficiente per risolvere il contratto (Dessi 2014, p. 8), nonché l'aver messo i Centri per l'impiego nella condizione di venire immediatamente a conoscenza dei posti di lavoro che si liberano per volontà del lavoratore cosicché, almeno potenzialmente, il contatto fra domanda e offerta di lavoro risulti più agevole. Va, inoltre, apprezzata in particolar modo l'avvenuta equiparazione fra dimissioni e risoluzione consensuale del rapporto, realizzata (diversamente da quanto era stato fatto nel 2007: v. D'Onghia 2008, p. 350; Levi 2013, p. 69; Trioni 2008, pp. 240 s.) al fine di evitare facili scappatoie.

Fra i meriti del legislatore del 2012 spicca poi l'introduzione di una facoltà discrezionale di ripensamento (art. 4, co. 21, l. n. 92/2012), che mette il lavoratore nella condizione di revocare le dimissioni anche qualora queste ultime siano state rassegnate liberamente, ma in maniera non pienamente consapevole: grazie al colloquio con la Direzione territoriale del lavoro o con i Centri per l'impiego o, meglio ancora, con la Consigliera di parità, nel breve periodo di sette giorni concesso dalla legge, il lavoratore – più spesso la lavoratrice – può infatti ponderare con maggiore attenzione la propria decisione, valutando anche l'applicabilità di strumenti di conciliazione prima non conosciuti e non sperimentati che potrebbero rendere maggiormente agevole quel temperamento fra attività lavorativa e lavoro di cura che spesso induce a rinunciare allo svolgimento dell'attività professionale.

Nel raffrontare le luci e le ombre delle procedure di convalida delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali del rapporto dettate dal legislatore del 2012 non è dunque possibile assumere posizioni *tranchant*, quali quelle di cui si sta attualmente discutendo, giacché si sta ventilando l'abrogazione di quanto fatto finora e la sua sostituzione con un meccanismo assai semplificato.

#### 4.2. Una nuova inversione del senso di marcia?

Lungi dal trovare pace nella regolamentazione dettata dalla l. n. 92/2012, la materia delle dimissioni è ben presto tornata ad esser oggetto d'attenzione. L'anno successivo all'entrata in vigore di tale testo normativo è stata infatti presentata una nuova proposta di riforma, volta a ripristinare il particolare requisito di forma *ad substantiam* a suo tempo imposto dalla l. n. 188/2007 per

<sup>419</sup> Sulle dimissioni per fatti concludenti v. Dessì 2014, p. 6 ss.; in giurisprudenza v. Cass. 4 dicembre 2007, n. 25262, in *GL*, 2008, 1, p. 20; Cass. 27 agosto 2003, 12549, in *NGL*, 2004, p. 238; da ultimo, Cass. 21 gennaio 2015, n. 1025, in *www.dirittoegustizia.it*.

le dimissioni, estendendolo anche alle risoluzioni consensuali del rapporto, e al contempo abrogando il «farraginoso, insufficiente e aggirabile»<sup>420</sup> meccanismo di convalida previsto per la generalità dei lavoratori. Senonché a tale proposta di legge se ne è sovrapposta un'altra che, come la prima, mirava a ripristinare l'obbligo di risolvere il contratto avvalendosi di moduli dotati di data certa e codice alfanumerico nella convinzione che tale vincolo possa bloccare *ex ante* il ricorso a pratiche illecite; spingendosi molto più in là, tale disegno di legge intendeva tuttavia fare *tabula rasa* di tutto quanto finora sperimentato, abrogando non soltanto i commi da 17 a 23 dell'articolo 4 della l. n. 92/2012 ma anche il meccanismo di convalida delle dimissioni e delle risoluzioni consensuali rassegnate da lavoratori genitori dettato dall'art. 55, co. 4, del T.U. sulla tutela della maternità e paternità<sup>421</sup>. Se nessun dubbio vi è in ordine all'opportunità di ripristinare, con le dovute migliorie, un meccanismo capace di bloccare *ex ante* il ricorso a pratiche illecite, più di qualche perplessità è stata però destata dalla volontà di eliminare disposizioni poste non soltanto «a garanzia della genuinità e spontaneità della scelta di dimettersi [...] ma finalizzate anche a promuovere la piena consapevolezza delle conseguenze di quella scelta, dei diritti a essa connessi e delle eventuali alternative rispetto alla rinuncia al posto di lavoro» (Tinti 2014, p. 2).

Ad ogni modo, i disegni di legge in questione – riuniti e giunti all'esame del Senato dopo l'approvazione ottenuta il 25 marzo 2014 alla Camera dei deputati – sono stati assorbiti nel pentolone del c.d. *Jobs act*, mutando però profondamente forma e natura: la legge delega n. 183/2014 si limita infatti ad affidare al Governo la «previsione di modalità semplificate per garantire data certa nonché l'autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche tenuto conto della necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso della lavoratrice o del lavoratore» (art. 1, co. 6, lett. g).

Colpisce, anzitutto, l'ambito all'interno del quale la disposizione è inserita: non fra le misure volte a garantire adeguato sostegno alle cure parentali e a favorire le opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, come pure ci si sarebbe potuto aspettare, ma all'interno della delega in materia di «semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro». Va da sé, dunque, che il principale obiettivo perseguito pare essere lo snellimento delle procedure di convalida attualmente in vigore, giungendo finanche alla loro abrogazione e alla sostituzione con vincoli assai più snelli, capaci (forse) di evitare il ricorso a pratiche illecite ma lasciando in secondo piano il perseguimento di obiettivi altrettanto importanti, quali la tutela dei lavoratori genitori nel delicato momento in cui questi si trovano a dover scegliere fra la prosecuzione della vita professionale e l'adempimento dei propri compiti di cura.

Tale rischio si fa poi tanto più forte se si analizza la proposta formulata in materia nell'ambito del Codice semplificato del lavoro presentato da Pietro Ichino e che potrebbe dar corpo alla delega al Governo, essendo stato presentato da Matteo Renzi come parte integrante del suo programma elettorale. Recuperando alcune riflessioni formulate in passato<sup>422</sup> e a suo tempo già recepite nel

<sup>420</sup> Così si esprime la relazione di accompagnamento al d.d.l. AC 272, intitolato *Disciplina delle modalità di sottoscrizione della lettera di dimissioni volontarie e della lettera di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro*, presentato dal PD (Bellanova e altri) il 15 marzo 2013.

<sup>421</sup> Si tratta del d.d.l. AC 254, rubricato *Disposizioni in materia di modalità per la risoluzione del contratto di lavoro per dimissioni volontarie del lavoratore e del prestatore d'opera*, presentato anch'esso il 15 marzo 2013, per iniziativa di SEL (Vendola e altri).

<sup>422</sup> Sul punto cfr. Fezzi 1994, p. 238; Meucci 1994, p. 214; Voza 2007, p. 135; Ichino 2008, p. 415. Con tono critico Trioni 2008, pp. 230 s.

d.d.l. 884/2008 di medesima provenienza, tale proposta (oltre a prevedere una sanzione penale per il datore di lavoro che si avvalga della pratica delle dimissioni in bianco) suggerisce di introdurre il diritto di revocare l'atto di risoluzione entro un breve periodo decadenziale, che il testo più recente della proposta riduce da tre a due giorni: secondo le intenzioni del proponente, una simile regolamentazione – frutto di una valutazione comparativa «dell'entità delle distorsioni prodotte dalle protezioni» riconosciute ai lavoratori e «dell'entità del pericolo sociale che si vuole evitare» (Ichino 2008, p. 415) – consentirebbe al dipendente di valutare con attenzione le ragioni e gli effetti dell'atto compiuto e al contempo renderebbe vano il ricorso alla pratica delle dimissioni in bianco, senza tuttavia caricare alcun onere sull'azienda. Sennonché la proposta in questione non pare idonea a raggiungere nessuno dei due obiettivi perseguiti.

Quanto al primo, affinché la previsione del diritto di ripensamento possa effettivamente mettere il lavoratore nella condizione di ponderare maggiormente la propria scelta è necessario che il suo esercizio possa avvenire entro un periodo di tempo ragionevolmente lungo, quale non può considerarsi un lasso di soli due giorni, e che durante tale periodo il lavoratore possa confrontarsi con una rete di contatti appositamente predisposta al fine di rendere quest'ultimo consapevole dei diritti lui riconosciuti e di eventuali alternative alla rinuncia al lavoro. Su tale modello, a ben vedere, si fonda il diritto di revoca previsto dalla l. n. 92/2012 che, come si è visto, attribuisce al dimissionario la possibilità di mutare il proprio convincimento entro il periodo di sette giorni, la cui durata – pur breve – pare ragionevole: poiché il diritto di revoca affianca ora l'obbligo di convalidare le dimissioni, in quei pochi giorni il lavoratore si trova necessariamente a stretto contatto con funzionari della Direzione territoriale del lavoro o con il personale dei Centri per l'impiego, eventualmente con sindacalisti e, soprattutto, può essere messo in contatto con la Consigliera di parità, il colloquio con la quale andrebbe anzi ulteriormente favorito. Privo di tale rete di protezione, il diritto di ripensamento verrebbe viceversa a perdere gran parte delle sue potenzialità, dal momento che il lavoratore lasciato solo difficilmente disporrebbe dei mezzi necessari per mutare il proprio convincimento: suggerendo un notevole balzo all'indietro, la proposta di Codice semplificato del lavoro mira infatti a mantenere l'obbligo di convalida esclusivamente per le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice madre (e non anche dal lavoratore padre) soltanto entro un anno dalla nascita del bambino e a sostituire l'obbligo di confermare le dimissioni e le risoluzioni consensuali del rapporto presentate dalla generalità dei lavoratori con il mero onere per il prestatore di sottoscrivere il talloncino della raccomandata con cui la cessazione del rapporto viene comunicata alla Direzione del lavoro competente, onere dal quale discenderebbero peraltro unicamente effetti *ad probationem* (artt. 2111 e 2117 della proposta).

Perplessità ancora maggiori emergono, inoltre, rispetto all'effettiva capacità del diritto di revoca di garantire la certezza della data delle dimissioni e, conseguentemente, di impedire il ricorso a pratiche abusive, così come previsto dalla legge delega: è chiaro, infatti, che se non fosse introdotta altra barriera all'illegalità, al datore di lavoro che intenda avvalersi della pratica delle dimissioni in bianco sarebbe sufficiente retrodatare la lettera di risoluzione del rapporto così da far risultare già trascorso il termine per l'esercizio del diritto in questione.

Il rischio è dunque quello di ripercorrere i passi compiuti nei primi tempi della sedicesima legislatura quando, come si è visto, nel nome della semplificazione normativa si è proceduto all'abrogazione di un sistema certamente farraginoso, ma non per questo inutile. Ancora una volta il legi-

slatore, piuttosto che cercare di introdurre migliorie all'apparato esistente, sembra infatti accingersi a buttar via il bambino con l'acqua sporca: con risultati della cui bontà al momento non si può che dubitare.

## 5. Tirando le fila del discorso

Il quadro che emerge analizzando le disposizioni adottate nell'ultimo triennio e dotate di implicazioni sull'occupazione femminile non è certo nitido. Se anche fosse possibile porre sui due piatti della bilancia le norme che effettivamente paiono aver contribuito ad incrementare la quantità e la qualità dell'occupazione femminile (si pensi soprattutto ad alcune delle novità in materia di conciliazione, ma anche, almeno in parte, al meccanismo di convalida delle dimissioni) e quelle che, viceversa, sembrano aver reso ancora più fragile la presenza delle donne nel mercato del lavoro (a partire dall'avvenuta liberalizzazione dell'utilizzo del contratto a termine), è probabile che le due misure ondulerebbero in modo vistoso, pendendo ora da una parte, ora dall'altra.

Oltre alla stretta commistione di pregi e difetti mostrati all'atto dell'applicazione pratica da ciascuna delle disposizioni prese in esame, una valutazione più precisa è infatti impedita dall'"andamento a gambero" adottato dal legislatore, che ad ogni passo avanti ne fa seguire due indietro: spesso oggetto di una riscrittura frenetica, le misure potenzialmente capaci di favorire la partecipazione nel mondo del lavoro delle donne (e, più in generale, dei soggetti portatori di esigenze conciliative) sono infatti giustapposte a previsioni che, viceversa, rischiano di ripercuotere i loro più gravi effetti pregiudizievoli proprio sul genere femminile. Quel che pare assodato, ad ogni modo, è la crescente attenzione riservata al macro-tema dell'occupazione femminile: scelta di per sé apprezzabile ma certamente non sufficiente. Sebbene sia senz'altro vero che i Governi che si sono succeduti alla guida del Paese nell'ultimo triennio hanno effettivamente provato a irrobustire il filo rosa che attraversa il panorama legislativo italiano, in tratti non secondari l'ago pare infatti essere sfuggito di mano al sarto. E si sa che anche un solo filo non ben annodato rischia di compromettere la struttura e la tenuta dell'intera maglia.

## Riferimenti bibliografici

Albi P. (2014), *Le modifiche al contratto a termine (art. 1)*, in Carinci F., Zilio Grandi G. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto I, Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press, p. 109.

Ales E. (2008), *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'adult worker model nell'ordinamento italiano*, in LD, p. 533.

Alessi C. (2014), *La giurisprudenza trentina sui lavori atipici: lavoro a tempo parziale e lavoro a termine*, in Mattei A., *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo*, Napoli: Editoriale Scientifica, p. 133.

Altavilla R. (1987), *Le dimissioni del lavoratore*, Milano: Giuffrè.

Altieri G., Ferrucci G., Dota F. (2008), *Donne e lavoro atipico: un incontro molto contraddittorio*, 3° Rapporto dell'Osservatorio Permanente sul lavoro atipico in Italia, Roma: Ires.

Anastasia B. (2013), *Donne e giovani: l'impatto degli incentivi*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 21 giugno.

- Ballestrero M.V. (2008), *Recesso on line: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *LD*, p. 511.
- Ballestrero M.V. (2014), *Così si scambia l'eccezione con la regola*, in *Lavoro&Welfare*, n. 4, p. 13.
- Berton F., Richiardi M., Sacchi S. (2009), *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna: Il Mulino.
- Boeri T., Figari F. (2011), *Un pezzo di riforma fiscale per incentivare il lavoro*, in *www.lavoce.info*, 24 giugno.
- Bolego G. (2000), *La gestione individualizzata dell'orario di lavoro nel «nuovo» part-time*, in *RIDL*, I, p. 437.
- Bolego G. (2008), *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full-time*, in *RIDL*, II, p. 825.
- Brollo M. (2013), *Misure per l'occupazione femminile tra tutele e incentivi*, in *LG*, p. 113.
- Brollo M. (2015), *Il potere di revoca del part-time nelle pubbliche amministrazioni supera il vaglio della Corte di giustizia Ue*, in *LG*, p. 32.
- Bruno A. (2013), *Interventi in favore dei lavoratori anziani e incentivi all'occupazione*, in Persiani M., Liebman S., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Torino: Utet, p. 605.
- Canavesi G. (2008), *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *ADL*, p. 31.
- Calafà L. (2014), *La delega alla conciliazione dei genitori al tempo dell'austerità*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II*, Adapt Labour Studies e-book series, n. 32, p. 145.
- Carinci F. (2015), *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in Carinci F., Tiraboschi M. (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, Adapt Labour Studies e-book series, n. 37, p. 65.
- Casotti A., Gheido M.R. (2013), *Assunzione di donne e lavoratori over 50: incentivi*, in *DPL*, p. 2213.
- Cazzola G. (2014), *C'è un giudice anche a Bergamo*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 17 febbraio, n. 7.
- Cgil (2014), *Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it).
- Collins H., Ewing K.D., McColgan A. (2012), *Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Cusin G. (2014), *Quanto costa la maternità alle imprese*, in *www.lavoce.info*, 20 giugno.
- De Heredia Ruiz I.B. (2007), *La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la ley orgánica 3/2007*, in *RDSS*, p. 101.
- Del Boca D., Mencarini L., Pasqua S. (2012), *Valorizzare le donne conviene*, Bologna: Il Mulino.

- Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2004), *Lavoro a tempo parziale*, in Pedrazzoli M. (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna: Zanichelli, p. 469.
- Del Re A. (2012), *Questioni di genere: alcune riflessioni sul rapporto produzione/riproduzione nella definizione del comune*, in *AG-About Gender*, p. 151.
- De Simone G. (2012), *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero, in LD*, p. 600.
- Dessi O. (2014), *Riflessioni sulle recenti "vicende" normative delle dimissioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, n. 222.
- D'Onghia M. (2008), *Dal formalismo convenzionale al formalismo legale per le dimissioni del lavoratore*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari: Cacucci, p. 337.
- Fenoglio A. (2011), *Dimissioni in bianco e art. 18 dello Statuto*, in *RGL*, II, p. 579.
- Fenoglio A. (2012), *L'orario di lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ferrera M. (2008), *Il fattore D. Perché il lavoro delle donne farà crescere l'Italia*, Milano: Mondadori.
- Fezzi M. (1994), *Una modifica legislativa urgente: la riforma delle dimissioni*, in *D&L*, p. 238.
- Giubileo F. (2013), *Incentivi: 9.500 sono veramente un successo?*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 16 ottobre.
- Gottardi D. (2002), *La tutela della maternità nel contratto di lavoro a tempo determinato*, in *MGL*, p. 658.
- Gottardi D. (2012a), *La condivisione delle responsabilità genitoriali in salsa italiana*, in *LD*, p. 609.
- Gottardi D. (2012b), *La tutela della maternità e della paternità*, in Lenti L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*<sup>2</sup>, in Zatti P. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. VI, Milano: Giuffrè, p. 897.
- Gragnoli E. (2014), *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, p. 429.
- Ichino P. (2008), *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, in *RIDL*, I, p. 407.
- Isfol (2007), *Dimensione di genere e lavoro sommerso. Indagine sulla partecipazione femminile al lavoro nero e irregolare*, in [www.isfol.it](http://www.isfol.it).
- Isfol (2012), *I congedi di paternità, un confronto in Europa*, Isfol occasional paper, n. 2, in [www.isfol.it](http://www.isfol.it).
- Isfol (2014), *Audizione dell'ISFOL presso la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 2208 Governo, DL 34/2014: disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, 2 aprile.

- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli: Jovene.
- Levi A. (2013), *Contratto di lavoro e recesso del dipendente*, Torino: Giappichelli.
- Maio V. (2013), *Le norme per il contrasto del fenomeno delle dimissioni e delle finte risoluzioni consensuali «in bianco»*, in Persiani M., Liebman S., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Torino: Utet, p. 617.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT, n. 236.
- Mariucci L. (2014), *Un decreto da cambiare che contraddice il Jobs act annunciato da Renzi*, in *Lavoro&Welfare*, n. 4, p. 25.
- Martini A. (2012), *Aiuto ai precari? No, regalo alle imprese*, in *Lavoce.info*, 12 ottobre.
- Meucci M. (1994), *La tutela del lavoratore dimissionario*, in *DPL*, 1994, p. 2710.
- Meucci M. (2008), *Il rapporto di lavoro in azienda*, Roma: Ediesse.
- Nuzzo V. (2014), *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali e il lavoro a progetto: considerazioni sull’estensione delle tutele della subordinazione al lavoro coordinato e continuativo*, in *DRI*, p. 757.
- Oil (2014), *Maternity and paternity at work. Law and practice across the world*, in [www.ilo.it](http://www.ilo.it), 13 maggio.
- Pellacani G. (2008), *La nuova legge sulle dimissioni volontarie: un inutile omaggio alla cultura del sospetto?*, in *DRI*, p. 177
- Pini P. (2013), *Il bonus giovani tra annunci, dubbi e primi dati. L’insuccesso atteso di un provvedimento estivo*, in [www.sbilanciamoci.info](http://www.sbilanciamoci.info), 8 novembre
- Reding V. (2011), *The European Commission's New Gender Equality Strategy: Towards Quotas for Women in the boardroom?*, Commissione Europea – Speech/11/219, 28 marzo.
- Ricci A. (2014), *Produttività, profitti e uso dei contratti a termine*, paper per la conferenza annuale ESPAnet Italia 2014, in <http://www.espanet-italia.net>.
- Rivellini F. (2013), *Frazionabilità oraria del congedo parentale*, in *DPL*, p. 2369.
- Rossetti C., Vuri D., De Luca G. (2012) *Due crediti d’imposta per il lavoro delle donne*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 19 ottobre.
- Santos Fernández M.D. (2008), *Maternità e conclusione del rapporto di lavoro a termine: profili discriminatori*, in *LD*, p. 689.
- Saraceno C. (2014), *Renzi, il Jobs Act e la precarietà infinita*, in *Lavoro&Welfare*, n. 4, p. 28.
- Smith M., Villa P. (2010), *La nuova Europa 2020 sa di vecchio*, in [www.ingenere.it](http://www.ingenere.it), 2 luglio.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT, n. 233.
- Stenico E. (2010), *La tutela della maternità nel lavoro “atipico”*, in *LD*, p. 439.

Tinti A.R. (2014), *Dimissioni in bianco: l'intervento necessario e la semplificazione pericolosa*, in [www.ingener.it](http://www.ingener.it), 29 aprile.

Tiraboschi M., Tomassetti P. (2014), *Il nuovo lavoro a termine*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University press, 1.

Trioni G. (2008), *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *RIDL*, I, p. 227.

Varesi P.A. (2014), *Contratti flessibili: conoscere per decidere*, *Nuovi lavori*, 25 marzo.

Villa P. (2005), *Lavoro a tempo parziale e modelli di partecipazione femminile al mercato del lavoro nei Paesi europei*, in *LD*, p. 201.

Villa P. (2010), *La crescita dell'occupazione femminile: la polarizzazione tra stabilità e precarietà*, in *LD*, 2010, p. 343.

Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari: Cacucci.

Voza R. (2015), *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs-act*, in *LG*, p. 13.

Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2014a), *L. n. 78/2014 e politiche del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT 220.

Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2014b), *La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine*, in Carinci F., Zilio Grandi G. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto I, Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press, p. 3.

## I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico\*

Mariapaola Aimo

1. Il nodo del precariato nel comparto Scuola	151
2. Le assunzioni a termine del personale scolastico: norme applicabili e soluzioni giurisprudenziali	152
3. Un giudice <i>a quo</i> d'eccezione per la Corte di giustizia: la Corte costituzionale	157
4. Precari della scuola <i>versus</i> MIUR nel caso <i>Mascolo</i> : 1 a 0	160
5. In attesa della pronuncia della Corte costituzionale	164

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 240/2015

## 1. Il nodo del precariato nel comparto Scuola

Portandosi dietro una certa scia di clamore mediatico, è finalmente arrivata la risposta dei giudici di Lussemburgo ai rinvii pregiudiziali operati dalla Corte costituzionale italiana e prima ancora dal Tribunale di Napoli in merito alla compatibilità della normativa italiana relativa al cd. precariato scolastico rispetto alla Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato: i profili di interesse suscitati dalla sentenza *Mascolo*<sup>423</sup> - con cui la Corte di giustizia ha espresso, come si vedrà, un giudizio di sostanziale incompatibilità della disciplina domestica controversa rispetto a quella dell'Unione - sono senza dubbio molti e rilevanti, sia di diritto interno sia di diritto europeo, tanto processuali quanto di merito.

Nei confronti di tale pronuncia si è via via sviluppata, negli ultimi mesi, una forte attesa: *in primis* da parte della categoria dei lavoratori precari interessati - insegnanti e personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA), molti dei quali ricorrenti in procedimenti giudiziari promossi innanzi ai giudici del lavoro e sospesi aspettando la pronuncia della Corte di giustizia - e delle loro organizzazioni sindacali, ma anche da parte dello Stato, ed in particolare del Ministero dell'istruzione, che, dopo i provvedimenti adottati negli scorsi anni<sup>424</sup>, nel settembre 2014 ha annunciato e programmato modifiche nella materia e specificamente l'adozione di un piano straordinario di assunzioni nella scuola<sup>425</sup>. Ben noto e di certo non nuovo in Italia è infatti il "problema dei precari della scuola" e la stessa Corte di giustizia - ormai avvezza a misurarsi con la normativa italiana sui contratti a termine dei lavoratori pubblici - risulta ben avvertita della rilevanza e complessità della questione, così come lo sono l'Avvocato generale Szpunar, che ha presentato alla Corte le sue Conclusioni nel caso qui in esame<sup>426</sup>, e la Commissione europea, che già nel 2011 ha aperto nei confronti del nostro paese due procedure di infrazione per la non corretta trasposizione della Direttiva 1999/70 proprio con riferimento al personale a tempo determinato impiegato nella scuola pubblica<sup>427</sup>.

<sup>423</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo e a.*, non ancora pubbl.

<sup>424</sup> Un «piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e ATA» è stato previsto, per gli anni 2011-2013, dall'art. 9, co. 17, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in l. 12 luglio 2011, n. 106, e, per gli anni 2014-2016, dall'art. 15, co. 1, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2013, n. 128.

<sup>425</sup> Lo si evince dal Rapporto MIUR *La Buona Scuola. Facciamo crescere il Paese* (consultabile in <https://labuonascuola.gov.it/>), ove sono proposti un piano straordinario per assumere a settembre 2015 quasi 150 mila docenti ed il bando di un nuovo concorso a cattedra, oltre che modifiche dell'attuale sistema di reclutamento (una regolare indizione di concorsi dovrebbe infatti d'ora in poi permettere di coprire con docenti assunti a tempo indeterminato i posti che si renderanno vacanti e disponibili per effetto del *turn over* a decorrere dall'anno 2016). Nella legge di stabilità 2015 (l. n. 190/2014) è stato istituito un fondo *ad hoc*, denominato *Fondo La buona scuola*, con una dotazione di 1.000 milioni di euro per l'anno 2015 e di 3.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016, finalizzato prioritariamente alla realizzazione del suddetto piano straordinario di assunzioni (art. 1, co. 4 e 5).

<sup>426</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale, 17 luglio 2014, cause riunite nn. C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo e a.*, non ancora pubbl.

<sup>427</sup> Delle due procedure attivate è tuttora pendente la procedura n. 2010/2124, la quale risulta essere nella fase della messa in mora complementare ai sensi dell'art. 258 TfUE (vedi <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>); sul punto cfr. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, Bari, 2013, p. 130 s.

L'intera vicenda presenta inoltre - più in generale - un aspetto processuale di evidente novità e di sicuro rilievo, poiché con la sentenza *Mascolo*, com'è noto, la Corte di giustizia ha risposto al dialogo diretto che il giudice delle leggi italiano ha aperto nei suoi confronti attraverso una pregiudiziale interpretativa sollevata per la prima volta in un procedimento incidentale.

## 2. Le assunzioni a termine del personale scolastico: norme applicabili e soluzioni giurisprudenziali

Non v'è dubbio - come ha più volte ripetuto la Corte di Lussemburgo - che l'ampio ambito di applicazione della Direttiva 1999/70 comprende tutti i lavoratori a tempo determinato, «senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro»<sup>428</sup> e senza escludere alcun settore particolare<sup>429</sup>. Dall'osservanza dei vincoli posti dall'Unione in materia di contratti a tempo determinato non può pertanto prescindere l'articolato quadro normativo nazionale in materia di reclutamento nel settore dell'insegnamento, che presenta a ben vedere un carattere di "doppia specialità", tanto rispetto alla disciplina sui contratti flessibili nell'impiego pubblico contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, quanto rispetto alle regole generali sul lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001.

Se, infatti, l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, relativo all'«utilizzo di contratti di lavoro flessibile», si pone come norma speciale, al contempo di prevenzione degli abusi e sanzionatoria<sup>430</sup>, in relazione al d.lgs. n. 368/2001, il quale è applicabile al settore pubblico salvo che sia diversamente disposto<sup>431</sup>, un ulteriore tratto di specialità si profila proprio con riguardo al personale scolastico, poiché l'art. 70, co. 8, dello stesso d.lgs. n. 165, dopo aver ribadito il principio di carattere generale secondo cui le sue disposizioni si applicano al comparto della scuola, specifica tuttavia che le procedure di reclutamento in tale ambito restano assoggettate alla particolare regolamentazione di cui al d.lgs. n. 297/1994 e successive modificazioni ed integrazioni: vale a dire ad una disciplina

<sup>428</sup> V. Corte Giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.*, 2006, p. 6057, punto 56, Corte Giust., 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo*, non ancora pubbl., punto 29.

<sup>429</sup> Cfr. la sentenza *Fiamingo*, cit., punto 38; l'espressa affermazione dell'applicabilità della Direttiva al personale assunto nel settore dell'insegnamento è ora contenuta nella sentenza *Mascolo*, cit., punto 69.

<sup>430</sup> Tale disposizione, com'è noto, è in stato di perenne modifica e pertanto di non agevole lettura: secondo l'attuale formulazione del comma 2, in particolare, le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», mentre il comma 5 regola il sistema sanzionatorio in caso di violazione di disposizioni imperative sull'assunzione vietando - in nome del precetto, di cui all'art. 97 Cost., dell'accesso agli impieghi nella p.a. mediante pubblico concorso - il meccanismo vigente nell'impiego privato della conversione a tempo indeterminato del contratto a termine illegittimamente stipulato e sostituendolo con la sanzione del risarcimento del danno, con l'obbligo per l'amministrazione di «recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave»; ai sensi del co. 5-*quater* (aggiunto dal d.l. n. 101/2013, conv. con mod. dalla l. n. 125/2013), i contratti a termine posti in essere in violazione dello stesso art. 36 sono nulli e determinano responsabilità erariale, responsabilità dirigenziale e l'impossibilità di erogare al dirigente responsabile la retribuzione di risultato. Con riguardo al sistema sanzionatorio, pur riconoscendo la rilevanza in termini di dissuasività dell'accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici realizzata grazie alle modifiche via via intervenute, resta tuttavia centrale, ai fini del rispetto dei parametri di effettività ed efficacia della sanzione in caso di abuso richiesti dal diritto europeo (su cui cfr. nota 11), la garanzia di una sanzione efficace a favore del lavoratore interessato, quanto meno riconoscendogli un risarcimento adeguato. Per una lettura della norma, v., *ex multis*, P. Saracini *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 157 ss., V. Pinto, *op. ult. cit.*, p. 61 ss., e E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle Pubbliche Amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 417 ss.

<sup>431</sup> Cfr. V. Pinto, *op. ult. cit.*, p. 105 ss.

*ad hoc* che fissa le modalità di immissione in ruolo del personale docente ed ATA<sup>432</sup>, a cui si affianca un *corpus* normativo dedicato alle cd. supplenze, cioè ai contratti di lavoro a tempo determinato, contenuto nella l. n. 124/1999.

Proprio l'art. 4 di quest'ultima legge - che distingue tra supplenze annuali su organico "di diritto", affidate «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» e relative a posti disponibili e vacanti (con scadenza al termine dell'anno scolastico), supplenze temporanee su organico "di fatto", riguardanti posti disponibili ma non vacanti (con scadenza al termine delle attività didattiche), e infine supplenze più brevi, destinate a durare fino alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte - è la disposizione che i Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, per asserita violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., integrato dalla norma comunitaria interposta costituita dalla clausola 5.1 della Direttiva 1999/70, e della cui compatibilità col diritto dell'Unione la Consulta ha chiesto lumi alla Corte di giustizia, interrogandola, come si dirà, sull'interpretazione di tale disposizione europea volta alla prevenzione degli abusi nella reiterazione dei contratti a termine.

Bisogna però preliminarmente ricordare il cospicuo contenzioso che - a fronte di un numero quantitativamente (e patologicamente) significativo di docenti e lavoratori ATA "stabilmente precari" e di una conseguente forte, ma inascoltata, domanda di vera stabilizzazione proveniente da costoro - si è in questi anni generato nelle aule di giustizia: un contenzioso vertente sulla legittimità rispetto ai dettami europei dell'ormai ordinaria reiterazione nel comparto scolastico delle assunzioni a termine (in parte parallelo al più generale tema della sanzione applicabile ai contratti a termine stipulati in maniera illegittima dalle pubbliche amministrazioni<sup>433</sup>) ed in particolare sull'applicabilità o meno al personale docente e ATA del limite di cui all'art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, che, introdotto dalla l. n. 247/2007 per l'appunto al fine di adeguare l'ordinamento interno a quello europeo, fissa un tetto massimo di 36 mesi complessivi alle successioni di contratti a termine, pena la loro trasformazione in contratti a tempo indeterminato. Sono stati proprio l'allarme suscitato da tali crescenti controversie e le risposte via via fornite dai giudici di merito a quegli interrogativi - alcune delle quali hanno riscontrato un contrasto tra diritto europeo e

<sup>432</sup> È ad oggi vigente il cd. "sistema a doppio canale", che prevede che le assunzioni a tempo indeterminato abbiano luogo per il 50% dei posti mediante concorsi per titoli ed esami (che non sono stati banditi nel lungo arco di tempo compreso tra il 1999 e il 2011, sebbene nel disegno del legislatore se ne prevedesse l'indizione con frequenza triennale) e per il restante 50% attingendo da graduatorie in cui sono inseriti sia docenti che hanno vinto concorsi pubblici sia docenti che hanno seguito corsi di abilitazione all'insegnamento e che vengono altresì utilizzate per conferire le supplenze in base all'ordine in graduatoria (il quale si determina in base ad una progressione principalmente legata alla ripetizione degli incarichi di supplenza).

<sup>433</sup> In proposito sono ben conosciute tanto l'annosa questione dell'ammissibilità - sotto il profilo costituzionale e comunitario - di una sanzione differenziata tra lavoro privato e pubblico, quanto la controversia giurisprudenziale sulla qualificazione e quantificazione del danno da risarcire ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001, alla luce dei criteri di effettività della sanzione richiesti dal diritto dell'Unione europea. Sotto questo secondo profilo - in estrema sintesi e semplificando (rinviando sul punto a L. Di Paola, I. Fedele, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, ai saggi citati in nota 8, nonché alle osservazioni che verranno svolte nel seguito) - si sono registrate forti oscillazioni nella giurisprudenza di merito tra chi, sulla base dell'assunto secondo cui il danno arrecato al lavoratore corrisponde alla perdita del posto di lavoro, lo solleva in sostanza dall'onere di provare tale pregiudizio e rinviene in parametri di quantificazione diversi i regimi sanzionatori per equivalente da applicare ai casi di specie, e chi, invece, nega la configurabilità di un danno *in re ipsa* e ritiene che il diritto al risarcimento del danno di cui al citato art. 36 deve, secondo le categorie generali, essere provato in giudizio dal lavoratore con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento. Quest'ultima è la posizione adottata dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 138), successivamente ribadita in altre pronunce, ma più di recente espressamente censurata dalla stessa Suprema Corte: per un accenno a questi sviluppi giurisprudenziali si rinvia *infra*, par. 5.

nazionale, distinguendosi poi con riferimento alle soluzioni fornite nei casi di specie (compresa quella della conversione del rapporto) - ad indurre il legislatore italiano a integrare il quadro normativo sul reclutamento scolastico: in un primo momento, nel 2009, ribadendo che i contratti stipulati a tempo determinato con i docenti per la copertura di supplenze annuali possono convertirsi in contratti a tempo indeterminato soltanto con l'immissione in ruolo dei docenti stessi<sup>434</sup> ed in un secondo momento, nel 2011, escludendo *expressis verbis* dall'ambito di applicazione della normativa generale di cui al d.lgs. n. 368/2001 - e segnatamente del suo art. 5, co. 4-*bis* - i contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze nelle scuole, «considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato»<sup>435</sup>.

L'articolato quadro normativo sin qui descritto è stato oggetto, come si è accennato, di valutazioni divergenti da parte della giurisprudenza con riguardo alla sua compatibilità col diritto europeo<sup>436</sup>. Tra i diversi giudici di merito che hanno adottato la tesi della non conformità - ritenendo in linea di massima contrastanti con la Direttiva le supplenze con cui si coprono, senza prevedere alcuna misura di prevenzione degli abusi, posti già compresi nella pianta organica ma vacanti perché ancora privi di titolare e facendo viceversa salve solo quelle che rispondono ad esigenze connotate da temporaneità -, vi è chi ha fatto poi applicazione del limite massimo di 36 mesi di cui al citato art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 in caso di maturazione del triennio di precariato prima dell'entrata in vigore dell'espressa esclusione decretata nel 2011 (ritenendola pertanto innovativa e non meramente ricognitiva dell'assetto esistente) e ha riconosciuto al lavoratore interessato il risarcimento del danno<sup>437</sup>; e vi è chi, invece, ha interpretato l'art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999 - per armonizzarlo col diritto europeo - valorizzando il richiamo che ivi si legge alla necessità di conferire supplenze annuali «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» ed affermando che il ricorso reiterato ad esse potrebbe essere giustificato dall'esigenza di garantire il servizio scolastico solo nell'arco temporale strettamente necessario all'espletamento ciclico di tali procedure, da bandirsi ogni tre anni

<sup>434</sup> In virtù del co. 14-*bis* aggiunto all'art. 4 l. n. 124/1999 dal d.l. n. 134/2009, convertito, con modifiche, in l. n. 167/2009.

<sup>435</sup> Così recita il nuovo co. 4-*bis* dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, aggiunto dal d.l. n. 70/2011, convertito, con modifiche, in l. n. 106/2011.

<sup>436</sup> Sul punto si rinvia, per tutti, alle trattazioni di L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 699 ss., e di L. Fiorillo, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 686 ss.

<sup>437</sup> V., ad es., Trib. Genova, 25 marzo 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 418, secondo cui, «in caso di illegittimità della clausola di durata apposta ai contratti a termine del personale delle scuole, non operando ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la conversione del rapporto di lavoro, deve essere riconosciuto al lavoratore un risarcimento economico da quantificarsi con riferimento all'art. 18 st. lav.»; v. invece Trib. Trani, 24 ottobre 2011, in *Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro* (in [www.dirittisocialitrentino.it](http://www.dirittisocialitrentino.it)), che ha disposto la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto in caso di completamento del triennio entro la data di entrata in vigore dell'integrazione legislativa apportata nel 2009 (muovendosi anche sulla scorta delle note pronunzie di merito che hanno superato, con varie argomentazioni, il generale divieto di conversione giudiziale stabilito dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, in nome del principio costituzionale dell'accesso agli impieghi pubblici tramite concorso: v. Trib. Siena, 27 settembre 2010, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, p. 472, con nota di P. Saracini; Trib. Livorno, 25 gennaio 2011, in *G. lav.*, 2011, n. 10, p. 17, con nota di F. Putaturo Donati; Trib. Siena, 13 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 374, con nota di F. Siotto); v. pure Trib. Napoli, 16 giugno 2011, in *Lav. giur.*, 2011, p. 961 s.

(ai sensi dell'art. 400 del d.lgs. n. 297/1994), oltre i quali l'assunzione diverrebbe illegittima, dando luogo al diritto al risarcimento del danno<sup>438</sup>.

Altri giudici di merito, al contrario, hanno valutato come conforme al diritto dell'Unione la disciplina del reclutamento nel settore scuola<sup>439</sup> e tale minoritario orientamento è stato avallato nel 2012 dalla giurisprudenza di legittimità, che - pronunciandosi per la prima volta in materia - ha sottolineato come un siffatto quadro normativo, in ragione della sua completezza, organicità e funzionalizzazione, abbia natura autonoma e speciale e sia rispondente «a criteri razionali e di efficienza ed atto a prevenire l'abuso nella successione di contratti a termine, in armonia con la Direttiva»<sup>440</sup> sul contratto a tempo determinato, con la conseguente non sanzionabilità della sequenza di supplenze annuali (né con la conversione in contratto a tempo indeterminato, né col risarcimento del danno) per mancanza di un abuso del diritto nella reiterazione dei contratti. Secondo l'impostazione della Suprema Corte, in sostanza, il *corpus* normativo in questione, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica, cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione<sup>441</sup>, non si porrebbe in contrasto con la Direttiva 1999/70 poiché costituirebbe «norma equivalente» alle misure di prevenzione imposte dalla sua clausola 5<sup>442</sup>, le quali possono non essere applicate nel caso in cui siano già in vigore nell'ordinamento nazionale misure appunto equivalenti, cioè capaci – secondo la nozione fornita dalla Corte di giustizia – di impedire effettivamente l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine<sup>443</sup>.

Nonostante il giudizio della Corte di Cassazione di «piena compatibilità» delle norme europee con le speciali disposizioni interne, questa delicata questione interpretativa non si è sopita, anzi: oltre

<sup>438</sup> App. Roma, 26 marzo 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 645 ss. (ove si ritiene, in ossequio all'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno rispetto a quello europeo, che il lavoratore deve essere esonerato dalla prova del pregiudizio subito, da stimarsi giudizialmente in via equitativa attraverso il parametro dell'art. 18 st. lav.); v. anche Trib. L'Aquila, 27 giugno 2012, in *Riv. critica dir. lav.*, 2012, p. 410 e le sentenze pubblicate dall'Osservatorio trentino, cit.

<sup>439</sup> V., tra le altre, App. Perugia, 8 marzo 2011, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1307 (con nota di L. Ratti); App. Genova, 22 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, p. 2004; App. Milano, 27 giugno 2012, in *Riv. critica dir. lav.*, 2012, p. 411, secondo cui il sistema delle supplenze nella scuola «rappresenta un corpo di norme equivalenti idoneo a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, in quanto consente l'instaurazione di rapporti a termine solo a fronte di esigenze precise e concrete, tipizzate legislativamente e attraverso procedure rigide e prive di discrezionalità per l'amministrazione nella scelta del destinatario dell'assunzione a termine». V. anche le sentenze pubblicate dall'Osservatorio trentino, cit.

<sup>440</sup> Così Cass., 20 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 870 (con nota di L. Fiorillo).

<sup>441</sup> La Corte di Cassazione sottolinea infatti che il conferimento dell'incarico di supplenza, da un lato, avviene sulla base della posizione acquisita in graduatoria, comportando «necessariamente la reiterazione degli incarichi che, pur tuttavia, rimangono temporanei e collegati ciascuno alla specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico», e dall'altro costituisce il veicolo «attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo» (e per questo, secondo la Suprema Corte, la normativa in esame rappresenta una legittima ipotesi di applicazione dell'art. 97 Cost. nella parte in cui consente alla legge di derogare alla regola del concorso pubblico; v. anche *infra*, nota 10).

<sup>442</sup> Cass., 20 giugno 2012, n. 10127, cit., ha inoltre specificato – a differenza della richiamata giurisprudenza di merito (v. *supra*, nota 15) - il «valore d'interpretazione autentica, per rendere chiaro ed espresso quello che già si vinceva dal precedente sistema normativo», dell'espressa esclusione, operata dal legislatore nel 2011, delle supplenze scolastiche dall'ambito di applicazione della normativa generale di cui al d.lgs. n. 368/2001.

<sup>443</sup> Corte giust., 4 luglio 2006, *Adeneler*, cit., punto 65; Corte giust., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 2009, p. 3071, punto 76.

a posizioni assunte in senso opposto dalla giurisprudenza di merito<sup>444</sup>, nel corso del 2013 si è assistito, come si è già accennato, a diversi rinvii pregiudiziali del Tribunale di Napoli alla Corte di giustizia vertenti sulla medesima questione<sup>445</sup> ed altresì alle decisioni dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme di provocare il controllo di costituzionalità - rispetto all'art. 117, co. 1, Cost., integrato dalla pertinente disposizione comunitaria interposta - della normativa interna di settore, sul duplice presupposto di un suo palese conflitto col diritto europeo e dell'impossibilità di superarlo "con le proprie forze", né mediante la non applicazione della fonte interna incompatibile (essendo quella europea priva di effetto diretto<sup>446</sup>), né in via ermeneutica, dovendo l'obbligo di interpretazione conforme arrestarsi di fronte all'incompatibilità assoluta fra norma sovranazionale e nazionale, prodottasi nella fattispecie in considerazione dell'espressa sottrazione legislativa delle supplenze scolastiche alla disciplina limitativa interna adottata in attuazione della Direttiva dell'Unione<sup>447</sup>. Nel sollevare l'incidente di costituzionalità i giudici remittenti non hanno inoltre mancato di rilevare ciò che definiscono un «paradosso», consistente nella circostanza per cui, «da un lato, l'Amministrazione non bandisce i concorsi preordinati al soddisfacimento dell'ordinario, e durevole, fabbisogno di personale» e, dall'altro, preclude ai lavoratori assunti a termine conformemente allo speciale diritto interno la conversione del rapporto «trincerandosi dietro la regola costituzionale del concorso pubblico» ed alimentando così «la costante violazione, da parte delle autorità scolastiche, della dignità del lavoro»<sup>448</sup>. Al contempo hanno sottolineato che la scelta del legislatore di consentire che un lavoratore possa, «senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore<sup>449</sup>, trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale supplente» è motivata unicamente da un'esigenza di risparmio, di contenimento della spesa pubblica, cioè

<sup>444</sup> V. Trib. L'Aquila, 27 giugno 2012, cit.; v. anche le argomentazioni di Trib. Trapani, 15 febbraio 2013 (pubblicata dall'Osservatorio trentino, cit.), che ha condannato il Miur al risarcimento del danno da lucro cessante futuro a favore di un insegnante supplente su posti vacanti e disponibili, quantificandolo in via equitativa, in considerazione del fatto che, «così come l'Amministrazione scolastica ha annualmente assunto la parte ricorrente a tempo determinato [...], è presumibile che altrettanto farà per gli anni a seguire», sino al raggiungimento dell'età pensionabile.

<sup>445</sup> V. Trib. Napoli, 15 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 341 (con nota di M. L. Vallauri). Cfr. su tali ordinanze le osservazioni di V. De Michele, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), pubblicato il 20 ottobre 2013.

<sup>446</sup> Si deve ricordare che la Corte di giustizia ha negato – a partire dalla sentenza *Impact* (Corte giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, in *Racc.*, 2008, p. 2483, punti 78-79) – l'effetto diretto della clausola 5 della Direttiva, dal momento che essa lascia agli Stati la scelta delle misure di prevenzione degli abusi (e non è quindi, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale), pur sottolineando che la discrezionalità dei paesi membri nella scelta non è illimitata, non potendo mai pregiudicare lo scopo e l'effettività della Direttiva.

<sup>447</sup> Trib. Roma, 2 maggio 2012 (ordinanze n. 143 e 144), in *GU 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 33 del 22 agosto 2012, e Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012 (ordinanze n. 248 e 249), in *GU 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 44 del 7 novembre 2012. V. anche il rinvio operato da Trib. Trento, 27 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3169, a cui la Corte costituzionale ha risposto con l'ordinanza del 18 luglio 2013, n. 206, dichiarando l'inammissibilità per difetto di rilevanza.

<sup>448</sup> Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012, cit.

<sup>449</sup> In entrambe le ordinanze citate si pone infatti l'accento sul fatto che, in base alla normativa speciale sulla scuola, «è lecito ed anzi doveroso per le autorità scolastiche», assumere un medesimo lavoratore sulla base delle graduatorie «ripetutamente da un anno all'altro, senza soluzione di continuità, senza l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine, per il solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi» (Trib. Roma, 2 maggio 2012, cit.).

da un interesse che non è «di per sé riconducibile a quella finalità di politica sociale, il cui perseguimento solo consente, secondo la Corte di giustizia, l'utilizzo di contratti a tempo determinato in successione»<sup>450</sup>.

A tali questioni di costituzionalità – sollevate con riferimento al solo art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999, «nella parte in cui consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili [...], mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato»<sup>451</sup> – la Consulta ha risposto, come si è già anticipato, con due quesiti pregiudiziali presentati innanzi ai giudici di Lussemburgo, sconfessando in tal modo il succitato giudizio di piena conformità comunitaria della disciplina di settore formulato l'anno prima dalla Corte di Cassazione (in virtù del quale essa aveva conseguentemente motivato, come giudice di ultima istanza, la sua sottrazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale) e sperimentando un innovativo percorso di dialogo con la Corte di giustizia<sup>452</sup>.

### 3. Un giudice *a quo* d'eccezione per la Corte di giustizia: la Corte costituzionale

La storica scelta del nostro giudice costituzionale di rivolgersi alla “sorella maggiore” rappresentata dalla Corte di Lussemburgo costituisce senz'altro una tappa fondamentale dell'articolato e complesso «cammino comunitario»<sup>453</sup> della Corte costituzionale italiana, grazie a cui si può considerare oggi definitivamente superata quella situazione di autoemarginazione dal dialogo diretto con la Corte di giustizia che ha caratterizzato la giurisprudenza della Consulta quanto meno, come si dirà, sino al 2008.

Per lungo tempo la Corte costituzionale ha infatti preferito instaurare con Lussemburgo «un dialogo indiretto, a distanza, ovvero “per interposta persona”»<sup>454</sup>, negando a sé stessa la legittimazione soggettiva a investire di questioni pregiudiziali la Corte europea e riservando tale compito ai giudici comuni, spronati energicamente ad esercitarlo: non considerandosi, cioè, una «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267 TfUE, valutando di non poter essere inclusa fra gli organi giudiziari, «tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato[le], senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati» propri degli altri giudici<sup>455</sup>.

<sup>450</sup> Trib. Roma, 2 maggio 2012, cit.

<sup>451</sup> Così recita il dispositivo delle ordinanze citate. L'ordinanza Trib. Roma n. 144/2012, cit., ricomprende tra le disposizioni censurate anche il comma 11 dell'art. 4 l. n. 124/1999, che estende l'applicazione delle regole in materia di supplenze del personale docente a quello ATA (essendo ricorrente nella controversia *a quo* un collaboratore amministrativo).

<sup>452</sup> C. cost., 3 luglio 2013, n. 207 (ordinanza), in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 342 (con nota di M. L. Vallauri) e in *Foro it.*, 2014, c. 3059 (con nota di A. M. Perrino).

<sup>453</sup> P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2406 ss.

<sup>454</sup> M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, p. 110.

<sup>455</sup> C. cost., 3 luglio 1995, n. 536, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 502. Sulla giurisprudenza costituzionale prima di tale pronuncia v. diffusamente M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 100 ss., e V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. p. 58 ss.

A corollario di tale posizione, la Corte ha stabilito, com'è noto, una priorità tra la questione pregiudiziale comunitaria e quella di costituzionalità nei casi di cd. "doppia pregiudizialità", ove si ponga un dubbio interpretativo su una norma europea rilevante anche in un giudizio di costituzionalità: imponendo cioè ai giudici comuni di rivolgersi prima alla Corte di giustizia, per poter poi sollevare un eventuale incidente di legittimità costituzionale davanti alla Consulta, e pagando così di fatto il prezzo di una «fuga dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale»<sup>456</sup>.

Si deve altresì ricordare come la Consulta sia rimasta per anni indifferente, in sostanza, ai ripetuti inviti formulati dalla dottrina a rimeditare la strada astensionistica intrapresa e a partecipare attivamente e direttamente al dialogo con la Corte di giustizia: un coro di voci che, pur ritenendo comprensibile la sua ritrosia a «immettersi in un circuito giurisdizionale con la Corte di giustizia che la espone al rischio di sottoporsi all'autorità di un giudice superiore»<sup>457</sup>, l'aveva frequentemente messa in guardia dal controproducente effetto di perdere così l'opportunità di esprimere in sede europea l'autorevole punto di vista dell'ordinamento costituzionale italiano, e conseguentemente d'influire sul bilanciamento finale dei valori fondamentali in gioco da parte dei giudici di Lussemburgo. Esortazioni e stimoli che la Corte ha infine deciso di accogliere con una nota pronuncia del 2008, che ha formalmente segnato l'abbandono del suo ostinato isolamento<sup>458</sup>. D'altra parte, poiché il rinvio pregiudiziale ai giudici europei era stato in quel caso sollevato nel corso di un giudizio di costituzionalità di una legge regionale instaurato in via principale, la Consulta aveva giustificato il proprio mutamento di rotta osservando come nel processo in via d'azione essa si ponga come giudice unico della controversia, a differenza di quanto avviene nei giudizi promossi in via incidentale, in relazione ai quali sembrava dover restare invece valido il suo precedente orientamento di sottrarsi rispetto all'impiego dello strumento del rinvio<sup>459</sup>: cinque anni dopo, tuttavia, anche tale residua barriera è espressamente caduta con la scelta della Corte di aprirsi al confronto diretto anche in sede di giudizio incidentale.

<sup>456</sup> V. Onida, *op. ult. cit.*, p. 62 Sugli orientamenti processuali della Corte costituzionale in relazione ai suoi rapporti col giudice europeo v. ancora M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 102 ss.

<sup>457</sup> M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 118 ss. V. in tal senso i numerosi interventi raccolti negli Atti del seminario svoltosi a Roma al Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007, *cit.*, tra cui cfr. in particolare V. Onida, *op. ult. cit.*, p. 60 ss., che mette in rilievo che la «renitenza della Corte costituzionale a utilizzare in proprio la pregiudiziale comunitaria nasconde il timore di trasformarsi in "esecutrice" della Corte di giustizia», e A. Pace *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi a Roma*, *cit.*, p. 405 ss.

<sup>458</sup> Si tratta in realtà di una coppia di ordinanze coeve: C. cost., nn. 102 e 103 del 13 febbraio 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1194 ss., con note di F. Sorrentino e M. Cartabia; alla sentenza della Corte di Lussemburgo che ha deciso il rinvio pregiudiziale (Corte giust., 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, 2009, p. 10821), è seguita la pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata (C. cost., 17 giugno 2010, n. 216, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2481).

<sup>459</sup> V. infatti l'ordinanza n. 103/2008, *cit.*, ove si afferma che «nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale (la Corte) è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE e che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia». Osserva peraltro F. Ghera, *La Corte Costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1319 ss., che i germi dello sviluppo nel senso di un'apertura totale al dialogo diretto con Lussemburgo si ritrovano nella stessa ordinanza n. 102/2008, laddove la Consulta considera (v. punto 8.2.8.3.) che la nozione di «giurisdizione nazionale» rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale «deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione "interna" dell'organo rimettente» e che «non v'è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede i requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire tale qualificazione» (v. in particolare Corte giust., 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairasmos Farmakopion Aitolas*, in *Racc.*, 2005, p. 4609, punto 29). Altre giurisdizioni costituzionali hanno peraltro rimesso questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, che le ha ritenute ammissibili: v. sul punto Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale*

Senza fornire spiegazioni in merito a quest'ultima evoluzione del suo cammino comunitario<sup>460</sup>, la Consulta con l'ordinanza n. 207/2013 non ha dunque restituito gli atti ai Tribunali remittenti di Roma e Lamezia Terme sollecitandoli al contempo a rivolgersi in prima battuta alla Corte di giustizia, ma - dopo aver semplicemente riconosciuto a se stessa «la natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267 [TfUe] anche nei giudizi in via incidentale» - vi ha provveduto in proprio: ciò in quanto ha ritenuto necessario, ai fini della soluzione della questione di costituzionalità pendente innanzi ad essa, un chiarimento interpretativo della clausola della Direttiva n. 99/70 che funge da norma interposta nel giudizio in questione, con l'obiettivo di innestare nel quesito «ragioni di ordine propriamente costituzionale», tali da richiedere «di essere portati all'attenzione della Corte di giustizia da chi, per il ruolo che assolve, è in grado di difenderne in modo più pieno le ragioni»<sup>461</sup>.

Nel motivare i suoi quesiti pregiudiziali, la Corte costituzionale ha infatti formulato alcune valutazioni a sostegno delle scelte organizzative adottate dal legislatore domestico per governare il servizio scolastico, sottolineando come tali regole siano finalizzate a dare attuazione al diritto fondamentale allo studio garantito dagli artt. 33 e 34 Cost. - i quali richiedono l'adempimento dell'obbligo educativo in termini di effettiva erogazione del servizio - e debbano rispondere alle esigenze di flessibilità fisiologicamente ineliminabili di tale sistema, in particolare di pronto adeguamento ai costanti cambiamenti della popolazione scolastica, nonché alle necessità di contenimento della spesa pubblica<sup>462</sup>. Se queste valutazioni, da un lato, hanno condotto la Consulta a promuovere "sulla carta" l'impianto regolativo, osservando come, «almeno in linea di principio», l'assunzione a termine del personale scolastico possa rispondere alle «ragioni obiettive» di cui alla clausola 5.1 della Direttiva europea, altri elementi, d'altro lato, le hanno fatto mettere in dubbio la sua conformità comunitaria "di fatto". Pur riportando con una certa fiducia i dati relativi alle procedure (realizzate e programmate) di stabilizzazione dei precari della scuola, i giudici costituzionali hanno infatti segnalato che la previsione dell'art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999, in virtù della quale il con-

---

come strumento di dialogo, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2014. V. anche B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013* (21 ottobre 2013), in *Consulta Online*, consultabile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che segnala alcune pronunce, antecedenti all'ordinanza n. 207/2013, che già lasciavano presagire l'apertura poi avvenuta.

<sup>460</sup> La totale mancanza di motivazione del *revirement* è lamentata dalla maggior parte dei commentatori, tra cui v. A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1253 e Romboli, *op. ult. cit.*, p. 27, il quale ciononostante ritiene che si tratti di una «decisione che non consente passi indietro»; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 1/2013 (novembre 2013), legge invece nell'assenza totale di motivazione la volontà della Corte di lasciarsi aperta la possibilità di ritornare sui suoi passi, non ritenendo possibile che una svolta giurisprudenziale del genere possa essere segnata tramite una decisione dal contenuto così scarno.

<sup>461</sup> G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in <http://www.diritticomparati.it>, pubblicato il 28 ottobre 2014 (il quale sottolinea come sia principalmente in virtù del coinvolgimento di questi principi costituzionali che si può comprendere la scelta della Consulta di operare essa stessa il rinvio pregiudiziale). V. anche C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2013, p. 29.

<sup>462</sup> Precisando che si tratta di esigenze che impediscono allo Stato di provvedere con contratti a tempo indeterminato alla copertura di tutti i posti vacanti e disponibili, per non esporsi al rischio di esuberi in caso di successiva diminuzione degli studenti, e che rendono «indispensabile utilizzare un numero significativo di docenti e di personale amministrativo scolastico assunti con contratti a tempo determinato».

ferimento delle supplenze annuali su posti vacanti e disponibili ha luogo «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo», configura la «possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi», come conferma il lungo periodo di interruzione intercorso tra l'ultimo bando di concorso e quello precedente (circa una dozzina d'anni)<sup>463</sup>.

Con tali considerazioni - unite al rilievo per cui «non vi sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un'indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato»<sup>464</sup> - la Corte costituzionale ha concluso la motivazione della propria ordinanza e rivolto ai giudici di Lussemburgo i suoi quesiti sulla «già abbondantemente interpretata»<sup>465</sup> clausola 5.1 della Direttiva.

#### 4. Precari della scuola versus MIUR nel caso Mascolo: 1 a 0

Ancora una volta la Corte di giustizia è dunque chiamata a confrontarsi con la normativa italiana in materia di contratti a termine nella pubblica amministrazione, ma per la prima volta col complesso fenomeno del precariato scolastico nostrano. Riunendo tutti i quesiti interpretativi sollevati sia dal Tribunale di Napoli con diverse ordinanze sia dalla Consulta<sup>466</sup>, i giudici di Lussemburgo vi rispondono con un'unica decisione, anticipata dalle conformi Conclusioni dell'Avvocato generale Spuznar che ha efficacemente sintetizzato le questioni nel seguente interrogativo: «una normativa nazionale che consenta la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con docenti e personale (ATA) [...] nel settore della scuola pubblica per un lungo periodo, vale a dire per diversi anni, e senza che sia stato fissato un termine preciso per l'espletamento di concorsi di

<sup>463</sup> Analogamente la Commissione europea - nelle Osservazioni scritte presentate il 22 maggio 2013, ai sensi dell'art. 23, co. 2, del Protocollo sullo Statuto CGUE, nella cause riunite C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, *Mascolo* (numero di ruolo C-22/13 JT1) a seguito dei succitati rinvii del Tribunale di Napoli (v. *infra*, nota 23) - aveva già sottolineato che, poiché nessuna certezza vi è quanto al momento in cui le procedure saranno espletate, «ciò dipendendo dall'esistenza delle disponibilità finanziarie necessarie e da decisioni organizzative totalmente lasciate alla discrezionalità dell'amministrazione», non vi è «alcun limite certo al numero dei rinnovi dei contratti che l'amministrazione può concludere per la copertura dei posti in questione» (punto 38).

<sup>464</sup> Sul punto v. però le osservazioni di A. Lo Faro, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 287, secondo cui la Corte costituzionale avrebbe dovuto evidenziare un profilo parzialmente diverso, rilevando che «la normativa italiana non prevede il diritto al risarcimento del danno perché, a monte, considera i contratti a termine stipulati nel settore scolastico sempre leciti» (v. *supra*, nota 27).

<sup>465</sup> L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 466.

<sup>466</sup> Le questioni pregiudiziali dei due giudici del rinvio si sovrappongono solo in parte: quelle sollevate dal Tribunale di Napoli sono in totale sette e spaziano dall'interpretazione della Direttiva n. 99/70 (clausole 4 e 5) e della Direttiva n. 91/533, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro, all'interpretazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4.3, TUE, nonché di numerosi principi generali del diritto dell'Unione (certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo di cui all'art. 6.2, TUE, in combinato disposto con l'art. 6 della Cedu e con gli articoli 46, 47 e 52.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); mentre i quesiti avanzati dalla Corte costituzionale sono due e ben più circoscritti, corrispondenti sostanzialmente alla prima questione sollevata dal Tribunale di Napoli, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 5.1 della Direttiva n. 99/70. Come si vedrà, la Corte di giustizia ha risposto solo a questo comune quesito, ritenendo invece non necessario rispondere alle altre questioni avanzate dal giudice di Napoli e dichiarandone alcune irricevibili (su di esse ha invece presentato le sue proposte di soluzione la Commissione nelle Osservazioni, cit. in nota n. 41).

assunzione, prevede misure sufficienti a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a tali contratti»<sup>467</sup> ai sensi della nota clausola 5.1.?

Come saldo preambolo allo sviluppo del proprio discorso, sia l'Avvocato generale sia la Corte non si fanno sfuggire l'occasione per ribadire la centralità che assume il valore della stabilità dell'occupazione nell'impianto e nell'equilibrio della Direttiva, che, al precipuo fine di evitare la precarizzazione del lavoro, obbliga gli Stati a dotarsi tanto di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti a termine quanto di misure sanzionatorie degli eventuali abusi: un beneficio - quello della stabilità - che per il diritto europeo costituisce, come i giudici di Lussemburgo non si stancano appunto di ripetere, «un elemento portante della tutela dei lavoratori»<sup>468</sup>. Fatta questa premessa "di sistema", accompagnata dalla chiara enunciazione dei criteri che devono essere soddisfatti affinché una normativa nazionale possa essere considerata dal giudice domestico idonea, in diritto e in fatto, a conseguire gli obiettivi della Direttiva, la Corte di giustizia opera senza indugio alcune precisazioni importanti ai fini dello svolgimento di tale valutazione interna di compatibilità, sfruttando la «possibilità di dare la sua interpretazione della norma dell'Unione in funzione del suo impatto sull'ordinamento del giudice del rinvio»<sup>469</sup>.

Il punto centrale della questione - essendo incontestata la mancanza di misure nazionali che limitino nel settore della scuola la durata massima totale dei contratti a termine o il numero dei loro rinnovi, ai sensi della clausola 5.1, lett. b) e c), della Direttiva - è opportunamente individuato nella necessità di verificare se la reiterazione delle supplenze sia giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5.1, lett. a). Sul significato che deve essere attribuito a tale fondamentale nozione la Corte, com'è noto, ha avuto modo di pronunciarsi ripetutamente, giungendo all'ormai consolidata posizione secondo cui il concetto di giustificazione oggettiva esige la presenza di «circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività» - quali la particolare natura o le caratteristiche delle funzioni per il cui espletamento i contratti a termine successivi sono conclusi - o il perseguimento da parte di uno Stato membro di una legittima finalità di politica sociale, e invece non ricorre in caso di disposizioni nazionali che si limitano ad autorizzare, in modo generale ed astratto, il ricorso a tali contratti ripetuti e che dunque comportano il rischio concreto di determinarne un impiego abusivo. I ragionamenti sviluppati in precedenza dalla Corte su tali aspetti, in particolare nella sentenza *Kücük*<sup>470</sup>, le permettono di ripro-

<sup>467</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale, 17 luglio 2014, cit., punto 1. I quesiti del Tribunale partenopeo si inseriscono nel quadro di quattro controversie che oppongono le docenti Mascolo, Forni, Racca e Russo al Miur (le prime tre) e al Comune di Napoli (l'ultima) in merito alla validità dei termini apposti alla durata di diversi contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione; il rinvio della Consulta, analogamente, trova origine nelle controversie che oppongono i docenti Napolitano, Cittadino, Zangari e Perrella e il collaboratore amministrativo Romano al Miur, con lo stesso oggetto del contendere. In forza dei suddetti contratti, i ricorrenti hanno lavorato per periodi compresi, a seconda dei casi, tra quattro e sette anni.

<sup>468</sup> Cfr. Corte giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, cit., punto 73 (v. anche le Conclusioni, cit., punti 60-61). Cfr. già Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, 2005, p. 9981, punto 64 e sentenze *Adeneler*, cit., punto 62, e *Angelidaki*, cit., punti 99 e 105.

<sup>469</sup> G. Tesaro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 489.

<sup>470</sup> Corte Giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Kücük*, non ancora pubbl., su cui v. A. Riccobono, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 758 ss.; L. Corazza, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*, cit., p. 10 ss.; D. Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia*

porre nel caso di specie un *iter* argomentativo già sperimentato, pur con gli opportuni adattamenti<sup>471</sup>: si osserva, da un lato, che una normativa nazionale che consente il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo non è di per sé contraria alla Direttiva e può essere, in linea di principio, giustificata da una ragione obiettiva, ma si precisa, d'altro lato, che ciò non basta, in quanto anche «l'applicazione concreta di tale ragione [...] deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro»<sup>472</sup>. Ed è a tale fine che la Corte impone che si verifichi concretamente, attraverso un esame globale delle circostanze del caso, che la reiterazione dei contratti «miri a soddisfare esigenze provvisorie» e che la norma di settore in discussione (l'art. 4 della l. n. 124/1999) «non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale»<sup>473</sup>.

Benché tale verifica sia necessariamente demandata ai giudici nazionali, la Corte non si esime dall'esprimere comunque la sua valutazione. Netta è infatti l'affermazione, riferita esplicitamente alle sole supplenze annuali su posti vacanti e disponibili, secondo cui la nostra normativa nazionale, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti a termine soltanto al periodo necessario all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente - in considerazione dell'applicazione concreta di tale ragione obiettiva - di garantire la conformità al diritto europeo<sup>474</sup>. La Corte puntualmente rileva, infatti, che il sistema non assicura un limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali svolto da uno stesso lavoratore per coprire il posto vacante, poiché non pone un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali, le quali dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione, ed altresì evidenzia, su un piano più generale, che le considerazioni di bilancio, sebbene possano rappresentare il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro, non costituiscono invece, «di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato»<sup>475</sup>. La violazione della Direttiva da parte dell'ordinamento nazionale rilevata dalla Corte si caratterizza dunque per essere un'infrazione in concreto, poiché il rinnovo di contratti a termine è consentito per «soddisfare esigenze che, di fatto, hanno

---

*sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 730; L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche*, cit., p. 709.

<sup>471</sup> Come pronosticato, tra gli altri, da M. L. Vallauri, *I precari della scuola arrivano davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 373, A. Riccobono, *op. ult. cit.*, p. 761 s., A. Lo Faro, *op. ult. cit.*, p. 287 s.

<sup>472</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 91 e 99; v. anche le sentenze *Angelidaki*, cit., punti 101 e 102, e *Kücük*, cit., punto 30; ricordando altresì che il rinnovo di contratti a termine per soddisfare esigenze che di fatto hanno carattere non provvisorio bensì permanente e durevole «è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda [la Direttiva], vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro» (così le citate sentenze *Mascolo*, punto 100, e *Kücük*, punti 36 e 37).

<sup>473</sup> Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punti 39-40.

<sup>474</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 108. Altrettanto netta, se non di più, è la posizione dell'Avvocato generale: v. punti 72-81. Nello stesso senso cfr. Commissione, cit. in nota n. 41.

<sup>475</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 109-110 (sulle ragioni di bilancio v., più in generale, Corte Giust., 20 marzo 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, in *Racc.*, 2003, p. 2741, punto 59, e 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, ivi, p. 1789, punto 53).

un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo»<sup>476</sup>.

La risposta della Corte al dubbio di compatibilità comunitaria del regime delle cd. supplenze scolastiche annuali su organico "di diritto" non potrebbe essere più chiara: si censura inequivocabilmente l'assenza di qualsiasi misura ostativa al ricorso abusivo di contratti a termine in successione<sup>477</sup>, nonché di strumenti per sanzionare debitamente eventuali abusi<sup>478</sup>.

D'altro canto, però, v'è da chiedersi quali indicazioni si possano trarre dalle parole della Corte con riferimento ad una categoria di supplenze scolastiche su cui la sentenza *Mascolo* non si pronuncia espressamente<sup>479</sup>, vale a dire le cd. supplenze temporanee su organico "di fatto" con scadenza al termine dell'attività scolastica (30 giugno), le quali - a differenza dell'ulteriore specie di supplenze più brevi necessarie per sostituire personale assente a vario titolo, perché in congedo di malattia, maternità, parentale ecc. - riguardano posti occorrenti a coprire il fabbisogno reale di ciascuna scuola così come emerge all'inizio dell'anno scolastico e che spesso può non corrispondere al fabbisogno presunto. In merito alle categorie di supplenti diversi da quelli assunti a termine su organico "di diritto", la sentenza *Mascolo* si limita infatti a ribadire, attingendo dal precedente caso *Kücük*, che «la sostituzione temporanea di un altro dipendente al fine di soddisfare, in sostanza, esigenze provvisorie del datore di lavoro in termini di personale può, in linea di principio, costituire una "ragione obiettiva"», evidenziando in particolare che, «nell'ambito di un'amministrazione che dispone di un organico significativo, come il settore dell'insegnamento, è inevitabile che si rendano spesso necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficiano di congedi», a maggior ragione in considerazione degli obiettivi legittimi di politica sociale - quali la tutela della gravidanza, della maternità e della conciliazione degli obblighi professionali e familiari - perseguiti da misure come appunto i congedi<sup>480</sup>. Ma la bussola per l'interprete con riguardo alle supplenze su organico "di fatto" può essere ancora e soprattutto ritrovata nella sentenza *Kücük*, che - pur riconoscendo, in astratto, la legittimità del

<sup>476</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 109. La Corte aggiunge un'interessante osservazione sulla questione del pubblico concorso, rilevando che la normativa italiana «non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione» e che «non è assolutamente ovvio – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali» (punto 111).

<sup>477</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 113.

<sup>478</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 114-119, ove si sottolinea la mancanza nel sistema di sanzioni a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo tali da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione della Direttiva, in quanto al lavoratore precario della scuola non è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti a termine e l'unica possibilità che ha di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato risiede nella (come si è visto) del tutto aleatoria immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria.

<sup>479</sup> Va ricordato, quanto all'oggetto del contendere, che, se è vero che la Corte costituzionale, come si è già sottolineato *supra*, nel suo rinvio pregiudiziale ha circoscritto l'eventuale contrasto col diritto europeo alla sola parte della disciplina interna che consente supplenze annuali su organico di diritto, non altrettanto ha fatto il Tribunale di Napoli, che non ha limitato i suoi quesiti a tale - pur centrale anche nel suo rinvio - tipologia di supplenza.

<sup>480</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 91-93, che richiama la sentenza *Kücük*, cit., punti 30-33.

ricorso a «sostituzioni temporanee in modo ricorrente»<sup>481</sup> - ritiene in ogni caso necessaria da parte delle autorità nazionali competenti una verifica in fatto, «al fine di escludere che i contratti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro», prendendo in considerazione il numero e la durata dei contratti successivi stipulati con la stessa persona<sup>482</sup>. Ed allora - fatta salva, in linea di massima, la giustificazione oggettiva nella distinta ipotesi della sostituzione di personale scolastico assente con diritto alla conservazione del posto, di cui *mutatis mutandis* si è occupata la sentenza *Kücük* e che, come si è visto, risulta espressamente riconosciuta anche in *Mascolo*, e pur tenendo a mente le più generali esigenze organizzative proprie del servizio scolastico rimarcate anche dalla Consulta nel suo rinvio - un interrogativo sulla conformità al diritto europeo potrebbe in effetti porsi in relazione a quelle supplenze scolastiche su organico "di fatto" che si ripetono per tanti anni e per periodi molto estesi nell'anno<sup>483</sup>: anche con riferimento a tale categoria di supplenze seriali, dunque, deve essere operato quel controllo globale "nella pratica" considerato fondamentale per garantire l'effetto utile delle misure imposte dalla Direttiva.

### 5. In attesa della pronuncia della Corte costituzionale

Mentre si dovrà attendere qualche mese per conoscere la "replica" della nostra Corte costituzionale alla sentenza *Mascolo*, la risposta del Tribunale partenopeo è già stata scritta, attraverso tre sentenze sostanzialmente gemelle emesse a gennaio 2015 nelle cause riassunte dinnanzi a tale giudice dopo il verdetto europeo.

Valutando di non essere tenuto ad aspettare il pronunciamento della Consulta, il remittente Tribunale di Napoli ha dunque esercitato il suo dovere di «ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto eurounitario»<sup>484</sup>, e ha ritenuto applicabili *ratione temporis* alle fattispecie in giudizio il limite massimo dei 36 mesi di contratti a termine contenuto nell'art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 ed anche la sanzione ivi prevista della trasformazione a tempo indeterminato di tali contratti temporanei al superamento del triennio, in quanto nelle controversie principali la soglia dei 36 mesi era già stata valicata prima dell'entrata in vigore del nuovo co. 4-*bis* dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto col d.l. n. 70/2011, con cui, come si è già detto, la vigenza di quel limite (e più in generale del d.lgs. n. 368) è stata esclusa per il personale docente ed ATA. Le circostanze di fatto dei giudizi pendenti hanno in sostanza consentito al giudice "di ritorno" - forte delle indicazioni della Corte di giustizia - di indirizzare la sua interpretazione conforme al diritto europeo verso la soluzione dell'applicazione del limite massimo triennale di cui all'art. 5, co. 4-*bis*, così come altre decisioni di merito avevano già fatto

<sup>481</sup> Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punto 38: argomentando che «l'esigenza di personale sostitutivo rimane temporanea poiché si presume che il lavoratore sostituito riprenda la sua attività al termine del congedo, che costituisce la ragione per la quale il lavoratore sostituito non può temporaneamente svolgere egli stesso tali compiti».

<sup>482</sup> Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punto 40; v. già ordinanza del 12 giugno 2008, *Vassilakis*, C-364/07, punto 116, nonché la sentenza *Angelidaki*, cit., punto 157.

<sup>483</sup> L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche*, cit., p. 711; V. De Michele, *L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiamingo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), pubblicato il 10 gennaio 2015, p. 88. In questo senso v. Trib. Torino, 4 dicembre 2014, inedita.

<sup>484</sup> Trib. Napoli, 21 gennaio 2015, inedita.

in passato<sup>485</sup>, con esiti sanzionatori diversificati: in questo caso, come si è detto, il rimedio utilizzato dal Tribunale di Napoli è stato quello della stabilizzazione dei supplenti precari<sup>486</sup>.

Se si allarga lo sguardo al pubblico impiego in generale, oltre il settore scolastico, non va inoltre trascurato che all'indomani della sentenza *Mascolo* anche la Corte di Cassazione ha continuato a dialogare con Lussemburgo, pronunciandosi sulla "sanzione adeguata" in caso di abusi nella successione dei contratti a tempo determinato, ancora alla ricerca di un rimedio idoneo a consentirle di conformare il nostro ordinamento interno alla consolidata posizione della Corte di giustizia - ribadita pure nella sentenza *Mascolo* - che incarica le autorità nazionali di «adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme»<sup>487</sup> che attuano la Direttiva. Il riferimento è alle decisioni rese a fine dicembre 2014 dai giudici di legittimità in risposta, sostanzialmente, alle valutazioni e all'ammonimento rivolti all'ordinamento italiano dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia* in merito al sistema sanzionatorio in caso di abuso di contratti a termine successivi da parte della pubblica amministrazione, con cui i giudici europei hanno valutato in sostanza contrastante col diritto europeo il rimedio risarcitorio domestico ove il diritto al risarcimento sia subordinato all'obbligo per il lavoratore di «fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile» l'esercizio del diritto<sup>488</sup>. A distanza di pochi giorni l'uno dall'altro, due collegi della Suprema Corte hanno fornito soluzioni diverse. In un primo caso si è ribadita apoditticamente la ricostruzione più tradizionale<sup>489</sup> e si è pertanto sottolineata la funzione riparatoria e non di sanzione civile punitiva del risarcimento del danno in questione, ritenendo che quest'ultimo debba essere effettivo, allegato e provato anche «per presunzioni gravi, precise e concordanti, tali dunque da non rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, da parte del lavoratore»<sup>490</sup>. In un secondo caso, invece, la stessa necessità di interpretare il rimedio risarcitorio

<sup>485</sup> V. *infra*, note nn. 15 e 20. In questo senso avevano operato, come si è già visto, diversi giudici di merito (per lo più prima che la Suprema Corte - con la sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392, cit. - riconoscesse alla disposizione aggiunta dal d.l. n. 70/2011 un valore d'interpretazione autentica del precedente assetto normativo, attribuendogli portata retroattiva), sanzionando però l'abuso col risarcimento del danno e non con la conversione del rapporto (cfr. L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 715 ss.).

<sup>486</sup> Il giudice napoletano ha inoltre sottolineato - dovendo decidere casi di reiterate supplenze su organico "di fatto" - che, sebbene la Corte di giustizia abbia ritenuto in contrasto col diritto europeo le assunzioni a termine su posti vacanti e disponibili, «il diritto non consente di differenziare le conseguenze sanzionatorie per le assunzioni su posti vacanti ma non disponibili».

<sup>487</sup> Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 77, ove si ribadisce un orientamento inaugurato con la citata sentenza *Adeneler*, punto 105, nonché, in relazione proprio all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, con le coeve sentenze del 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04, in *Racc.*, 2006, p. 7213, punto 49) e *Vassallo* (C-180/04, *ivi*, p. 7251, punto 34).

<sup>488</sup> Corte Giust., 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*, non ancora pubbl., punto 34; v. la nota di R. Nunin, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 242, e la nota di E. Ales, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 75. La Corte valuta la situazione italiana alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio, secondo cui per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto interno - così come interpretato dalla Corte Suprema - al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante (punti 26 ss.): il giudice remittente fa riferimento, in particolare, alla nota sentenza Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, cit.

<sup>489</sup> Così L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, p. 4 del dattiloscritto.

<sup>490</sup> Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, consultabile in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), su cui v. L. Menghini, *op. ult. cit.*, che sottolinea un importante passaggio della sentenza, ove si afferma che, qualora il giudice comune, cui spetta verificare se la sanzione del risarcimento del danno abbia i requisiti richiesti dalla Corte di giustizia, dia sul punto una valutazione negativa, sarà tenuto ad «applicare l'art. 5, co. 4-bis (del

conformemente al diritto europeo - in particolare all'ordinanza *Papalia* - ha motivato la decisione del giudice di legittimità di configurare il risarcimento «come una sorta di sanzione “ex lege” a carico del datore di lavoro», essendo in presenza in questo caso di «un danno comunitario», per la cui liquidazione è stato individuato come «criterio tendenziale da utilizzare»<sup>491</sup> il parametro indicato dall'art. 8 della l. n. 604/1966. La Corte di Cassazione ha dunque messo in campo, in attesa della decisione del giudice delle leggi nel caso *Mascolo*, nuove e diverse tessere del più ampio mosaico raffigurante la disciplina sul lavoro pubblico a termine, che al momento faticano però ad incastrarsi tra loro e a dar forma a quell'insieme, testimoniando piuttosto la persistenza di divergenze interpretative all'interno della giurisprudenza<sup>492</sup>.

Una tessera dovrà ora essere aggiunta dalla Corte costituzionale, che si trova a dover compiere l'operazione - cui è chiamato ogni giudice remittente - di applicare al caso di specie il dispositivo della sentenza della Corte di Lussemburgo, ma che si appresta a farlo in un giudizio *a quo* d'eccezione, quello di costituzionalità<sup>493</sup>: per rispettare i vincoli europei, è prevedibile che la Consulta accolga le questioni di costituzionalità sollevate dai Tribunali di Roma e Lamezia Terme dichiarando l'illegittimità di quel segmento del sistema delle supplenze scolastiche che permette la reiterazione di assunzioni a tempo determinato per coprire posti vacanti e disponibili senza garantire tempi certi per lo svolgimento dei concorsi e per l'immissione in ruolo. Una soluzione di questo tipo, però, non sarebbe comunque sufficiente – potendo colpire solo la norma censurata - a risolvere le tante e articolate questioni che, come si è visto, ruotano attorno alla disciplina del reclutamento scolastico: *in primis* quelle che, alla luce del diritto vivente, si riproporranno innanzi ai giudici chiamati a individuare un adeguato regime sanzionatorio a fronte di supplenze seriali che coprono esigenze di carattere permanente e durevole.

Un ulteriore effetto del pronunciamento europeo potrebbe poi certamente essere quello di legittimare in futuro le richieste dei supplenti ripetutamente assunti su posti vacanti e disponibili rivolte allo Stato italiano per ottenere il risarcimento dei danni loro derivanti dall'incompleta attuazione nell'ordinamento interno del diritto europeo attestata dalla Corte di giustizia nel caso *Mascolo*: sulla falsariga di quanto è avvenuto in questi anni nella vicenda riguardante la remunerazione per la formazione dei medici specializzandi<sup>494</sup>, i precari della scuola potrebbero infatti

---

d.lgs. n. 368/2001), e a convertire i contratti a termine in un unico contratto a tempo indeterminato, qualora risulti superato il limite dei 36 mesi»

<sup>491</sup> Tutte le citazioni sono tratte da Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, consultabile in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), che, dopo aver espressamente escluso l'applicabilità del rimedio della conversione giudiziale, a differenza di quanto invece affermato nella sentenza n. 27363/2014, ha ritenuto impropri ai fini della quantificazione del danno tanto il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32 l. n. 183/2010, quanto il criterio previsto dall'art. 18 St. lav. Su questo contrasto interno alla Suprema Corte tra conversione e risarcimento, cfr. V. De Michele, *L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiamingo*, cit., p. 74. Per una prima deviazione rispetto al parametro di quantificazione del danno indicato dai giudici di legittimità v. Trib. Torino, 4 dicembre 2014, cit.

<sup>492</sup> L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 4.

<sup>493</sup> V. le osservazioni di G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), pubblicato il 15 dicembre 2014.

<sup>494</sup> Si tratta di una nota vicenda - i cui strascichi si vedono ancora oggi - originata dalla tardiva attuazione nel nostro paese di una triade di direttive fra loro collegate in materia di formazione professionale dei medici (direttive nn. 75/362, 75/363 e 82/76), ove è stabilito il diritto dei medici specializzandi ad un'adeguata retribuzione per il periodo della loro formazione specialistica, in virtù di una disposizione che la Corte di giustizia ha giudicato non direttamente efficace, pur ricordando che la stessa può produrre effetti utili per i soggetti titolari di diritti in virtù del principio della responsabilità dello Stato per i danni provocati dalla mancata trasposizione delle direttive (v. Corte Giust., 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, in *Racc.*, 1999, p. 1103).

invocare la responsabilità risarcitoria dell'Italia - con pesanti conseguenze per le casse pubbliche - potendosi ritenere sussistenti nella fattispecie le condizioni necessarie e sufficienti per la sua insorgenza, conformemente ai principi che la Corte europea ha più volte affermato, dalla sentenza *Francovich* in poi<sup>495</sup>.

Visto l'intricato *puzzle*, sarebbe a questo punto auspicabile che la sentenza *Mascolo*, combinata con la minaccia di una prossima sentenza di condanna per violazione del diritto europeo a chiusura del pendente procedimento d'infrazione a carico del nostro paese, fungesse da sprone per riportare urgentemente la questione del precariato pubblico scolastico (e non solo) «nel suo alveo naturale - quello legislativo - [...] ed assicurare certezza alle situazioni giuridiche coinvolte»<sup>496</sup>. A prescindere dalle decisioni che nei prossimi mesi saranno prese dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza, l'intervento della Corte di Lussemburgo dovrebbe infatti indurre il legislatore domestico a darvi esecuzione adottando senza ulteriori indugi una disciplina di settore razionale ed efficiente e finalmente ispirata al valore della stabilità dell'impiego, capace di mettere la parola fine ad una situazione che negli anni ha generato schiere di lavoratori precari della scuola ed un corposo conflitto giudiziale che reclama una soluzione davvero definitiva. Se ciò si realizzasse, almeno un pezzo del *puzzle* riuscirebbe a comporsi.

---

<sup>495</sup> Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich*, in *Racc.*, 1991, p. 5414; secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, «un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi» (così, per tutte, Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, in *Racc.*, 1996 p. 1029).

<sup>496</sup> A. Riccobono, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti*, cit., p. 767.

Measures to protect unlawfully dismissed employees.  
The Italian Legislative Model compared to the one in force in Malta\*

Angela Bruno

1. Introduction.	169
2. Remedies applied in case of unfair dismissal: the Italian “ <i>hyper-regulation</i> ” against the Maltese “ <i>deregulation</i> ”.	170
3. Maltese “ <i>deregulation</i> ” and “ <i>power</i> ” recognized to Maltese judges: what about the principle of equality?	174
4. The Italian Legislative Model and the Maltese one: how much “real” are the differences between them?	176
5. Reinstatement of unlawfully dismissed employees: Maltese case law compared to the Italian one.	178
6. Final remarks.	180

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 116/2015

## 1. Introduction.

A research study on the procedures to protect an unlawfully dismissed employee entails the need to examine a particularly complex legislative framework, both on the Italian side and on the European side.

On the one hand, this is due to the fact that a common “corpus” of rules directly applicable within the EU, which equally protects all the unlawfully dismissed EU Member States’ employees, does not currently exist.

Art. 153.1.d) of the Treaty on the Functioning of the European Union grants the European Institutions the right to adopt harmonizing directives and common minimum standards of protection regarding the “*protection of workers where their employment contract is terminated*”.

However, such a provision has not been implemented yet, and might not be implemented in the future, since the exercise of the legislative power by the European Institution on dismissal issues is subject to the unanimity rule<sup>497</sup>.

On the other hand, each EU Member State is free to determine the protection rules it wants to grant – pursuant to Art. 30 of the Charter of Fundamental Rights – to the unlawfully dismissed employee (i.e.: reinstatement, rehiring, payment of an indemnity, and so on) with the only restrictions deriving from the principles and the rules of the European Law regarding specific aspects of the termination of employment relationships. These include, among others, the restriction to dismiss an employee who refuses the transformation of his/her employment from full-time into part-time (or *vice-versa*, see Art. 5.2. of EU Directive 97/81), as well as the prohibition to dismiss cause of a transfer of undertaking (please, see Art. 4.1 of the Directive 2001/23) as well as the prohibition to dismiss for discriminatory reasons (see EU Directives 2006/54, 2000/43 e 2000/78)<sup>498</sup>.

The present study focuses on the comparison between the protective measures granted to unlawfully dismissed employees under the Italian Law and the Maltese one. In particular, it is firstly aimed at trying to find a response to the issue whether the protective “measures” granted to

<sup>497</sup> Please, see G. HEERMA VAN VOSS, *Common ground in European dismissal Law, Keynote Paper, 4th Annual Legal Seminar European Labour Law Network, 24-25 November 2011, Protection against Dismissal in Europe-Basic Features and Current Trends*, in [www.labourlawnetwork.eu](http://www.labourlawnetwork.eu); N. F. HENDRICKX, *European Labour Law after the Lisbon Treaty: (Re-visited) Assessment of Foundamental Social Rights*, in R. Banplain, F. Hendrickx, *Labour Law between change and tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2011, no. 78, 75 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *Working Papers Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*, INT, 2007, 55, in [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp\\_int.htm](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm); P. K. MADSEN, *Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe*, in *Tilburg Law Review*, 2007, no. 1-2, 57 ss.; MUTARELLI M.M., *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell’Unione Europea*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, INT, 2007, no. 54; F. HENDRICKX, *Flexicurity and the EU Approach to the Law on Dismissal*, in *Tilburg Law Review*, 2007, 14, no. 1-2, 90 ss.; N. BRUUN, *Protection against unjustified dismissal (Article 30)*, in B. Bercusson (ed.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden*, 2006, 337 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, no. 36, 4 ss.; S. GIUBBONI, *Lavoro e diritti sociali nella “nuova” Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, INT, 2004, no. 5; M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 1022 ss.

<sup>498</sup> L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, INT, 2008, no. 58, 28 ss.; G. BALDACCHINO, *European Labour Law: Some Reflections on a Cultural Collision*, in *The Employer (Journal of the Malta Employers’ Association)*, January 2001, 27 ss.; Id., *Malta & the European Union: A Comparative Study on Social Policy, Employment & Industrial Relations, Malta, Malta Employers’ Association*, 2000; Id., *Competitiveness versus Social Cohesion: Employment-Creation Policies in Malta & the European Union, paper presented at the Annual EDRC Conference, May 1999*, in P.G. Xuereb, ed. *Getting Down to Gearing Up for Europe, Malta, EDRC*, 1999, 259 ss.

Italian unlawfully dismissed employees (considering the way in which the provided protective measure is actually applied by the judges) may be deemed “stronger” than those granted to the Maltese ones or *vice-versa*.

Secondly, that study is also aimed at understanding whether the differences between the Maltese Law (please, see Section 81 of the Employment and Industrial Relations Act-EIRA) and the Italian Law (please, see Art. 18 of the Law No. 300 of 1970, so-called Workers’ Statute) are nowadays more apparent than real.

Finally, the present study constitutes:

- a) an “attempt” to show that, although a common *corpus* of rules directly applicable within EU - which equally protects all the unlawfully dismissed employees - does not currently exist, it is also true that EU Member States are actually implementing by themselves a “new universal” European Law;
- b) an “example” of how different legislative models (i.e.: the Italian legislative model and the Maltese one) could blend together.

## 2. Remedies applied in case of unfair dismissal: the Italian “hyper-regulation” against the Maltese “deregulation”.

Before examining criteria taken into consideration by the Maltese judges and the Italian ones in order to apply measures granted to unlawfully dismissed employees, it is important to examine the most significant differences between the Law in force in Malta and the one in force in Italy.

Firstly, both the unlawfully dismissed Italian employees and the Maltese ones are entitled to be reinstated-rehired or to be paid a compensation aimed at restoring the damage suffered by reason of the unfair dismissal (please, see Art. 18 of the Law No. 300 of 1970 and Section 81 of the EIRA).

However, the Law in force in Italy expressly prescribes whether the judge has to order the reinstatement/rehiring of the employee or the payment of an indemnity for damages in favour of that employee, while - in accordance with the Law in force in Malta - that option is always up to the judge (please, see Section 81 of the EIRA).

In other words, the Italian judge, unlike the Maltese one, is prevented from deciding whether to order the reinstatement (i.e.: the so-called “*tutela reale*”), the re-hiring (i.e.: the so-called “*tutela obbligatoria*”), or the payment of the indemnity for damages on the basis of his/her discretionary evaluations.

In particular, pursuant to the current Art. 18, par. 4<sup>th</sup>, of the Law No. 300 of 1970, in case of unfair disciplinary dismissal for “*just cause*” or for “*subjective reasons*”, the dismissed employee is entitled to be reinstated if “*the contested behaviour does not subsist or*” whether “*that behavior could have been sanctioned with a conservative measure according to the provision of the bargaining agreement or ... the applicable disciplinary codes*”. By the way, the same employee has the right to opt for the payment of an indemnity instead of the reinstatement equal to fifteen months of salary compared to the overall actual annual compensation.

The Italian Law also prescribes that - in all “*other cases*” - if the judge ascertains the lack of “*just cause*” or subjective reasons of the served dismissal, he/she may simply order the employer to

pay a global indemnity for damages ranging between a minimum of twelve up to a maximum of twenty-four months of salary compared to the overall actual annual compensation (please, see the above-mentioned Art. 18, par. 5<sup>th</sup>). The same judge has the duty to explain, through his/her decision, the *criteria* which he/she has decided to apply in order to quantify the amount of compensation<sup>499</sup>.

Moreover, the Italian judge has to order the employer (i.e.: it is mandatory!) to pay to the unlawfully dismissed employee an indemnity aimed at restoring the damage suffered by the employee during the period comprised between the date of dismissal and the judge's order (i.e.: of reinstatement, rehiring or compensation), including social security contribution payment and deducting the salary that the employee earned or might have earned during the same period (please, see again Art. 18, par. 2<sup>nd</sup>).

Similar regulations are provided in case of unfair dismissal for lack of business/financial reasons (i.e.: the so-called "*objective reasons*"). In fact, regarding this latter case, whether the judge ascertains that "*the contested behavior that grounded the dismissal for objective reasons does not clearly*<sup>500</sup> *subsist*", he/she has the faculty to order (i.e.: it is not mandatory!) the reinstatement of the dismissed employee<sup>501</sup>, while – in all the other cases – the judge has to order the employer to pay an indemnity for damages as provided under Art. 18, par. 6<sup>th</sup> (please, see again Art. 18, par. 7<sup>th</sup>)<sup>502</sup>.

<sup>499</sup> For an exhaustive framework on this matter, please see: AA.VV., *La Riforma del lavoro. Primi orientamento giurisprudenziali dopo la Riforma Fornero*, 2013, Giuffrè, Milano; M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. Pacchetto Lavoro*, 2013, Cacucci, Bari; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5 ss.; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5 ss.; C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, 2013, Cedam, Padova; C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, 2013, Cedam, Padova; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, 2013, Giappichelli, Torino; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1024 ss.; M. PERSIANI, S. LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (c.d. Riforma Fornero) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, 2013, Utet, Padova; M. PERSIANI, S. LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (c.d. Riforma Fornero) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, 2013, Utet, Padova; AA.VV., *Commentario alla riforma Fornero (l. n. 92/2012 e l. n. 134/2012)-Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, a cura di Carinci F., Miscione M., in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl. al n. 33; AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo la «riforma Fornero» (l. n. 92/2012 e l. n. 134/2012)*, in *Lav. Giur.*, 2012, 843 ss.; M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. Pacchetto Lavoro*, 2013, Cacucci, Bari; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 547 ss.; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, 2013, Giappichelli, Torino; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1024 ss.; M. PERSIANI, S. LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (c.d. Riforma Fornero) dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, 2013, Utet, Padova.

<sup>500</sup> According to some scholars, the adjective "*clear*" would be not considered as relevant in that context but superfluous. In this regard, see V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 560 ss.; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 537 and C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 80 ss. *Contra*, see A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Riv. Rel. Ind.*, 2012, 624 ss., considering that "*the fact*" mentioned by the Law should not be considered as a "*material fact*" and – therefore – the judge could evaluate whether the fact "*does not clearly subsist*" or not.

<sup>501</sup> According to some scholars, the Italian judge would not have "*the power*" to discretionally opt for the reinstatement or the award of compensation, but he would have the duty to reinstate the unfairly dismissed employee. On this matter, see, A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, I, 668 ss. *Contra*, see M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1.

<sup>502</sup> This Regulation has been criticized by some scholars considering that the Italian judge has the power to discretionally choose between the reinstatement and the award of compensation. In this regard, please see A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*

Moreover, the Law in force in Italy prescribes that the Italian judge has the duty (i.e.: it is mandatory!) to rule the reinstatement of the dismissed employee if the dismissal is deemed as discriminatory<sup>503</sup> or if it has been served during the maternity leave, during the wedding period, during the period of incapacity for work or in breach of Art. 2110 Cod. Civ. and in case of dismissal based on an unlawful reason as provided under Art. 1345 of the Italian Civil Code (please, see Art. 18, par. 1<sup>st</sup> and 7<sup>th</sup>).

In particular, regarding these latter circumstances, Art. 18, par. 1<sup>st</sup>, of the Law No. 300 of 1970 as amended by the Law No. 92 of 2012, provides that, irrespective of the number of workers employed by the company, employees – including managers - are entitled to be reinstated in their workplace besides the payment of an indemnity for damages equal to the salary which they would have earned from the date of the dismissal until the actual reinstatement, and not less than five months of salary (deducting the salary they might have earned during that period and including the payment of the relevant social security contribution). Such employees have the right to opt for the payment of an indemnity instead of the reinstatement equal to fifteen months of salary compared to the overall actual annual compensation.

The Italian Legislator has also specified that workers employed in “small” enterprises are not entitled to be reinstated whether they have been unlawfully dismissed. In fact, Art. 8 of the Law No. 606 of 1966, as amended by Art. 2 of the Law No. 108 of 1990, prescribes that – in such cases - the so-called “*tutela obbligatoria*” (i.e.: rehiring) has to be applied, allowing the employer to choose between the rehiring of the unfairly dismissed employee and the payment of an indemnity.

Furthermore, the Law in force in Italy prescribes that – in cases of dismissal deemed ineffective because of the lack of an immediate indication of the actual grounds for dismissal when such a dismissal has been served – the employee has just the right to be paid a global indemnity for damages ranging between a minimum of six months up to a maximum of twelve months of salary compared to the overall actual annual compensation (please, see Art. 18, par. 6<sup>th</sup>). The Italian Law specifies that such a regulation has to be applied also in the event that the dismissal has been served to the employee without observing the procedure provided by Art. 7 of the Law No. 300 of 1970 or in breach of the procedure of dismissing prescribed by Art. 7 of the Law No. 604 of 1966 with regards to cases of dismissal for objective reasons.

Therefore, the “role” of Italian judges seems significantly limited by the “role” of Italian Legislator, since the latter one expressly specifies “if, how and when” such judges have to apply protection measures.

On the other hand, as mentioned earlier, Section 81 of the EIRA prescribes that, in case of unfair dismissal, Maltese judges do not have the duty to order the reinstatement/rehiring of the dismissed employee or to make an order of compensation. In fact, the Maltese Legislator only prescribes that:

---

*nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 791 ss., who - supporting the thesis of V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 560 ss. - has affirmed that the “new” Art. 18 would break Art. 3 Cost.

<sup>503</sup> 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 *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, 641 ss.

α) *“the Tribunal shall not order the reinstatement or re-engagement”* of the employee if he *“is employed in such managerial or executive post as a special trust in the person of the holder of that post or his ability to perform the duties thereof”* (please, see Section 81, par. 1<sup>st</sup>, of the EIRA);

β) employees are entitled to be reinstated *“in (their) former employment”* at the end of the period of *“incapacity for work”* and – therefore – even in the event that such employees have been unfairly dismissed during or after that period (please, see Section 36, par 15<sup>th</sup>, of the EIRA)<sup>504</sup>.

On the other hand, as provided by Section 81 of the EIRA, the Maltese judge – in all the other cases where he ascertains that the dismissal is unfair<sup>505</sup> (i.e.: for lack of a good and sufficient cause, for lack of formal requirements, for lack of grounds founding on redundancy, etc.) - has the duty to *“consider (..)”* whether *“it would be practicable ... for the complainant (i.e.: employee) to be reinstated or re-engaged by the employer”* or not.

In particular, this evaluation has to be made by the Maltese judge on the basis of his/her discretion *“in accordance with equity”*, *“stating the terms on which it considers that it would be reasonable for the complainant to be so reinstated or re-engaged”*. Therefore, if the Maltese judge *“considers”* the order of reinstatement/rehiring as not *“practicable”*, he/she may order the employer to pay an indemnity for damages.

In this regard, it is relevant to note that Maltese judges' discretion is extremely accentuated by Section 81, par. 2<sup>nd</sup>, of the EIRA which allows such judges to *“make an award of compensation to be paid by the employer to the complainant, in respect of the dismissal”* although the unfairly dismissed employee has expressly requested to be reinstated or rehired<sup>506</sup>. Moreover, Maltese judges may arbitrarily state a span of time within the indemnity has to be paid by employers (i.e.: one month, two months, four months, ...).

Furthermore, the Maltese Legislator has provided Maltese judges with *“the power”* to decide the amount of the payment of such an award since Section 81 of the EIRA - unlike Art. 18 of the Law No. 300 of 1970 (related to the so-called *“tutela reale”*) and Art. 18 of the Law No 604 of 1966 (related to the so-called *“tutela obbligatoria”*) - does not indicate a minimum or a maximum amount for the relevant payment of the indemnity for damages. In fact, Section 81, par. 2<sup>nd</sup>, of the EIRA only prescribes that, *“in determining the amount of such compensation, the Tribunal shall take into consideration the real damages and losses incurred by the worker who has unjustly dismissed, as well as other circumstances*. This might include many aspects (i.e.: such as: whether

<sup>504</sup> However, the Maltese judge makes – very often – an order of compensation to be paid by the employer to the unlawfully dismissed employee during the period of incapacity to work. In this regard, see Industrial Tribunal, 6<sup>th</sup> May 2013, no. 2221, *in re* Joseph Zammit v. Fondazzjoni Wirt Artna.

<sup>505</sup> For a lack of a good and sufficient cause, grounds of redundancy and – generally – when the judge *“finds that the grounds of the complaint are well-founded”*, please, see Art. 81, par. 1<sup>st</sup>, of the EIRA.

<sup>506</sup> In this regard, see Industrial Tribunal, 21<sup>st</sup> March 2013, no. 2215, *in re* Eric Micallef v. Bezzina Maritime Services; Id., 19<sup>th</sup> September 2013, no. 2238, *in re* Thomas Abela v. Preluna Ltd.; Id., 18<sup>th</sup> September 2012, no 2172, *in re* Roderick Camilleri v. Polidano Grou; Id., 10<sup>th</sup> July 2012, no. 2160, *in re* Shaun Bonello v. HSBC plc., where the Tribunal has decided to make an order of compensation (respectively, € 4.000,00; € 5.000,00; 3.000,00 and € 1.500,00), although the dismissed employee expressly asked for being reinstated.

or not the dismissed employee has already found another job in a short time<sup>507</sup> and/or the evaluation of the behaviour of that employee during the entire employment<sup>508</sup>), “including the worker’s age and skills as may affect the employment potential of the said worker” (see again Section 81 of the EIRA). Therefore, any decision regarding the amount of the indemnity to be paid to unlawfully dismissed employees is - once again - up to the discretion of Maltese judges.

The same judge – in case of dismissal for discriminatory reasons - has the faculty to independently decide whether to “make such order as it deems necessary in order to remedy the breach or ... make an award of compensation to be paid by the employer to the complainant” or – finally - “make such orders as it may deem necessary in order to remedy the breach” (see again Section 81 of the EIRA).

Moreover, the Law in force in Malta is silent on the matter of measures to be applied by judges in case of unfair dismissal served during the wedding/maternity leave or the period of incapacity for work or for lack of formal requirements (for instance: dismissal served to the employee without allowing him/her to be heard or – generally – without following the procedure of dismissing prescribed by collective agreements). Therefore, Maltese judges, in accordance with Section 81 of the EIRA, have – also in such cases – the discretion to independently decide whether to order the reinstatement-rehiring of the unlawfully dismissed employee or, alternatively, to make an order of compensation.

In addition, the Law in force in Malta does not say anything in the matter of measures to be applied during the period comprised between the date of dismissal and the date of the decision made by the Industrial Tribunal.

In this context, Maltese judges may (and therefore they are not obliged to) order the employer to pay an indemnity aimed at restoring the damage suffered by the employee during the period comprised between the date of dismissal and the judge’s order (of reinstatement, rehiring or compensation), including social security contribution. Such an indemnity often consists in the total amount of all salaries that the employee would have earned during that period.

Therefore, while the protection of unfairly dismissed Italian employees is – at least apparently - committed to the “strict” Italian Law, the protection of the Maltese ones seems mainly committed to Maltese judges.

### 3. Maltese “deregulation” and “power” recognized to Maltese judges: what about the principle of equality?

As explained earlier, Section 81 of the EIRA grants Maltese judges with the power to decide – on the basis of his/her discretion and “in accordance with equity” - whether to make an order of reinstatement/rehiring of the unlawfully dismissed employee or to make an order of compensation to be paid by the employer to such an employee.

---

<sup>507</sup> In this regard, see Industrial Tribunal, 3<sup>rd</sup> December 2013, no. 2255, *in re* Ronald Azzopardi v. Roosendaal Hotels Ltd; Id., 2<sup>nd</sup> April 2012, no. 2139, *in re* Robert Aquilina v. Camilmac Services Ltd; Id., 20<sup>th</sup> March 2012, no. 2136, *in re* Marvin Abdilla v. Engineering for Science & Industry Ltd.

<sup>508</sup> Please, see Industrial Tribunal, 31<sup>st</sup> January 2011, no. 2047, *in re* Joseph Abela v. Imperial Hotel (Goldvest Co. Ltd.).

On the one hand, such a provision is probably aimed at prompting Maltese judges to take into serious consideration all the circumstances-facts concerning the dispute for the purpose of choosing the most appropriate protective measure.

In other words, Section 81 of the EIRA is probably aimed at allowing such judges to make a decision in accordance with the peculiarities of the dispute to be decided. Actually, after examining decisions of the Industrial Tribunal, it has come to light that many Maltese judges have shown a good “awareness” of deciding the most appropriate measures to be applied. In fact, those judges have very often taken into account various relevant aspects such as the age and the seniority of the dismissed employee, the circumstance that the employee had already found a new job, the behaviour had by the same employee during the entire employment, and so on<sup>509</sup>.

On the other hand, granting Maltese judges with such a power may lead to a breach of the principle of equality which should be recognized and therefore applied to all employment relationships. In particular, that principle – expressly mentioned by the Maltese Constitution and the EIRA – should govern any employment and its termination<sup>510</sup>.

However, pursuant to Section 81 of the EIRA, (for instance) two – or more – employees who have been dismissed for the same reason (i.e.: for lack of grounds of redundancy, for lack of a good and sufficient cause, for lack of formal requirements, for reasons of discrimination ....) may receive different protection by Maltese judges. In fact, while an employee may be reinstated or rehired by the judge who has to state his/her case, another one may obtain the payment of an indemnity for damages<sup>511</sup>.

Moreover, Maltese judges may determine, case by case, different amounts of that indemnity. In fact, as explained earlier (see paragraph no. 2 of the present work), Section 81 of the EIRA does not indicate a minimum or a maximum amount for the relevant payment of the award. Therefore, the Maltese judge can quantify that award on the basis of his/her discretion, taking into account the *criteria* prescribed by the Maltese Law (i.e.: “*real damages and losses incurred by the worker ..., other circumstances, ...*”, please, see Section 81, par. 2<sup>nd</sup>, of the EIRA). In addition, Maltese judges may, on a case by case basis, also indicate different terms within the indemnity which has to be paid by employers<sup>512</sup>.

<sup>509</sup> Please see First Hall Civil Court, 7<sup>th</sup> July 2003, *in re* Lorenza Cascun v Healthcare Services Ltd and First Hall, Civil Court, 28<sup>th</sup> February 2003, *in re* Godwin u Oliver Navarro v Saviour Baldacchino.

<sup>510</sup> Please, see Artt. 14<sup>th</sup>, 45<sup>th</sup> (equality between men and women) of Constitution and Art. 1<sup>st</sup> (equal application of provisions of the EIRA), 26<sup>th</sup> (gender equality), 27<sup>th</sup> (equal salary).

<sup>511</sup> Please, see two cases of dismissals served to the employee during the period of incapacity to work decided by the Industrial Tribunal: Industrial Tribunal, 29<sup>th</sup> April 2013, no. 2218, *in re* Stephen Chircop v. Malta Freeport Terminals (order of reinstatement) and Id., 6<sup>th</sup> May 2013, no. 2221, *in re* Joseph Zammitv. Fondazzjoni Wirt Artna (order of compensation, € 4.998,00 in three consecutive payments).

<sup>512</sup> In this regard, see the followed cases where the Industrial Tribunal has declared unfair the dismissal served to the employees for lack of a good and sufficient cause: Industrial Tribunal, 30<sup>th</sup> January 2013, no. 2201, *in re* Robert Cini v. Cube Relocations Ltd. (order of compensation: € 1.021,26); Id., 21<sup>st</sup> March 2013, no. 2215, *in re* Eric Micallef v. Bezzina Maritime Services (order of compensation: € 4.000,00); Id., 16<sup>th</sup> May 2013, no. 2225, *in re* Ray Borg v. Advanced Telecommunications Systems Ltd. (order of compensation: € 16.000,00); Id., 19<sup>th</sup> September 2013, no. 2238, *in re* Thomas Abela v. Preluna Ltd (order of compensation: € 5.000,00). Regarding such decisions, on the one hand, the Industrial Tribunal has not specified parameters followed to determine the amount of the indemnity provided by Art. 81 of the EIRA. On the other hand, the same Tribunal has indicated different terms within the indemnity had

Therefore, Section 81 of the EIRA should be amended in order to indicate the minimum and maximum amount of compensation to be given.

Finally, it does not seem justifiable to provide Maltese judges with the faculty to decide measures to be applied in case of dismissal served to employees during the maternity-wedding-incapacity for work leave or grounded on discriminatory reasons. In fact - for instance - employees dismissed for the same discriminatory reason may be protected by means of “*such [different] orders as [the Industrial Tribunal] deem(s) necessary in order to remedy the breach*” (please, see Section 91 of the EIRA).

On the other hand, judges should apply same protective measures, since such cases involve, not exclusively the right to work, but other essential rights such as the right to maternity, the right to a family, the right to health and the right not to be discriminated at workplace.

In view of this, it is also relevant to remark that the so-called doctrine of precedent is not recognized by the Law in force in Malta. Therefore, the “power” which has been given to Maltese judges is tremendously strengthened since previous judicial decisions are not binding on subsequent proceedings and therefore any judge is free to decide “same” disputes in different “ways”.

Furthermore, Maltese judges – unlike the Italian ones – are not even bound to respect guiding law principles affirmed by superior judiciary institutions (such as the Italian Supreme Court) which - through their decisions – might guarantee a uniform interpretation and application of the Maltese Law. However, such an institution does not exist in Malta.

#### 4. The Italian Legislative Model and the Maltese one: how much “real” are the differences between them?

An in-depth analysis of the Maltese Legislative Model and the Italian one require to make a few general considerations.

Although Section 81 of the EIRA grants the Maltese judge with the discretionary power to decide between the order of reinstatement-rehiring and the order of compensation, it is also true that Art. 18 of the Law No. 300 of 1970 seems to grant - even if only indirectly - a similar power to the Italian judge (i.e.: in case of unfair dismissal for lack of just cause, subjective reasons or objective reasons).

In this regard, it has to be noted that Art. 18 of the Law No. 300 of 1970, before the amendments introduced by Art. 1, par. 42<sup>th</sup>, of the Law No. 92 of 28<sup>th</sup> June 2012 (i.e.: the so-called Riforma Fornero), provided for the Italian “anomaly” – according to some scholars – according to which the competent judge who declares the dismissal to be null and void, revoked or ineffective, has to order the reinstatement of the employee in the same work position s/he had before (the so-called “*tutela reale*”). The employee was - and actually he/she is still - entitled to waive the right

---

to be paid by employers to unlawfully dismissed employees (i.e.: within one month, four months, two months, fifteen days, ...). Regarding the discretion of Maltese judges to determine the amount of indemnity, see also some Industrial Tribunal, 27<sup>th</sup> March 2013, no. 2217, *in re* Petra Stock v. Carre Aviation Ltd Unfair Dismissal (order of compensation: € 24.000,00 – six monthly payments); Id., 11<sup>th</sup> June 2013, no. 2231, *in re* Sharon Gixti v. Dragonara Gaming Ltd. (order of compensation: € 2.600,00 to be paid within one month); Id., 15<sup>th</sup> October 2013, no. 2246 (order of compensation of € 1.000,00 to be paid within one month). The Industrial Tribunal, through such decisions, has declared unfair the dismissal of some employees for lack of grounds of redundancy without specifying parameters taken into account to determine the amount of the indemnity.

to be reinstated opting for the employer's payment of an indemnity equal to 15 months of salary compared to the overall actual annual compensation (as provided under the 5<sup>th</sup> paragraph of the previous Art. 18, as amended by Law No. 108 of 1990).

However, the "spreading" of the financial and occupational crisis – that, from 2010 onwards involved many European countries such as Greece, Spain and Slovakia – speeded up also in Italy the legal protections granted to unlawfully dismissed employees.

Therefore, a "crucial point" of the Labour Law Reform implemented by the Law No. 92 of 2012 (i.e.: the so-called "Riforma Fornero") and – more recently – by the Law No. 183 of 2014 (the so-called Jobs Act) is the amendment of Art. 18 of the Law No. 300 of 1970.

Such an amendment tremendously "weakened" the employee's right of reinstatement in case of unlawful dismissal that before he/she was granted with, increasing the "chances" that the Italian judge may make an order of compensation.

In fact, as stated earlier, pursuant to the current Art. 18, in case of unfair disciplinary dismissal for "just cause" or "subjective reasons", the Italian judge does not have to order the reinstatement as – alternatively – he/she may provide for the payment of a global indemnity for damages ranging between a minimum of 15 up to a maximum of 27 months of salary compared to the overall actual annual compensation.

In particular, according to Art. 18, par. 4<sup>th</sup>, the difference between an order of reinstatement and an order of payment is grounded on the fact that the "*contested behaviour does not subsist or*" in case "*that behaviour could have been sanctioned with a conservative measure according to the provision of the bargaining agreement or ... the applicable disciplinary code*" (i.e.: in case of "just cause" or "subjective reasons"). In fact, if the judge ascertains such a fact, he/she has to order the reinstatement of the unlawfully dismissed employee. "*In all the other cases*", if the judge ascertains the lack of the just cause or of the subjective reasons of the served dismissal, he/she may simply order the employer to pay a global indemnity for damages (please, see Art. 18, par. 5<sup>th</sup>).

In addition, pursuant to Art. 18, par. 7<sup>th</sup>, the Italian judge has the faculty to decide whether to order the reinstatement of the employee or the payment of the indemnity for damages when he ascertains that "*the behaviour that grounded the dismissal for objective reasons does not clearly subsist*". In other words, if the Italian judge ascertains such a fact, he may order the reinstatement of the dismissed employee as provided by Art. 18, par. 4<sup>th</sup>.

However, Art. 18 does not provide for a definition or explanation of the following sentences: "*the contested behaviour does not subsist*" (i.e.: disciplinary dismissals) and "*the behaviour that grounded the dismissal for objective reasons does not clearly subsist*" (i.e.: dismissals grounded on economic reasons). Such sentences are very generic and they may be interpreted in many different ways. In addition, the Italian legislator does not list "*all the other cases*" mentioned by Art. 18, par. 5<sup>th</sup>, allowing the Italian judge to determine such cases.

Moreover, regarding cases of unfair dismissal for lack of just cause or subjective reasons, it is reasonable to ask: is it really possible to recognize a "legal border" between a "*behaviour ... [which] does not subsist*" and "*all the other cases*" mentioned by Art. 18, par. 5<sup>th</sup> (but which cases?) making, respectively, an order of reinstatement or an order of payment of an indemnity

for damages? Which is the *quid pluris* which allows Italian judges to make an order of reinstatement instead of payment of the indemnity?

The Italian Legislator does not answer to such questions<sup>513</sup>.

Furthermore, regarding cases of unfair dismissal for lack of objective reasons, what does the expression “*behaviour ...[which] does not clearly exist*” mean? When should the judge ascertain whether the behaviour exists or do not exist, making, respectively, an order of reinstatement or an order of compensation?

In view of this, it seems that the Italian Legislation has left the judge the task to give meaning to the above-mentioned sentences and, consequently, to decide, case by case - as the Maltese judge is allowed to decide - if the unlawfully dismissed employee is entitled to be reinstated or to be only paid by the employer an indemnity for damages<sup>514</sup>.

Moreover, both the Italian Law and the Maltese one do not recognize the right of reinstatement of unlawfully dismissed employees “*employed in such managerial or executive post*” (please, see Section 81, par. 1<sup>st</sup>, of the EIRA and Art. 18 of the Law No. 300 of 1970).

In conclusion, although a common corpus of rules directly applicable within EU does not exist and despite their apparent differences, the Maltese Legislative model and the Italian one seem – in practice - to blend together.

#### 5. Reinstatement of unlawfully dismissed employees: Maltese case law compared to the Italian one.

As mentioned earlier, according to the Maltese Law and the Italian one, judges may make an order of reinstatement or rehiring of unfairly dismissed employees.

After analyzing Maltese judges’ decisions, it came to light that most of the disputes (about 80%) decided by such judges concern “unfair dismissals”<sup>515</sup>.

In addition, it is important to note that the Maltese judges have – most of the time - declared “unfair” dismissals served to employees (i.e.: for lack of good and sufficient cause, for lack of grounds of redundancy, for breach of the provisions in the matter of maternity leave, etc.).

Furthermore, the percentage of Maltese unlawfully dismissed employees reinstated-rehired is very low (about 7-10%). In fact, Maltese judges – in most cases – have ordered the employer to pay an indemnity for damages to such an employee instead of making an order of reinstatement-rehiring<sup>516</sup>.

---

<sup>513</sup> For an exhaustive framework on the matter of the correct meaning of the “*fact does not subsist*” mentioned by Art. 18, see M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1 ss., who affirms such a fact has to be considered as the “*material fact*” and not as a “*juridical fact*”.

<sup>514</sup> With regards to the potential breach of the principle of equality, please see considerations under paragraph no. 6.

<sup>515</sup> Please, see decisions from 1993 till 2013 published on the “*Industrial and Employment Relation swebsite*”, [http://industrialrelations.gov.mt/industryportal/industrial\\_relations/industrial\\_tribunal/rulings/trib\\_dec\\_2013.aspx](http://industrialrelations.gov.mt/industryportal/industrial_relations/industrial_tribunal/rulings/trib_dec_2013.aspx).

<sup>516</sup> In this regard, see again Industrial Tribunal, 21<sup>st</sup> March 2013, no. 2215, *in re* Eric Micallef v. Bezzina Maritime Services where the Tribunal has decided to make an order of compensation (€ 4.000,00), although the dismissed employee asked for the reinstatement; *Id.*, 18<sup>th</sup> September 2012, no. 2172, *in re* Roderick Camilleri v. Polidano Group.

In particular, on the one hand, the Maltese judges have very often ascertained that it would not be “*practicable ... for the complainant to be reinstated or re-engaged by the employer*”, taking – probably – into account relevant circumstances such as the breach of trust related to the employment. Therefore, in such cases, they have decided to make an order of compensation to be paid by the employer to the employee even if that employee asked to be reinstated-rehired.

On the other hand, it is relevant to note that – most of the time (about 70%) – Maltese dismissed employees go before the Industrial Tribunal asking for the payment of an indemnity for damages and not for an order of reinstatement-rehiring. In other words, employees are rarely interested in going back to work at the enterprise where they have worked until their dismissal<sup>517</sup>.

Therefore, in Malta, the most common protection measure applied by the Industrial Tribunal is definitely the order of compensation.

In this regard, the amount of compensation to be paid by the employer to the Maltese unlawfully dismissed employee seems – often - very low if it is compared to the one which is usually paid to the Italian employee (i.e.: pursuant to Art. 18, par. 3<sup>nd</sup>, in case of unfair dismissal for lack of just cause or subjective reasons, the indemnity amounts to fifteen months of salary compared to the overall actual annual compensation; pursuant to Art. 18, par. 6<sup>th</sup>, in case of unfair dismissal for lack of objective reasons, that indemnity ranges between a minimum of 6 up to maximum of twelve months of salary compared to the overall actual annual compensation).

In fact, as earlier mentioned, pursuant to Art. 81 of the EIRA, the Maltese judge has the power to determine the amount of such a compensation on the basis of his/her discretion and in accordance with equity, taking into account “*the real damages and losses incurred by the worker who was unjustly dismissed as well as other circumstances, including the worker’s age and skills as may affect the employment potential of the said worker*” (please, see Art. 81, par. 2<sup>nd</sup>, of the EIRA).

The amount of compensation as determined by Maltese judges is probably often low because such judges try to “strike a balance” between the right of employees to be protected in case of unfair dismissal (i.e.: considering also the time spent by the employee without working after his/her dismissal, his/her behaviour during the entire employment, potential previous warnings, ...) and enterprises’ interest not to be “burdened” with too high payments. In fact, those payments could probably affect the overall profits of enterprises (i.e.: especially of the small ones) impacting negatively on the other workers employed at the same enterprises.

However, that may probably lead at increasing the percentage of dismissals in Malta. In fact, Maltese employers may “feel free” to easily terminate employments, since, on the one hand, the calculated-risk to be condemned to reinstate-rehire dismissed employees is – nowadays - very low and, on the other hand, the amount of compensation to be paid to such employees is – in most cases – quite low.

In Italy, upon winning their case, a lot of employees decide to be reinstated rather than opting for the indemnity for damages provided by Art. 18, par. 3<sup>nd</sup>, of the Law No. 300 of 1970.

---

<sup>517</sup> In this regard, see Industrial Tribunal, 10<sup>th</sup> July 2012, no. 2160, *in re* Shaun Bonello v. HSBC plc, where that Tribunal expressly state that the employee has not asked for the reinstatement, but for the compensation.

But why do Italian employees ask – most of the time - to be reinstated at the previous workplace, while the Maltese ones prefer – most of the time – to terminate the employment with the employer who dismissed them? Answering to that question requires to examine the Maltese and Italian economic, social and cultural contexts.

In particular, Maltese employees currently have more chances to be reemployed after being dismissed than the ones given to Italian employees. In fact, in Malta, there are considerable job opportunities as confirmed, on the one hand, by the fact that the percentage of unemployment is very low and – on the other hand – by the fact that a lot of foreigners (including Italians) move to Malta looking for a job.

Therefore, Maltese unfairly dismissed employees do not normally have a real interest in going back to work at the previous enterprise. Often, such employees have already found a new job before taking legal action against their employers or they may find a new job during the trial.

In Italy, the “context” is completely different, since the percentage of unemployment is very high. Therefore, Italian employees, unlike the Maltese ones, tend to find it harder to find a new job shortly after being dismissed. Therefore, such employees ask the judge to make an order of reinstatement going back to the previous enterprise.

Moreover, the Italian Employees’ Trade Unions attempted to prevent the Italian Government from approving the so-called Jobs Act which prescribed a new amendment to Art. 18. Such an amendment provide, on the one hand, a “new weakening” of employees’ right of reinstatement in case of unlawful dismissal (i.e.: especially in case of unlawful dismissal for lack of objective reasons) and, on the other hand, an increasing number of cases where judges will have to make an order of compensation<sup>518</sup>.

## 6. Final remarks.

Finally, I should like to say one more thing with reference to that study.

Firstly, as earlier said, Art. 18 of the Law No. 300 of 1970 and Section 81 of the EIRA grant, respectively, the Italian judge and the Maltese one with the power to decide between the order of reinstatement and the order of payment of an indemnity for damages.

Moreover, another similarity between those legislative models may be identified in the fact that both the Italian legislator and the Maltese one have provided judges with the power to choose measures to be applied in case of unfair dismissal.

In fact, on the one hand, the Maltese judge is expressly allowed to decide between the order of the reinstatement-rehiring or the order of compensation to be paid by the employer to the unlawfully dismissed employee (please, see again Section 81 of the EIRA).

On the other hand, in case of lack of just cause or subjective reasons, the Italian judge is allowed to decide, case by case, which is the *quid pluris* that - according to Art. 18, par. 4<sup>th</sup>, of the Law No.

---

<sup>518</sup> Please, see A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT, 6 novembre 2014, no. 228; A. GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT, 20 ottobre 2014, no. 226.

300 of 1970 – may lead such a judge to ascertain whether “*the fact does not subsist*” (and consequently the unlawfully dismissed employee is entitled to be reinstated) or not (and consequently the same employee is entitled to obtain only the payment of an indemnity for damages). The Italian judge is also allowed to decide whether or not to apply such provisions if he/she ascertains that “*the contested behaviour that grounded for objective reasons does not clearly subsist*”.

Unlike such cases, the Italian judge has to make an order of compensation to be paid by the employer to the complainant (please, see Art. 18, par. 5<sup>th</sup> and 7<sup>th</sup>).

However, the Italian legislator does not specify what is the *quid pluris* according to which “*the contested behaviour that grounded for objective reasons*” should be considered as “*not clearly subsisted*”, granting, in this way, the Italian judge with the power to make any evaluations in this matter and – consequently – to state, case by case, whether to make an order of reinstatement or an order of compensation.

Therefore, another similarity seems to exist between the Italian and the Maltese Legislative models, since both those models provide judges with similar powers.

However, the “real” difference between the Maltese Law and the Italian one in the matter of protection measures to be applied in case of unfair dismissal involve employees’ approach to such measures. In fact - as mentioned earlier - Maltese unlawfully dismissed employees very rarely ask the judge to make an order of reinstatement/rehiring. Instead, they prefer to opt for the order of compensation.

Furthermore, Maltese judges seldom decide to order the reinstatement of the unlawfully dismissed employee, considering - “*in accordance with equity*” – such order “*would [not] be practicable*”. Those judges prefer very often to make an order of compensation to be paid by employers to complainants, even if such complainants have expressly asked to be reinstated.

Firstly, this is due to the fact that the relationship between the employee and the employer has been inevitably damaged by reason of dismissal.

On the other hand, as often pointed out by Maltese judges through their decisions, a lot of employees find a “new” job shortly after being dismissed. Therefore, those employees do not have a real interest in going back to work at the previous enterprise.

On the contrary, Italian dismissed employees very often have a lot of difficulties in finding a new job and – consequently – in coming back to the “Labour Market”. In this context, such employees very often ask to be reinstated although they are aware of the breach of trust affecting the relationship with employers. Moreover, the order of reinstatement has always been considered by Italian employees and their Trade Unions as an “untouchable” protection measure.

That leads us to ask a question: which is the most effective protection that may be granted to unlawfully dismissed employees? Does such protection really consist in granting those employees with the chance to be reinstated?

Formulating a thorough answer to such questions goes beyond the scope of this research.

At the moment, it could be only said that the most effective protection should consist in providing employees with concrete chances to be re-employed at a different enterprise from which they have worked before being dismissed. In fact, such employees may be really protected not through

an order of reinstatement or compensation made by judges, but through a new legislative model that essentially can increase chances of finding a new job.

In this regard, it has been considered that, in October, unemployment among under 25s in Italy rose to the record level of 44.2% with many others living in a state of chronic underemployment. 79% of under 30s live in their parental home and the average age for achieving 'economic independence' is 35.

By the way, the so-called Jobs Act has recently "announced" a new amendment to Art. 18, dividing opinion in Italy, with Trade Unions voicing opposition and backing a number of demonstrations by workers against the changes. In fact, Renzi's Jobs Act is a package of policies designed to instill greater flexibility in the Italian Labour Market, commonly seen as one of the most uncompetitive in Europe. In particular, the current Labour Reform should encourage Italian employers to hire new "staff" and help reducing unemployment.

Its key objectives are:

- a reduction of the number of short-term contracts, which increased significantly during the last crisis;
- a simplification of the many rules of the Labour Code;
- a review of the system of protections and safeguards, mainly for senior workers.

As earlier explained, such measures include also a revision of Article 18 of the Workers' Statute which is in place to prevent companies downsizing during a crisis.

In fact, pursuant to the new "most controversial" Art. 18, employees dismissed on the basis of economic reasons will no longer be entitled to ask for reinstatement but they will only qualify for redundancy payments.

In particular, the right of reinstatement will be maintained only for "invalid" and discriminatory dismissals. In fact, in accordance with the provisions of the Jobs Act, in case of unjustified disciplinary dismissals (i.e.: dismissals for "just cause" and for "subjective reasons"), unlawfully dismissed employees will be entitled to be reinstated only in the event that the grounds for the dismissal "*do not exist*".

However, it is not clear how the "weakening" of employee's right of reinstatement may "encourage" Italian employers to easily hire other employees and consequently increase the employment rate. The government's goal is probably to have business return to hiring people with an open-ended contract (a type of employment that today represents just 15% of new hires). But will Italian employers be really encouraged to hire easily employees? And what kind of employment contracts will be offered to such employees?

On the other hand, the regulation provided by the Jobs Act with regards to indefinite-term contract seems much more useful.

In particular, the Jobs' Act is firstly aimed at reducing those types of contracts considered as "precarious" and encouraging employers to hire employees under indefinite-term contracts.

In fact, as demonstrated by OECD research<sup>519</sup>, Italy possesses the most flexible Labour Market in the EU. This is certainly evident from the perspective of working contracts. The country has 46 kinds of contractual arrangement, 41 of which can be classified as 'precarious'. This is why the Italian State has tried to instill 'flexibility' many times before through the Treu Law in 1997, the Biagi Law in 2003 and most recently the 2012 Fornero Law<sup>520</sup>, which itself was designed to "*facilitate entry into the labour market*".

In this context, Italy's employers have shown in years to dislike offering employees permanent jobs simply because they perceive employment costs to be far too high. Italy's reams of red tape coupled with the difficulty of sacking full-time employees and high taxes make short term contracts which allow employees to be dumped easily when they are no longer useful or when the law requires their contracts become permanent, highly attractive. Moreover, Italian employers have very often abused such "precarious" contracts. In fact, although such contracts are – in the majority of cases – self employment contracts, employers often use them to hide the real employment relationships. Therefore, on the one hand, the worker is prevented from enjoying all the rights recognized to employees by the Law in force in Italy and, on the other hand, the employer incurs lower costs than ones which he would incur in the event that the worker is recognized as an "employee".

The downside is that with these disposable contracts (and employees), Italy has ended up with a massively unstable employment. Italy's employers have gone to great lengths to ensure that employment contacts can be terminated once an employee becomes potentially too costly. On the other side of the coin, there are poorly performing employees who cannot be sacked because of laws in Italy that are overly protective of employees with permanent work contracts. This phenomenon has rendered short term contracts even more appealing for Italian employers.

Therefore, in accordance with the provisions of the Jobs Act, on the one hand, contracts considered as "precarious" should be "organized" (i.e.: reduced in their amount) by means of decrees approved by the Italian Government.

On the other hand, the Italian Jobs Act is aimed at encouraging employers to sign indefinite-term contracts, granting employees with protection measures (i.e.: compensation) in proportion to their seniority (i.e.: the so-called "*contratti a tutele crescenti*").

In particular, while the Italian Government, on one side, has recently approved the first Legislative Decree aimed at providing the necessary measures for the so-called "*increasing tutelage contract*" (i.e.: "*contratto a tutele crescenti*") and the Trade Unions, on the other side, are asking the Government not to decrease the traditional legal protection measures against unfair dismissals, the best way of protecting unlawfully dismissed employees seem guaranteed by means of the "new" following provisions: subsidies to incentivize self re-employment after dismissal and self business (please, see Art. 1, par. 4-b, of the so called "Jobs Act"); shareholding and stakeholding by employees and buyout of societies being affected by a financial crisis (please, see art. 1, par. 2-a/5, and par. 4-b of the so called "Jobs Act"); re-composition of the fragmented "freelance"

<sup>519</sup> Please, see OECD-Better Policies for better lives, in <http://data.oecd.org/italy.htm#profile-jobs>.

<sup>520</sup> Please, see again A. GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 20 ottobre 2014, no. 226.

work contracts panorama and transformation of undeclared work into regular employment by extending traceable voucher.

In conclusion, will the last Italian Labour Reform actually lead the Italian population to full employment or should we wait for another reform?

## Il salario minimo legale nel “Jobs Act”: promozione o svuotamento dell’azione contrattuale collettiva?\*

Marco Biasi

1. Il lungo astensionismo del Legislatore italiano in materia di salario minimo ed il suo recente ripensamento.	186
2. Uno sguardo all’esperienza comparata.	187
3. La tradizionale “via italiana” al salario minimo legale: l’art. 36 della Costituzione e la retribuzione minima “ <i>per relationem</i> ” nell’elaborazione giurisprudenziale.	191
4. Segue. Dall’esclusione del lavoro autonomo alla sua (parziale) copertura: recenti forme di rinvio legale alle tariffe collettive.	195
5. Sullo sfondo del dibattito attorno al salario minimo legale: cenni sul decentramento contrattuale “all’italiana”.	197
6. Il percorso della delega sul salario minimo sino all’art. 1, comma 7 g) l. 183/2014.	200
7. Salario minimo legale e contrattazione collettiva.	202
8. La fine della supplenza pretoria?	205
9. Il ruolo delle parti sociali ed un’inaspettata conclusione.	206

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 241/2015

## 1. Il lungo astensionismo del Legislatore italiano in materia di salario minimo ed il suo recente ripensamento.

Uno tra i molti ambiti di intervento dell'attuale "percorso regolatore"<sup>(521)</sup>, ai più noto come "Jobs Act", interessa il salario minimo legale, divenuto oggetto, nel sostanziale silenzio dell'opinione pubblica<sup>(522)</sup>, della delega di cui all'art. 1, comma 1 lett. g) l. 10 dicembre 2014, n. 183.

Si tratta, invero, di una tematica non scevra da condizionamenti di natura politica<sup>(523)</sup> e che investe al contempo i delicati rapporti tra legge ed autonomia collettiva in uno degli spazi, la determinazione dei trattamenti retributivi<sup>(524)</sup>, da sempre d'elezione di quest'ultima<sup>(525)</sup>, tanto più in epilogo ad una lunga fase, durata almeno un ventennio, di progressivo arretramento dello Stato dalla materia salariale<sup>(526)</sup>.

Tenendo ben presente simili complessità, il presente saggio si pone l'obiettivo di collocare la più recente tendenza legislativa nel quadro dello spostamento della contrattazione collettiva verso le sfere decentrate: come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, infatti, nei sistemi, come quello tedesco ed italiano, caratterizzati per tradizione da una contrattazione collettiva centralizzata (anche) in materia salariale, l'esigenza di un salario minimo legale è stata da sempre meno avvertita (se non proprio avversata) dallo stesso movimento sindacale, mentre in altri Paesi, come la Gran Bretagna (e, volgendo lo sguardo oltre Oceano, gli Stati Uniti), una struttura della contrattazione basata sulla singola impresa (e, in molti casi, la totale assenza di contrattazione) ha da tempo indotto il Legislatore, nonostante un radicato spirito astensionistico in materia contrattuale/collettiva, a dettare una disciplina sui minimi salariali di "universale" applicazione.

La spiegazione classica della linea di "self-restraint"<sup>(527)</sup> seguita dal Legislatore nostrano sui minimi, e del conseguente affidamento alla capacità di autoregolamentazione del sistema<sup>(528)</sup>, affonda le radici nel timore, da un lato, di un abbassamento della soglia reddituale fissata dalla contrattazione e, dall'altro lato, della perdita della competenza esclusiva sindacale sul «concordato di tariffa»<sup>(529)</sup>.

(521) La definizione è di L. ZOPPOLI, *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto a tutele crescenti*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, Collective Volumes, 2014, 3, pag. 10.

(522) V. BAVARO, *Il salario minimo legale nel diritto sindacale italiano fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2014, 4, in corso di pubblicazione, pag. 1 del dattiloscritto; M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo...*, cit., pag. 25.

(523) M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 769.

(524) F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, Adapt e-Book Series, 32, pag. 136.

(525) Per tutti, M. D'ANTONA, *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1986, I, pag. 3 e segg.

(526) Cfr. l'efficace sintesi di S. BELLOMO, *Retribuzione: I - Rapporto di impiego privato*, Aggiornamento, in *EGT*, 2010, pag. 3.

(527) T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, II, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, pagg. 1343 e 1362.

(528) A. VALLEBONA, *Sul c.d. Salario minimo garantito*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 5, pag. 326.

(529) G. PERONE, A. D'ANDREA, *La retribuzione e il T.F.R. nel rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2009, pag. 4.

La legge delega in commento si colloca allora all'interno di una fase – non senza precedenti nel passato<sup>(530)</sup> – di ripensamento (non solo da parte degli attori sopra richiamati, ma anche in letteratura<sup>(531)</sup>), le cui ragioni possono essere individuate nei tratti distintivi del mercato del lavoro e nelle relazioni industriali “della crisi”, ed in particolare: i) nell'elevata mobilità del lavoro e del capitale e nel conseguente rischio di *dumping* sociale; ii) nella diffusione di sfere di lavoro non coperte dalla contrattazione collettiva; iii) nello spostamento della contrattazione verso il basso e nella contestuale perdita di forza contrattuale da parte del sindacato – e, *in primis*, delle sue sfere centrali –, non solo, ma anche, sulle condizioni salariali<sup>(532)</sup>.

Ciò che si cercherà di indagare, anche attraverso la comparazione con altre esperienze, non è tanto la *ratio* di un futuro (ed ancora incerto nel *quomodo* e nell'*an*) intervento in materia di minimi retributivi, quanto gli effetti che quest'ultimo possa spiegare sul sistema della contrattazione collettiva, nell'alternativa tra sostegno/promozione ed ulteriore decentramento, se non addirittura fuga dalla contrattazione.

## 2. Uno sguardo all'esperienza comparata.

In attesa dell'attuazione della delega in commento, un primo *focus* non può che essere dedicato all'esperienza comparata, da cui si evince, con specifico riferimento all'Europa, che ventidue Paesi dell'Unione su ventotto dispongono di una normativa sui minimi salariali.

Eppure, come efficacemente messo in luce in una recente ed accurata indagine di Salvo Leonardi<sup>(533)</sup>, il panorama si caratterizza per la considerevole varietà dei modelli, che investe: a) i destinatari della misura (unicamente lavoratori subordinati o anche autonomi, ed eventuali “sottotipi”); b) l'estensione del trattamento (salario minimo intercategoriale o diversificato su base settoriale e/o generazionale); c) l'orizzonte temporale per l'individuazione del minimo (paga oraria o mensile); d) il *quantum* della retribuzione minima (dagli 11,10 €/h in Lussemburgo agli 0,95 €/h in Bulgaria); e) la distanza tra il salario minimo ed il livello nazionale mediano delle retribuzioni; f) il ruolo delle parti sociali (mera consultazione o assunzione degli accordi tra le parti sociali

<sup>(530)</sup> T. TREU, Art. 36, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti Economici*, I, 1979, Roma, pag. 72 e segg.; M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, 1986, pag. 19 e segg.; ID., *Il salario minimo legale*, *Pol. Dir.*, 1983, 2, pag. 231 e segg.; G. BALZARINI, *Retribuzione sufficiente, retribuzione giusta e salario minimo legale*, in *Riv. Dir. Int. Comp. Lav.*, 1974, 2, pag. 221 e segg.; G. PERONE, *Su un'eventuale disciplina legale dei minimi retributivi*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, pag. 378 e segg.

<sup>(531)</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Salario minimo*, testo allegato agli Atti del Convegno “*Le politiche del lavoro del Governo Renzi*”, Seminari di Bertinoro, X, 23 e 24 ottobre 2014, dattiloscritto, pag. 1 e segg.; EAD., *Il salario minimo legale*, cit., pag. 791 e segg.; A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e mercato globale. Atti del Convegno in onore di Paolo Tosi (Torino, 11-12 aprile 2014)*, Napoli, 2014, pag. 255 e segg.; G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. Dir.*, 2011, 4, pag. 654 e segg. Peraltro, anche all'interno degli stessi sostenitori di un intervento legale sul salario minimo le posizioni potevano (e possono tutt'ora) risultare oltremodo divergenti circa il *quomodo*: si legga in proposito, il confronto, sulle pagine della rivista “*Micromega*”, tra Massimo Roccella e Tito Boeri (T. BOERI, M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *Micromega*, 2009, 1, pag. 111 e segg., spec. pag. 126), sui temi del salario minimo legale e – guarda caso – del contratto unico (oggi, “*a tutele crescenti*”: art. 1, comma 7 lett. c) l. 10 dicembre 2014, n. 183), già allora oggetto di proposte unitarie, tanto scientifiche (T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, 2008, pagg. 101-103), quanto parlamentari (DDL n. 2000 del 5 febbraio 2010, ad iniziativa del Sen. Nerozzi e altri, relativo alla “*Istituzione del contratto unico di ingresso*”).

<sup>(532)</sup> Per un riepilogo e per i necessari riferimenti bibliografici, si consenta il rinvio a M. BIASI, *The Effect of the Global Crisis on the labour market: report on Italy*, in *Comp. Lab. Law & Pol. J.*, 2014, 35, 3, pag. 371 e segg.

<sup>(533)</sup> S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *Lav. Dir.*, 2014, 1, pag. 185 e segg.; in precedenza, cfr. l'ampia analisi di A. OCCHINO, *Minimi salariali e Comunità Europea*, in *Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 149 e segg.

come base per la determinazione del *quantum* da parte delle Autorità – normalmente, governative – all'uopo deputate); g) i meccanismi di adeguamento del salario minimo nel tempo (indicizzazione o revisione periodica); h) i sistemi ed i soggetti incaricati del controllo e della verifica (uffici ispettivi del lavoro, agenzia delle entrate, dogane).

Ai fini della presente trattazione, tuttavia, risulta particolarmente interessante valutare, sulla scorta di tre esperienze che si intende qui brevemente sunteggiare, in che modo la determinazione legale del salario minimo possa atteggiarsi rispetto alla contrattazione collettiva.

Per le ragioni sopra esposte, non può non essere *in primis* menzionata l'esperienza tedesca, ove si è registrato un lungo astensionismo, di fatto (ma non di diritto<sup>(534)</sup>), in materia di salario minimo legale, ed il conseguente affidamento *in toto* alla contrattazione collettiva centralizzata (federale e di *Land*), nelle forme del "*Lohntarifvertrag*"<sup>(535)</sup>.

In assenza di un equivalente dell'art. 36 della Costituzione italiana (v. *infra*), la garanzia del salario minimo in favore dei lavoratori rimasti scoperti dall'ombrello della contrattazione e impiegati in condizioni economiche (particolarmente) svantaggiose poteva essere raggiunta solo, individualmente, attraverso la (rigorosa) interpretazione giurisprudenziale del § 138 BGB sull'invalidità delle clausole contrattuali contrarie al «*buon costume*» o di tipo usurario<sup>(536)</sup>, nonché, collettivamente, mediante l'ordine di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi nell'intero settore<sup>(537)</sup>.

Se la questione del salario minimo legale è assurda di recente ad un tale livello di attualità ed importanza da condizionare addirittura la tenuta della coalizione di Governo CDU-SPD, successiva alle elezioni del settembre 2013, ciò si deve alle novità caratterizzanti il contesto economico e delle relazioni industriali tedesche nel periodo successivo al (costoso) processo di riunificazione<sup>(538)</sup>, ovvero: i) la profonda crisi della rappresentanza, sindacale e datoriale<sup>(539)</sup>; ii) l'esistenza di interi settori scoperti dalla contrattazione collettiva; iii) la contestuale diffusione della contrattazione collettiva in deroga (anche sulle condizioni salariali) ed il conseguente effetto di "erosione" del doppio canale<sup>(540)</sup>.

<sup>(534)</sup> Il salario minimo legale a livello di settore era previsto, non solo durante il periodo nazionalsocialista, ma anche nella *Mindestarbeitsbedingungsgesetz* – MiArbG dell'11 gennaio 1952, che consentiva, al § 1, comma 2, la fissazione *inter alia* delle tariffe salariali nei settori privi di contrattazione mediante regolamento del ministro del lavoro, peraltro mai applicata: cfr. G. BALZARINI, *op. cit.*, pag. 242.

<sup>(535)</sup> M. Löwisch, V. Rieble, *Tarifvertragsgesetz. Kommentar*, München, 2012, *passim*; AA.VV., *Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Empirische Beobachtungen und rechtliche Betrachtungen der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben*, Baden-Baden, 2000, *passim*.

<sup>(536)</sup> C. PICKER, *Niedriglohn und Mindestlohn*, in *Recht der Arbeit*, 2014, 1, pag. 25 e segg.; F. BAYREUTHER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2014, 16, pag. 865 e segg.; H. JÖRIS, R. VON STEINAU-STEINRÜCK, *Der gesetzliche Mindestlohn*, in *Betriebs-Berater*, 2014, 35, pag. 2101 e segg.

<sup>(537)</sup> "*Allgemeinverbindlicherklärung*" (§ 5 TVG): cfr. A. SEIFERT, *L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne*, in AA.VV., *Droits du travail, emploi, entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, Paris, 2014, pag. 48.

<sup>(538)</sup> A. SEIFERT, *op. ult. cit.*, pag. 54 e segg.; ID., *Les travailleurs pauvres: nouveau défi pour le droit social allemand*, in P. AUVERGNON (diretto da), *Droit Social et Travailleurs Pauvres*, Bruxelles, 2013, pag. 163 e segg. Per una sintesi, M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., pag. 3.

<sup>(539)</sup> M. VITALETTI, *La crisi della rappresentanza dei datori di lavoro. Brevi note comparatistiche tra sistema italiano e tedesco*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, 2012, pag. 525 e segg.

<sup>(540)</sup> M. BIASI, *Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pagg. 347-353.

In un simile scenario, non sorprende che la spinta decisiva verso l'approvazione della "*Mindestlohngesetz*" dell'11 agosto 2014<sup>(541)</sup> sia giunta dall'interno del mondo sindacale.

Non è infatti un caso che il provvedimento con cui è stato introdotto, con effetto dall'1.1.2015, un salario minimo legale (inizialmente fissato in € 8,50 l'ora per i lavoratori subordinati impegnati in tutti i settori) si innesti all'interno di una riforma che porta già nella sua denominazione il segno della sua ragion d'essere, ossia il "*rafforzamento dell'autonomia collettiva*" ("*Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie*"), e che nella procedura di periodica revisione del *quantum* venga assicurato un ruolo fondamentale proprio alle parti sociali, all'interno di una Commissione tripartita incaricata di formulare una proposta sul *quantum* salario minimo da sottoporre alla decisione finale governativa (sull'*an*).

Agli antipodi, si colloca il cammino intrapreso di recente dal Legislatore greco, su decisa spinta "esterna" (o, se si vuole, "dall'alto")<sup>(542)</sup>.

Dopo essere entrato, per le note difficoltà economico-finanziarie, dal maggio 2010 nel programma di aiuti, ricevendo il primo prestito, con contestuale sottoscrizione del *Memorandum of Understandings (MoU)* con la ormai celebre «Troika», è però a partire dal secondo prestito e dal nuovo "*MoU*", relativo al biennio 2011-2012, che si è fatta più pressante la "richiesta" delle istituzioni sovranazionali, non solo di adottare misure emergenziali, ma anche di operare una drastica riduzione del costo del lavoro.

E così, stando solo al settore privato, si è passati da un sistema, vigente sin dagli anni '30<sup>(543)</sup>, di fissazione del salario minimo (mensile per impiegati, giornaliero per operai) attraverso un accordo interconfederale valido *erga omnes*, alla determinazione del *quantum* del salario minimo, in un primo momento, mediante la legge<sup>(544)</sup> e, a partire dal 2017, attraverso un apposito decreto del ministro del lavoro<sup>(545)</sup>.

Ciò che è maggiormente interessante notare, oltre all'ovvio effetto dell'immediata riduzione drastica del livello minimo salariale, è che i criteri per la (etero)determinazione di quest'ultimo siano stati individuati in una serie di fattori (la situazione economica del Paese, l'andamento della produttività delle imprese, il tasso di disoccupazione ecc.) che nulla hanno a che vedere con la tutela dei lavoratori "poveri" (v. *infra*), afferendo piuttosto a mere variabili (e valutazioni) di politica economica.

Se, come visto, una legislazione sul salario minimo può essere adottata contro la volontà (e l'azione) delle parti sociali, può poi accadere che una simile misura possa venire, non adottata,

<sup>(541)</sup> Per un primo commento, M. CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2014, 3, in corso di pubblicazione, pag. 1 e segg. del dattiloscritto.

<sup>(542)</sup> Sul "nuovo" salario minimo in Grecia, M. YANNAKOUROU, C. TSIMPOUKIS, *Flexibility without security and deconstruction of collective bargaining: the new paradigm of Labor Law in Greece*, in *Comp. Lab. Law & Pol. J.*, 2014, 35, 4, pagg. 337-343; C.A. IOANNOU, *Recasting Greek Industrial Relations: Internal Devaluation in Light of the Economic Crisis and European Integration*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2012, 2, pag. 199 e segg., spec. pag. 213.

<sup>(543)</sup> T.B. KONIARIS, *Greece*, in R. BLANPAIN (edited by), *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, 1990, The Hague, 1991, pag. 98.

<sup>(544)</sup> L. 4093/2012.

<sup>(545)</sup> L. 4172/2013.

bensì soppressa, da una Governo sempre con le medesime finalità “*Union-unfriendly*”, come avvenuto in Gran Bretagna, ove, nel 1993, il Governo Thatcher pose fine all’esperienza dalle *Trade Boards*<sup>(546)</sup>, consigli tripartiti che, sin dal 1909, operavano allo scopo di determinare i minimi salariali orari (o le tariffe minime di cottimo), nei settori caratterizzati da livelli retributivi “*eccezionalmente bassi*”<sup>(547)</sup>.

A riprova del fatto che tale iniziativa non fosse mossa dall’intento di rinvigorire l’azione contrattuale<sup>(548)</sup>, fu proprio su decisa spinta sindacale che il Governo di Tony Blair decise poco dopo di introdurre una nuova legislazione in materia<sup>(549)</sup>, approntando due modifiche sostanziali rispetto al modello precedente: la tutela veniva infatti estesa al “*worker*” (e non al solo “*employee*”<sup>(550)</sup>), e, soprattutto, era garantita su base universalistica (dunque, non meramente nei settori “in sofferenza”).

Va poi notato che, anche nel sistema britannico, un ruolo centrale è stato affidato ad una Commissione Nazionale Tripartita («*Low Pay Commission*»), incaricata di raccomandare il livello minimo e universale del salario, determinato poi in concreto dal Governo<sup>(551)</sup>.

In esito a questo – invero, sommario – esame comparato, si possono formulare i seguenti rilievi, utili nell’approccio alla tematica anche a livello interno: a) l’adozione di una normativa sul salario minimo legale non costituisce di sé un “attacco” al sindacato ed al sistema della contrattazione collettiva, che, anzi, dalla prima potrebbe addirittura trarre sostegno; b) al contrario, un *vulnus* all’azione collettiva può derivare dall’eliminazione, per mano del Legislatore, di sistema consolidato di determinazione delle tariffe minime, caratterizzato da un ruolo centrale delle parti sociali; c) sembra, invece, destare preoccupazione l’imposizione di una normativa sul minimo salariale allo scopo di controllare dall’alto le dinamiche del costo del lavoro, nell’irrelevanza di ogni autodeterminazione delle parti sociali e a prescindere dalle esigenze di tutela minima vitale dei beneficiari del trattamento.

<sup>(546)</sup> Il sistema delle “*Trade Boards*” venne poi sostituito, a partire dal *Wages Council Act* del 1945, da quello dei “*Wages Councils*”, su cui, per tutti, F. BAYLISS, *British Wages Councils*, London, 1962, *passim*.

<sup>(547)</sup> In tema, S. DEAKIN, F. GREEN, *One Hundred Years of British Minimum Wage Legislation*, in *Brit. Journ. Ind. Rel.*, 2009, 2, pag. 205 e segg.; M. ROCCELLA, *I salari*, cit., pagg. 34 e 35; M. GRANDI, *La legislazione sui minimi di salario in Gran Bretagna*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1961, I, pag. 46 e segg.

<sup>(548)</sup> Section 35 *Trade Union Reform and Employment Rights Act* 1993.

<sup>(549)</sup> *National Minimum Wage Act* 1998: B. SIMPSON, *A Milestone in the Legal Regulation of Pay: The National Minimum Wage Act 1998*, in *Ind. Law J.*, 1999, 1, pag. 1 e segg.; D. METCALF, *The British National Minimum Wage*, in *Brit. Journ. Ind. Rel.*, 1999, 2, pag. 171 e segg.

<sup>(550)</sup> Ai sensi della Section 54(3) del *National Minimum Wage Act*, rientra nella categoria di “*worker*”, oltre al lavoratore subordinato (“*employee*”), chi «*per effetto di un diverso tipo di accordo, si impegna ad eseguire personalmente un’opera o un servizio per conto di un altro contraente il cui status contrattuale non sia quello di un cliente o consumatore di un’impresa professionale esercitata da un individuo*» (trad. mia). Sulla difficoltà nell’individuare i contorni della figura del “*worker*”, per tutti, G. DAVIDOV, *Who is a worker?*, in *Industrial Law Journal*, 34, 1, pag. 57 e segg.; ancora, sui problemi di “quantificazione” del tempo di lavoro, ai fini del calcolo del *minimum wage*, di un lavoratore operante in regime di autonomia, B. SIMPSON, *The National Minimum Wage Five Years On: Reflections on Some General Issues*, in *Ind. Law Journal*, 2004, 1, pag. 29.

<sup>(551)</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Diritto Sindacale Europeo e Comparato*, Torino, 2015, pag. 111. Al momento, il “*minimum wage*” britannico è fissato in £ 6.50/h.

### 3. La tradizionale “via italiana” al salario minimo legale: l’art. 36 della Costituzione e la retribuzione minima “per relationem” nell’elaborazione giurisprudenziale.

Prima di esaminare quali possano essere le forme e le finalità di una normativa sui minimi salariali in ambito italiano, è necessario partire dalle basi, ossia dalla disposizione che ha da sempre costituito la “stella polare” dell’ordinamento interno e con la quale ogni futuro intervento legislativo dovrà necessariamente confrontarsi: trattasi, come noto, dell’art. 36 della Costituzione, che garantisce il diritto del lavoratore ad “una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”.

Nulla si dice a proposito di una determinazione del salario minimo per via legale, nonostante la questione fosse entrata nel dibattito in seno all’Assemblea costituente (tanto in plenaria, quanto, in precedenza, all’interno della III Sottocommissione<sup>(552)</sup>), ove si erano formati due opposti orientamenti: da un lato, dopo una prima apertura da parte dell’on. Amintore Fanfani nella III Sottocommissione, furono gli Onorevoli Aladino Bibolotti e Renato Bitossi a proporre, nella seduta plenaria del 10 maggio 1947, un emendamento al testo dell’art. 36, a favore della fissazione per legge del salario minimo, individuale e familiare<sup>(553)</sup>.

Dall’altro lato, uno schieramento composito (oggi si direbbe “bipartisan”), che annoverava al suo interno rappresentanti sia del Partito Comunista (on. Giuseppe Di Vittorio), sia della Democrazia Cristiana (on. Giovanni Gronchi), prese posizione contro l’inserimento di una simile previsione nella Carta, e ciò per due ragioni invero connesse: la preoccupazione degli uni di non “svuotare l’azione contrattuale”<sup>(554)</sup> si coniugava perfettamente con la difficoltà, espressa dai secondi, di affrontare in sede legislativa “una disciplina estremamente varia e diversa a seconda dei settori produttivi”, tanto da risultare per entrambi preferibile l’opzione di rimettersi alle determinazioni sul punto della contrattazione collettiva (in sostanza, con gli occhi di allora, all’attuazione dell’art. 39 Cost.)<sup>(555)</sup>.

<sup>(552)</sup> Per un completo resoconto del dibattito, T. TREU, *Art. 36*, cit., pag. 73 e segg.; per un’efficace sintesi, G. MICALI, *La retribuzione adeguata e sufficiente e la sua difesa giurisdizionale nell’esegesi storico-giuridica secondo l’art. 36 Cost.*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 293 e segg., nonché, tra gli studiosi di diritto pubblico, C. COLAPIETRO, sub *Art. 36*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, pagg. 740-742.

<sup>(553)</sup> *Atti della Assemblea Costituente*, vol. IV, seduta antimeridiana di sabato 10 maggio 1947, pag. 3803: “il salario minimo individuale e familiare e la durata della giornata lavorativa sono stabiliti dalla legge”; va, peraltro, notato che il significato dell’emendamento non era, nelle parole – quanto mai d’attualità nel contesto odierno – del proponente, di “stabilire oggi il minimo del salario, ma di dare una norma al legislatore di domani, perché ai lavoratori sia garantito il minimo che oggi i contratti collettivi già stabiliscono, proteggendo i soggetti che non sono tutelati dalla contrattazione collettiva”.

<sup>(554)</sup> L’intervento dell’on. Di Vittorio e l’iniziale proposta dell’on. Amintore Fanfani all’interno della III Sottocommissione (seduta di giovedì 12 settembre 1946), si possono leggere in *La Costituzione della Repubblica*, vol. III, Camera dei Deputati, Segretariato generale, Roma, 1971, pag. 2099 e segg.; come ricorda M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, cit., pag. 258, è singolare (ma solo agli occhi di chi ignori le vicende dell’art. 39 Cost.) che, pochi anni dopo, lo stesso Di Vittorio fu, insieme ad altri onorevoli vicini alla Cgil, tra i firmatari del d.d.l. n. 895/1954 (presentato alla Camera il 14 maggio), che mirava a dare, proprio attraverso la fissazione di un “minimo garantito di retribuzione a tutti i lavoratori” intercategoriale (inizialmente, 100 lire all’ora e 800 lire al giorno), “il primo passo per la concreta attuazione dell’art. 36 della Carta costituzionale”: cfr. la relazione al menzionato d.d.l., in *Riv. Dir. Lav.*, 1954, III, pag. 219.

<sup>(555)</sup> L’intervento dell’on. Gronchi durante la seduta del 10 maggio 1947 si può leggere in *Atti della Assemblea costituente*, cit., pag. 3809.

Peraltro, l'affidamento alla contrattazione, secondo qualcuno, avrebbe dovuto avvenire in via esclusiva<sup>556</sup>, con la conseguente esclusione di una legge sul salario minimo legale<sup>(557)</sup>, mentre una seconda e preferibile lettura si limitava ad escludere l'esistenza di un vincolo all'adozione di un simile tipo di politiche, rientranti dunque nella piena discrezionalità del legislatore<sup>(558)</sup>.

Quel che è certo è che, nell'inattuazione dell'art. 39 Cost. (o, meglio, proprio a fronte della stessa<sup>(559)</sup>) ed in assenza di una legge sul salario minimo legale, l'art. 36 Cost. è stato ritenuto, probabilmente ben oltre gli intendimenti degli stessi Costituenti<sup>(560)</sup>, una norma immediatamente precettiva dalla giurisprudenza, in quanto tale direttamente invocabile in giudizio in uno con l'art. 2099, comma 2 cod.civ.<sup>(561)</sup>.

<sup>(556)</sup> A. CESSARI, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1951, II, pag. 198; S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1949/1950, I, pag. 189 e segg.; dell'affidamento del compito di determinare le condizioni salariali – “se non proprio assolutamente esclusivo, per lo meno normale e preminente” – alla contrattazione collettiva, parla C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Lav. Dir.*, 1954, I, pag. 174; in termini non sostanzialmente dissimili, G. FERRARO, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 694.

<sup>(557)</sup> S. HERNANDEZ, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, 1998, 2, pag. 14, che pure ricollega il precetto dell'art. 36 Cost. (in combinato disposto con l'art. 38 Cost.) alla tutela del reddito, di competenza dello Stato, e non del salario, affidato alla contrattazione collettiva.

<sup>(558)</sup> T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, cit., pag. 1363; M. GRANDI, *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in *Pol. Sind.*, 1962, pag. 108, che peraltro collega un simile intervento al principio costituzionale di cui al capoverso dell'art. 3; G. PERA, *La giusta retribuzione dell'articolo 36 della Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1953, I, pag. 108, laddove l'A., con la consueta lungimiranza, esclude che al Legislatore sia impedito di “emanare leggi sui minimi salariali...specie se la nostra economia, sulla base di profonde riforme di struttura, entrerà nelle esperienze dirigitte e pianificatrici”. Si legga, sul punto, l'intervento dell'on. Gustavo Ghidini, in *Atti della Assemblea costituite*, cit., pag. 3807: “resta da vedere se sia opportuno che i concetti espressi nell'emendamento dell'on. Bibolotti vengano inclusi nella legge costituzionale, o se, invece, la loro sede migliore non sia nella legislazione speciale”. Sull'assenza di una riserva in favore della contrattazione collettiva in materia salariale, Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *Foro it.*, 1963, I, col. 17; Corte Cost. 9 luglio 1963, n. 120, in *Foro it.*, 1963, I, col. 1327.

<sup>(559)</sup> Su tutti, G. GIUGNI, *Prefazione*, in M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione. L'articolo 36 comma 1 della Costituzione nella giurisprudenza delle corti di merito*, Bologna, 1971, pagg. 9 e 10, laddove l'A. traccia il destino dell'art. 36 nel passaggio da una norma programmatica che “avrebbe trovato concretezza nel meccanismo di contrattazione con efficacia generale di cui all'inattuato art. 39” alla sua “accettazione”, quale norma immediatamente precettiva “atta a colmare il vuoto legislativo”; similmente, F. GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pagg. 79 e 80; L. ZOPPOLI, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI, *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pag. 95; R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla onerosità del lavoro subordinato (1960)*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Padova, 1996, pag. 1029.

<sup>(560)</sup> P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 739.

<sup>(561)</sup> Tra le prime e più note pronunce, Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, in *Dir. Lav.*, 1952, II, pag. 275, con nota di C. LEGA, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, e Cass. 12 maggio 1951, n. 1181, in *Mass. Giur. Lav.*, 1951, pag. 157 (confermativa di Appello L'Aquila 28 novembre 1951, in *Dir. Lav.*, 1951, II, pag. 447, con nota critica di M. SCORZA, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*) e Cass. 19 novembre 1957, n. 4414, in *Riv. Giur. Lav.*, 1958, II, pag. 8. In dottrina, favorevole a tale lettura delle due disposizioni alla stregua di “una [sola] norma autonoma”, E. DI BERARDINO, *Note sulla integrazione della disciplina del lavoro e della regolamentazione contrattuale nei rapporti di lavoro individuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1968, 6, pag. 449 e segg.; similmente, B. VENEZIANI, *Il sindacato giurisdizionale ex art. 36 Cost. sulle tariffe salariali collettive e la legge 14 luglio 1959, n. 741*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1966, pag. 637; a favore dell'immediata precettività dell'art. 36 Cost, tra i primissimi commentatori, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 189; R. NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1951, II, pag. 5; A. CESSARI, *op. cit.*, pag. 197 e segg.; U. NATOLI, *Retribuzione sufficiente e autonomia sindacale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, I, pag. 255 e segg.; in un'accezione in parte diversa, legata alla valorizzazione dell'applicazione immediata e diretta del disposto costituzionale nel quadro dell'ordinamento giuridico, R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore* (1951), in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., pag. 1036; *contra*, D. NAPOLETANO, *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, primo comma, della Costituzione e sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1951, pag. 217; M. SCORZA, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 Cost.*, cit., pag. 450; G. MASSART, *L'art. 36 della Costituzione è principio programmatico e non norma precettiva*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1953, pag. 65; C. LEGA, *op. cit.*, pag. 284, pur in termini dubitativi; A. SERMONTI, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al 1° comma dell'art. 36 della Costituzione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1952, pag. 128 e segg.

A fornire un contenuto al generale e astratto precetto costituzionale<sup>(562)</sup> e a collocarlo su un piano di concretezza e storicità<sup>(563)</sup>, ha provveduto una giurisprudenza di tale solidità<sup>(564)</sup> da potersi da (e nel) tempo definire alla stregua di “diritto vivente”<sup>(565)</sup>.

Superando gli iniziali sospetti di “blitz” agli occhi della dottrina<sup>(566)</sup>, questa ha tradizionalmente “ancorato” il parametro dell’adeguatezza<sup>(567)</sup> (da intendersi quale – dubbia<sup>(568)</sup> – sintesi dei due criteri della sufficienza e della proporzionalità<sup>(569)</sup>: v. *infra*), al livello salariale fissato nei contratti collettivi applicabili alla categoria o al settore, avuto riguardo alle tabelle contrattuali relative alle mansioni e alla qualifica di corrispondenza<sup>(570)</sup>.

La supplenza pretoria è sembrata rispettare l’equilibrio tra l’autonomia collettiva e le esigenze di tutela costituzionali, non giungendo, se non in rarissimi casi e solo a fronte delle peculiarità del caso concreto, a giudicare insufficiente la retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva<sup>(571)</sup>, nonché, specularmente, individuando uno specifico obbligo di motivazione per i casi in cui il giudice ritenga di quantificare il “minimo costituzionale” mediante altri parametri o criteri<sup>(572)</sup>.

L’effetto (di fatto, ma non – *stricto sensu* – “di diritto”<sup>(573)</sup>, alla luce del limite invalicabile dell’art. 39 Cost.<sup>(574)</sup>), è stato la sostanziale determinazione del “salario minimo di riferimento” da parte

<sup>(562)</sup> M. PERSIANI, *Legge, giudice e contratto collettivo* (1977), in *Id.*, *I nuovi problemi della retribuzione*, Padova, 1982, pag. 9.

<sup>(563)</sup> M. DELL’OLIO, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 2, pag. 3.

<sup>(564)</sup> E. GRAGNOLI, M. CORTI, *La retribuzione*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. II, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, pag. 1376.

<sup>(565)</sup> A. DE FELICE, *La retribuzione e il trattamento di fine rapporto*, in A. PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, t. II, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. xxiv, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, pag. 430; M. MARINELLI, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 1, pag. 86; in termini di “funzione normativa”, avuto riguardo all’orientamento giurisprudenziale sull’art. 36 Cost., G. PERONE, A. D’ANDREA, *op. cit.*, pag. 20.

<sup>(566)</sup> M. DELL’OLIO, *La retribuzione*, in *Tratt. Rescigno*, 15, 2a ed., I, Torino, 2004, pag. 602.

<sup>(567)</sup> L. NOGLER, *Art. 36*, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 4a ed., Padova, 2009, pagg. 41 e 46.

<sup>(568)</sup> A. DI MAJO, *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, I, pag. 397, nt. 8.

<sup>(569)</sup> Cass. 19 luglio 2007, n. 16015, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2008, pag. 12; Cass. 9 febbraio 1982, n. 794, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, pag. 725. In dottrina, sul carattere “simbiotico” della proporzione e della sufficienza della retribuzione, S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, pagg. 54 e 79.

<sup>(570)</sup> R. VIANELLO, *La retribuzione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, 2a ed., in *Comm. Carinci*, II, Torino, 2007, pag. 853 e segg. Per una completa rassegna giurisprudenziale sulla giusta retribuzione, da ultimo, C. GALIZIA, *La giusta retribuzione tra punti fermi e questioni aperte*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, 3, pag. 597 e segg.

<sup>(571)</sup> Cass. 22 agosto 1997, n. 7885, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 666, con nota di L. ANGELINI, *Sulla disapplicazione giudiziale del trattamento economico previsto dal contratto collettivo degli insegnanti di scuola privata per macroscopica inferiorità rispetto ai colleghi «pubblici»*, che ha confermato la decisione di merito con la quale era stato “integrato” il trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva per gli insegnanti privati, in quanto ritenuto “macroscopicamente inferiore” a quello spettante agli insegnanti pubblici investiti delle medesime funzioni; Cass. 23 novembre 1992, n. 12490, in *Rep. F.I.*, 1992, *Lavoro (rapporto)*, n. 1099; Cass. 26 gennaio 1993, n. 928, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, pag. 692, con nota di P. TULLINI; Cass. 13 luglio 1972, n. 2380, in *Giust. Civ. Mass.*, 1972, pag. 1337.

<sup>(572)</sup> Cass. 1 febbraio 2006, n. 2245, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, pag. 557; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 1, pag. 361, su cui l’ampio commento di P. LAMBERTUCCI, *Determinazione giudiziale della retribuzione, minimi sindacali e condizioni territoriali*, *ibidem*, pag. 201 e segg.; Cass. 15 settembre 1966, n. 2382, in *Riv. Dir. Lav.*, 1967, II, pag. 341.

<sup>(573)</sup> Di una generalizzazione della contrattazione collettiva di diritto comune “per via indiretta”, parla G. PROSPERETTI, *Retribuzione*, in P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, in N. IRTI (promossi da), *Dizionari di diritto privato*, Milano, 2010, pag. 643.

<sup>(574)</sup> Cass. 9 agosto 1996, n. 7383, in *Foro It.*, 1998, I, col. 3228; Trib. Roma 12 luglio 2000, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, pag. 819. In dottrina, sul mancato raccordo tra diritto giudiziario e ordinamento intersindacale sulla retribuzione costituzionalmente adeguata, per tutti, M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1984, pag. 61 e segg.

degli accordi collettivi (ma, pur sempre “*ex post*”, ossia a seguito dell’intervento del Giudice) anche a favore dei “non iscritti”<sup>(575)</sup> (v. *infra*), con l’unico corollario nell’affrancamento dalla negoziazione individuale del salario (o, meglio, nella caducità di quest’ultima).

La, pur consolidata, lettura giurisprudenziale si è tuttavia caratterizzata per significative oscillazioni<sup>(576)</sup> e notevoli adattamenti, da alcune voci giudicati fisiologici<sup>(577)</sup> e da altre criticamente additati quale espressione di una certa “*superbia*” pretoria, nell’attitudine a porsi in contrasto con le determinazioni (ed il ruolo) dell’autonomia collettiva<sup>(578)</sup>: tra questi, vanno menzionati il comune raffronto operato con le retribuzioni negli altri settori<sup>(579)</sup>, il riallineamento del *quantum* retributivo minimo al costo della vita a livello territoriale<sup>(580)</sup>, la rilevanza riconosciuta alle dimensioni ridotte dell’impresa<sup>(581)</sup> o del suo carattere artigianale<sup>(582)</sup>, il tutto secondo un *trend* ribassista accentuatosi durante il recente periodo di crisi<sup>(583)</sup>.

Numerose voci in letteratura hanno individuato nella retribuzione adeguata ai sensi dell’articolo 36 della Costituzione, letto attraverso la lente giurisprudenziale, “*l’equivalente funzionale*” del salario minimo legale previsto in altri Paesi<sup>(584)</sup> o, in altri termini, “*la via italiana al minimo salariale*”<sup>(585)</sup>.

<sup>(575)</sup> Ciò, peraltro, giova ribadirlo, non comporta l’applicazione dell’intero contratto collettivo ai sensi dell’art. 2070 cod. civ., ma solo il riferimento allo stesso, per l’appunto “tendenziale”, come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art.* 36 Cost.: così Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giur. It.*, 1998, 5, pag. 915, con nota di M. MARAZZA, *Le Sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*.

<sup>(576)</sup> S. BELLOMO, *op. ult. cit.*, pag. 9.

<sup>(577)</sup> M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, cit., *passim*, avuto riguardo in particolare agli orientamenti della giurisprudenza di merito.

<sup>(578)</sup> F. LISO, *Autonomia collettiva ed occupazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 2, pag. 209.

<sup>(579)</sup> Cass. 29 marzo 2010, n. 7528, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, pag. 767.

<sup>(580)</sup> Il possibile scostamento dalla retribuzione della contrattazione nazionale per specifiche situazioni territoriali è ammesso Cass. 1 febbraio 2006, n. 2245, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 2, pag. 557, con nota di S. BIANCHI, *La discrezionalità del giudice nella determinazione dell’equa retribuzione ai sensi dell’art. 36 Cost.*, pur in via eccezionale e con obbligo di specifica motivazione sul punto; Cass. 15 novembre 2001, n. 14211, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 379; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, II, pag. 693, con nota di G. LEOTTA, *Alcuni appunti per una rilettura del comma 1 dell’art. 36 della Costituzione*, nonché le altre pronunce menzionate nella rassegna di L. DEL VECCHIO, *Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 1, pag. 317 e segg.; cfr. i rilievi critici formulati da G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012, pag. 35 e segg. Cfr. anche Cass. 26 marzo 1998, n. 3218, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, pag. 683, con nota di V.A. POSO, *L’insostenibile leggerezza della retribuzione nelle aree depresse del Paese alla ribalta di una nuova questione meridionale*, ove, pur escludendo la determinazione di un importo inferiore ai minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva da parte del giudice con il richiamo alle sole condizioni del mercato del lavoro depresso, si ammette che venga assunta a parametro per la quantificazione della giusta retribuzione la previsione, da parte di un contratto collettivo territoriale o aziendale, di una retribuzione inferiore a quella stabilita dal contratto nazionale.

<sup>(581)</sup> Cass. 15 novembre 2001, n. 14211, inedita a quanto consta.

<sup>(582)</sup> Cass. 9 agosto 1996, n. 7383, cit.

<sup>(583)</sup> M.C. CATAUDELLA, *La retribuzione al tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Torino, 2013, pagg. 85-88.

<sup>(584)</sup> Da ultimo, V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2014, 233, pag. 44; similmente, M. CINELLI, voce *Retribuzione dei dipendenti privati*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, VI, 1986, pag. 658.

<sup>(585)</sup> M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, cit., pag. 777; in termini di “*versione debole della politica del salario minimo legale*”, con riguardo allo scenario italiano, G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996, pag. 405.

Eppure, non è mancato chi ha opportunamente segnalato come le Corti abbiano pur sempre adeguato il parametro (anche) alla quantità e qualità del lavoro eseguito, mostrando una “vocazione proporzionalistica”<sup>(586)</sup> estesa ben oltre il piano della sufficienza<sup>(587)</sup>. Quest’ultima, del resto, come si vedrà meglio nel prosieguo, non sembra necessariamente anteporsi alla proporzionalità sul piano logico<sup>(588)</sup>, legandosi piuttosto a quelle esigenze di “sopravvivenza” che, oltre a risultare estranee all’apporto del lavoratore nel singolo rapporto – in quanto tali, più facilmente determinabili in senso oggettivo ed universale<sup>(589)</sup>, pur nella loro relatività sul piano storico<sup>(590)</sup> – paiono costituire proprio l’oggetto tipico della tutela delle discipline legali del salario minimo<sup>(591)</sup>.

#### 4. Segue. Dall’esclusione del lavoro autonomo alla sua (parziale) copertura: recenti forme di rinvio legale alle tariffe collettive.

L’art. 36 della Costituzione si riferisce genericamente al “lavoratore”, tanto da potersi legittimamente chiedere se la protezione costituzionale si estenda anche al compenso spettante al collaboratore autonomo.

Nel contratto d’opera, però, è lo stesso codice civile a prevedere, all’art. 2225, che il compenso sia oggetto di negoziazione libera tra le parti<sup>(592)</sup>: l’intervento del giudice avviene, infatti, solo nel

<sup>(586)</sup> Così G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata...*, cit., pag. 645; similmente, M. ROCCELLA, *I salari*, cit., pag. 68.

<sup>(587)</sup> Per tutti, M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, cit., pag. 256: “l’adeguamento tiene conto della qualifica dell’attore e non del salario più basso astrattamente ipotizzabile (fissato dal contratto collettivo per i lavoratori della qualifica più bassa)”; nello stesso senso, G. ROMA, *La retribuzione*, Torino, 1993, pag. 34; G. NAPOLETANO, *Retribuzione-mercato e retribuzione-assistenza: profili giurisprudenziali*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, 1, pag. 47, che ricorda come la stessa giurisprudenza, nell’applicazione dell’art. 36 Cost. al lavoro a tempo parziale, abbia quantificato la retribuzione costituzionalmente dovuta “in proporzione alla quantità e qualità della prestazione”, a prescindere dalla sua idoneità a soddisfare le esigenze minime del lavoratore; L. ANGIELLO, *Art. 2099*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile Commentario*, 2a ed., Milano, 2003, pagg. 18-19; M. PERSIANI, *Retribuzione di fatto, dovuta, normale, effettiva e contribuzione previdenziale* (1975), in *Id.*, *I nuovi problemi della retribuzione*, cit., pag. 138, nt. 48.

<sup>(588)</sup> G. PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. Dir.*, 1989, XL, pag. 45; T. TREU, *Art. 36*, cit., pag. 81; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, pagg. 78-87.

<sup>(589)</sup> M. GENGHINI, *La retribuzione proporzionata e sufficiente nella giurisprudenza*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, 1998, 2, pag. 26; *contra*, G. ROMA, *op. cit.*, pag. 35, il quale associa la proporzionalità al carattere dell’oggettività e la sufficienza alla soggettività del lavoratore; nello stesso senso, B. FARGNOLI, *La retribuzione*, Milano, 2002, pag. 384, il quale tuttavia riconosce come la valutazione circa la soglia retributiva tale da permettere un’esistenza libera e dignitosa debba avvenire “su un piano di ragionevole obiettività, tenendo conto dell’*id quod plerumque accidit*”.

<sup>(590)</sup> L. ANGIELLO, *op. ult. cit.*, pag. 19.

<sup>(591)</sup> G. ROMA, *op. cit.*, pag. 36; U. PROSPERETTI, *Sull’applicazione del principio di retribuzione sufficiente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1964, pag. 302. *Funditus*, sulla distinzione, all’interno dell’art. 36 Cost. (e dell’art. 2094 c.c.), tra le due funzioni della retribuzione di minimo vitale (sufficienza) e di compenso adeguato alle caratteristiche del lavoro (proporzionalità), R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pagg. 112 e 135 e segg.; sulla diversità tra le due esigenze (e sull’idoneità della – sola – contrattazione collettiva ad esprimerle e soddisfarle al meglio), M. RUSCIANO, *In tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo e l’art. 36 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1970, I, pag. 245. Ancora, sulla valorizzazione, da parte dell’art. 36 Cost., tanto della “retribuzione-obbligazione sociale”, quanto della “retribuzione-corrispettivo”, L. ZOPPOLI, *L’articolo 36 della Costituzione...*, cit., pag. 126 e segg. (oltre al classico *Id.*, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, *passim*, spec. pag. 279 e segg.); similmente, S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in E. GRAGNOLI e S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino, 2012, pag. 29; sulla distinzione, non ultimo sul piano storico, tra “salario-rendimento” e “salario familiare”, F. MORTILLARO, *La retribuzione*, Roma, 1979, I, pag. 59 e segg.; scorge un vero e proprio “contrasto”, ben oltre la mera coesistenza, tra le due “anime” dell’art. 36, comma 1 Cost., trattandosi di diritti del lavoratore cui corrisponderebbero diversi soggetti obbligati (il datore di lavoro, in un caso, lo Stato, nell’altro caso), S. Hernandez, *op. ult. cit.*, pagg. 9-11.

<sup>(592)</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Sub Artt. 2222-2246. Del lavoro autonomo*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, pag. 176; F. SANTORO PASSARELLI, *Opera (contratto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, pag. 987.

silenzio di queste ultime<sup>(593)</sup>, allorché il compenso viene quantificato, con valutazione equitativa, “sulla base delle tariffe professionali e degli usi”, o, in mancanza di questi ultimi, “sulla base del risultato ottenuto” e “del lavoro normalmente necessario per ottenerlo”.

Proprio nel rispetto dell’equilibrio contrattuale degli interessi nel lavoro autonomo<sup>(594)</sup>, la giurisprudenza ha escluso con forza l’invocabilità del parametro costituzionale al di fuori dell’alveo della subordinazione, e ciò, tanto avuto riguardo al lavoro autonomo *tout court*<sup>(595)</sup>, quanto con riferimento al lavoro parasubordinato<sup>(596)</sup>.

Con la normativa sul lavoro a progetto, però, si è nel recente verificata una significativa – anche se parziale – frattura all’interno del granitico paradigma volontaristico.

Se, infatti, già nella formulazione originaria dell’art. 63 D.Lgs. 276/2003, il compenso doveva risultare “*proporzionato alla qualità e quantità del lavoro eseguito...tenuto conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo*”<sup>(597)</sup>, ad una prima apertura, con l’art. 1, 772° comma, l. 27 dicembre 2006, n. 296, verso un generico riferimento ai “*compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità...sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento*”<sup>(598)</sup>, si è infine giunti, per effetto delle modifiche apportate dall’art. 1, 23 comma lett. c), l. 28 giugno 2012, n. 92, ad una formulazione della disposizione che ha di fatto comportato, ai fini della determinazione del compenso spettante al lavoratore a progetto, il rinvio alla retribuzione prevista per il “*corrispondente*” lavoratore subordinato<sup>(599)</sup>.

<sup>(593)</sup> Cass. 4 aprile 2004, n. 6728, in *Rep. Foro It.*, 2004, *Facchinaggio*, n. 2; Cass. 22 agosto 2001, n. 11210, in *Giust. Civ.*, 2001, I, pag. 2939.

<sup>(594)</sup> Per tutti, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, XVII, t. 1, Milano, 1996, pag. 269.

<sup>(595)</sup> Cfr., su tutte, Cass. 25.10.2003, n. 16059, in *Rep. Foro It.*, 2003, *Lavoro autonomo*, n. 4, ove si legge che “*il dato sociologico della condizione (ab origine) di sottoprotezione (cui l’ordinamento reagisce con la peculiare normative di sostegno) costituisce un attributo tipico e specifico del solo lavoro prestato in regime di subordinazione...non essendo perciò consentite deroghe, per il lavoro autonomo, al principio generale dell’equilibrio sinallagmatico*”; nello stesso senso, Cass. 1.9.2004, n. 17564, in *Giust. Civ.*, 2005, pag. 1257; Cass. 14 luglio 1993, n. 7796, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 317, con nota di L. NOGLER; Cass. 7 aprile 1987, n. 3400, in *Rep. Foro It.*, *Lavoro (rapporto)*, 1987, n. 6.

<sup>(596)</sup> Cass. 26 maggio 2004, n. 10168, in *Rep. Foro It.*, *Sanitario e personale della sanità*, 2004, n. 26; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13941, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2001, pag. 154; Cass. 11 maggio 1991, n. 5291, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, pag. 1887. In dottrina, M. PEDRAZZOLI, *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, V, Torino, 1984, pag. 485. Diversa, tuttavia, la posizione in alcune pronunce di merito: Pret. Napoli 19 aprile 1985, in *Riv. Giur. Lav.*, 1987, II, pag. 483; Pret. Venezia 3 luglio 1984, in *Lavoro 80*, 1984, pag. 1118. In dottrina, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, pag. 101.

<sup>(597)</sup> F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2006, 2-3, pagg. 350-351.

<sup>(598)</sup> G. DONDI, *Il lavoro a progetto dopo la Finanziaria per il 2007*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 1, pagg. 23-25; V. FILI, *La tutela del lavoro parasubordinato tra stabilizzazione e nuove prassi*, in M. MISCHIONE E D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Milano, 2007, pag. 141.

<sup>(599)</sup> Art. 63 D.Lgs. 276/2003, nella formulazione risultante dalle modifiche dall’art. 1, 23 comma, lett. c), l. 28 giugno 2012, n. 92: se già al primo comma si prevede che il compenso, oltre che “*proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito*”, debba “*non essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività...dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati*”, nel secondo comma della disposizione viene espressamente statuito che “*in assenza di contrattazione collettiva specifica, il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell’attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto*”.

Si è così assistito all'introduzione – per via legale e non attraverso il diritto pretorio, come avvenuto per il lavoro subordinato – di un salario minimo “*per relationem*”<sup>(600)</sup>, espressione di una rinnovata esigenza, emergente anche da altre disposizioni<sup>(601)</sup>, di protezione del compenso di una particolare categoria di soggetti operanti in condizioni di autonomia sul piano funzionale e, al tempo stesso, di dipendenza su quello del mercato<sup>(602)</sup>.

Quel che merita maggiormente di essere evidenziato, ai fini della presente trattazione, è che, a seguito del menzionato intervento eteronomo in materia “retributiva”, accompagnato da altre penetranti modifiche in senso restrittivo nel ricorso all'istituto in parola<sup>(603)</sup>, si è registrata una drastica diminuzione nel numero di contratti a progetto stipulati<sup>(604)</sup>, la quale non può non essere almeno in parte ricondotta al venir meno del *gap* di costo con il lavoro subordinato.

Non è, peraltro, dato sapere se la misura abbia condotto all'emersione del “sommerso” (in altri termini, all'attrazione di alcuni rapporti di lavoro autonomo non genuino verso la subordinazione), o se, al contrario, la misura abbia condotto verso l'abisso ancor più profondo del lavoro nero (e/o del “non lavoro”): la questione è centrale e, come si vedrà, si porrà rispetto all'eventuale introduzione di un salario minimo legale per i lavoratori subordinati, in attuazione della legge delega qui in commento.

## 5. Sullo sfondo del dibattito attorno al salario minimo legale: cenni sul decentramento contrattuale “all'italiana”.

Se è senz'altro vero che, già a partire dai concordati di tariffa<sup>(605)</sup>, “*non c'è nessun momento significativo delle relazioni industriali che non abbia avuto come suo epicentro il fattore retributivo*”<sup>(606)</sup>, non può qui tacersi del tutto circa la cornice contrattuale nella quale andrebbe a collocarsi una disciplina legale dei minimi come quella al momento in discussione.

<sup>(600)</sup> Sul punto, si consenta il rinvio a M. BIASI, *Il “salario minimo” per i collaboratori a progetto*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Il Nuovo Mercato del Lavoro*, Torino, 2013, pag. 228; V. PINTO, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, 2012, 151, pagg. 27-28.

<sup>(601)</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla l. 31 dicembre 2012, n. 233, in materia di “*equo compenso nel settore giornalistico*”, che, “*in attuazione dell'art. 36 primo comma, della Costituzione*” (art. 1, comma 1 l. 233/2012), ha istituito un'apposita Commissione (costituita da rappresentanti delle parti sociali, dell'Ordine dei Giornalisti, del Ministero del lavoro e dell'Ente previdenziale di categoria) avente il compito di “*definire l'equo compenso dei giornalisti iscritti all'albo non titolari di rapporto di lavoro subordinato...avuto riguardo alla natura e alle caratteristiche della prestazione nonché in coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato*” (art. 2, comma 3 lett. a) l. 233/2012). Meritevole di attenzione è pure il comma 4 dell'art. 7 del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (convertito da l. 28 febbraio 2008, n. 31), ove, con riferimento al lavoro nelle cooperative, si statuisce che “*...in presenza di una pluralità di contratti di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori...i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria*”. Per un commento a tali disposizioni, A. BELLAVISTA, *op. cit.*, pagg. 263-265.

<sup>(602)</sup> Per tutti, M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, pag. 191 e segg., ed ivi ampia bibliografia.

<sup>(603)</sup> Da ultimo, E. GHERA, *Il lavoro autonomo nella riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pag. 501 e segg., anche per gli opportuni riferimenti.

<sup>(604)</sup> Per alcuni dati, aggiornati al II trimestre 2013, cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Il primo anno di applicazione della legge 92/2012*, Roma, 2014, pag. 38.

<sup>(605)</sup> G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, cit., pag. 20.

<sup>(606)</sup> A. DE FELICE, *op. cit.*, pag. 383; similmente, C. ZOLI, voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, XII, 1996, pag. 418.

Ebbene, se si guarda all'ultimo ventennio, dal Protocollo Ciampi/Giugni 23 luglio 1993<sup>(607)</sup>, all'Accordo sulla Produttività 16 novembre 2012<sup>(608)</sup>, passando per l'Accordo Interconfederale "separato" del 22 gennaio 2009<sup>(609)</sup> e per quello "unitario" del 28 giugno 2011<sup>(610)</sup>, si può notare che, pur nella diversa valutazione di alcuni elementi retributivi, parrebbe non potersi negare che il sistema continui a basarsi su un sostanziale controllo della dinamica salariale "dal centro"<sup>(611)</sup>.

Al contratto collettivo nazionale spettava (e tuttora spetta), infatti, il compito di «*garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impegnati sul territorio nazionale*»<sup>(612)</sup>, mentre alla contrattazione decentrata viene riconosciuta la funzione di costituire il luogo di sperimentazione di forme di salario (integrativo) legate alla redditività o produttività dell'impresa o del lavoro.

Ciò è parso trovare conferma anche nella più recente ed innovativa fisionomia del «*salario di produttività*»<sup>(613)</sup>, per l'individuazione del quale le parti sociali hanno previsto la delega, da parte

<sup>(607)</sup> M. D'ANTONA, *Il Protocollo sul costo del lavoro e l'"autunno caldo" dell'occupazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, pag. 411 e segg.; T. TREU, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, I, pag. 215 e segg.; M. ROCCELLA, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, *ibidem*, pag. 263 e segg.; M. RICCI, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 sul costo del lavoro: verso l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali*, *ibidem*, pag. 279 e segg.

<sup>(608)</sup> M. BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 2, pag. 273 e segg.; C. DELL'ARINGA, *L'accordo sulla produttività: quali prospettive per competitività e salari?*, *ibidem*, pag. 293 e segg.

<sup>(609)</sup> L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, pag. 447 e segg.; F. CARINCI, *Una dichiarazione di intenti: l'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, *ivi*, 2009, I, 179 ss.; M. NAPOLI, *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, in *Jus*, 2009, pag. 443 e segg.; M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pag. 353 e segg.; A. LASSANDARI, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, pag. 316 e segg.; R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2009, pag. 326 e segg.; A. MARESCA, *Accordi separati*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, 3, pag. 523 e segg.; M. ESPOSITO - G. GENTILE, *Costo del lavoro, competitività delle imprese e nuova struttura della contrattazione collettiva*, *ivi*, 2009, 2, pag. 273 e segg.; M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, 6, pag. 1278 e segg.; V. FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 e la riforma del sistema della contrattazione collettiva*, *ivi*, 2009, 4-5, pag. 1021 e segg.

<sup>(610)</sup> AA.VV., *Ricerche. Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, 3, con i contributi di T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, pag. 613 e segg., M. MAGNANI, pag. 642 e segg., M. DEL CONTE, pag. 646 e segg.; G. PROIA, pag. 652 e segg., M. MARTONE, pag. 656 e segg., M. TIRABOSCHI, pag. 658 e segg.; C. DELL'ARINGA, pag. 660 e segg.; G. TRIA, pag. 663 e segg., G. SANTINI, pag. 665 e segg.; P. PIRANI, pag. 667, L. SBARRA, pag. 669 e segg.; M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 3, pag. 451 e segg.; F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".It*, 2011, 125; M. MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *Lav. Giur.*, 2011, 8, pag. 653 e segg.; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".It*, 2011, 127.

<sup>(611)</sup> Per tutti, P. TOSI, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 3, pag. 525; V. MAJO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Padova, 2013, pag. 116; T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsabilità*, cit., pag. 1370.

<sup>(612)</sup> Così, tanto al punto 2 dell'Accordo Interconfederale del 28.6.2011, quanto al punto 2.2 dell'Accordo Interconfederale del 22 gennaio 2009.

<sup>(613)</sup> G. BOLEGO, *Produttività e detassazione nella contrattazione "di prossimità"*, in A. MATTEI (a cura di), *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo*, Napoli, 2014, pag. 77 e segg.; M. VITALETTI, *La retribuzione di produttività*, Napoli, 2013, *passim*; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2013, 1, pag. 33 e segg.; P. CAMPANELLA, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2013, 185.

del contratto nazionale, al secondo livello delle “materie” (e delle “modalità”) che possano “incidere sulla produttività”, quali “gli istituti contrattuali che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l’organizzazione del lavoro”.

Tra questi ultimi, è di tutta evidenza, non consta alcun riferimento alla retribuzione, almeno *aper-  
tis verbis*.

Del resto, persino il “temutissimo” art. 8 l. 148/2011<sup>(614)</sup>, nel non farne espressa menzione<sup>(615)</sup>, parrebbe escludere la materia retributiva da quelle su cui insiste la peculiare *vis derogatoria* attribuita ai “contratti di prossimità”<sup>(616)</sup>.

Tutto ciò, naturalmente, a meno di non scorgere, dietro al criptico richiamo ivi contenuto alle «forme di partecipazione dei lavoratori» (nozione, quest’ultima, oltre che di per sé sfuggente<sup>(617)</sup>, alquanto pernicioso, se opportunisticamente richiamata<sup>(618)</sup>), anche quelle forme di partecipazione al rischio che consistono nello scambio tra una quota del salario fisso, oggi, e un eventuale maggior premio variabile, domani<sup>(619)</sup>.

Tale lettura della disposizione richiamata non sembra tuttavia convincere, sia perché la partecipazione dei lavoratori è inserita tra le “finalità” e non tra le materie oggetto della “contrattazione

<sup>(614)</sup> F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, 2012; AA.VV., *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita e Pensiero, 2012; AA.VV., *Il tema. Contrattazione di prossimità e art. 8, l. n. 148/2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, pagg. 453-560; F. LISO, *Osservazioni sull’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2012, 157; ID., *Brevi note sull’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull’articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 3, pag. 453 e segg.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pag. 479 e segg.; G. VIDIRI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, I, pag. 109 e segg.; O. MAZZOTTA, *“Apocalittici” e “integrati” alle prese con l’articolo 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *Lav. Dir.*, 2012, 1, pag. 19 e segg.; R. DEL PUNTA, *Cronaca da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, *ibidem*, pag. 31 e segg.; A. LASSANDARI, *Dopo l’accordo del 28 giugno 2011 (e l’art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, *ibidem*, pag. 55 e segg.; M. NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 3, pag. 467 e segg.; M. MAGNANI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 1, pag. 1 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull’articolo 8 della legge n. 148/2011*, *ibidem*, pag. 11 e segg.; M. DEL CONTE, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, *ibidem*, pag. 24 e segg.; M. MARAZZA, *La contrattazione decentrata nell’articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, *ibidem*, pag. 41 e segg.; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012, pag. 137 e segg.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l’art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 4, pag. 1249 e segg.; V. FILI, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella Manovra di ferragosto (art. 8, d.l. n. 138/2011)*, in *Lav. Giur.*, 2011, 10, pag. 977 e segg.; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell’autonomia collettiva. Sull’art. 8 della manovra bis*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 4, I, pag. 537 e segg.; L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l’accordo*, in *Lav. Dir.*, 2011, 3, pag. 451 e segg.; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2011, 139; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “Rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2011, 129.

<sup>(615)</sup> C. Cost. 4.10.2012, n. 221, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1219, con nota di A. BOLLANI.

<sup>(616)</sup> M.C. CATAUDELLA, *op. cit.*, pag. 40. È ovvio, peraltro, che riducendo l’orario di lavoro, come ben possibile con le intese derogatorie ex art. 8 l. 148/2011, l’effetto possa essere anche una riduzione dell’orario di lavoro, ma non ci si riferisce certo qui a tale ipotesi.

<sup>(617)</sup> M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013, *passim*.

<sup>(618)</sup> M. BIASI, *On uses and misuses of worker participation. Different forms for different goals of employee involvement*, in *Int. Journ. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2014, 30, 4, pag. 459 e segg.

<sup>(619)</sup> *Contra*, P. ICHINO, *Minimum wage: perché non piace ai sindacati*, in *www.pietroichino.it*, 3 novembre 2014.

*di prossimità*”, sia perché parrebbero frapporsi problemi di compatibilità costituzionale tra la rinuncia “incentivata” del lavoratore ad una parte della retribuzione fissa e la garanzia del salario minimo *ex art. 36* della Costituzione<sup>(620)</sup>, di fatto “ancorato”, nel *quantum*, al trattamento economico fissato dal contratto nazionale<sup>(621)</sup>.

In conclusione, si potrebbe sostenere che il livello salariale fissato dalla contrattazione collettiva (nazionale) e utilizzato quale parametro dalla giurisprudenza per il “minimo costituzionale” non sia, almeno sinora, tra le materie direttamente<sup>(622)</sup> oggetto della “*contrattazione di prossimità*” (o, più in generale, della contrattazione concessiva<sup>(623)</sup>), venendo così, almeno fisiologicamente, sottratto al – pur amplissimo<sup>(624)</sup> – potere derogatorio a livello aziendale, a differenza di quanto sperimentato di recente negli scenari francese, spagnolo<sup>(625)</sup> e, come visto, tedesco.

Del resto, neppure gli accordi Fiat, dai più additati come elemento di “rottura” del sistema, possono definirsi tali sotto l’aspetto delle scelte di politica retributiva<sup>(626)</sup>, il che equivale a dire che, almeno in Italia e almeno sinora, la questione salariale non sia stata il terreno di scontro tra i sostenitori e gli oppositori di un decentramento contrattuale (in)controllato nelle relazioni industriali italiane.

## 6. Il percorso della delega sul salario minimo sino all’art. 1, comma 7 g) l. 183/2014.

La versione originaria del d.d.l. n. 1428/2014<sup>(627)</sup> racchiudeva una delega per la fissazione, eventualmente in via sperimentale, di un salario minimo orario, intercategoriale e per i soli lavoratori subordinati<sup>(628)</sup>, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative.

In un secondo tempo, durante la discussione del progetto in Senato, un emendamento governativo ha aperto la strada per l’introduzione, sempre in via sperimentale, di un salario minimo legale orario, non più limitato al lavoro subordinato, ma esteso anche ai collaboratori coordinati e con-

(620) Da ultimo, A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematica contributive*, <http://www.bollettinoadapt.it/contrattazione-di-prossimita-clausole-derogatorie-limiti-ed-opponibilita-problematiche-contributive>, pag. 5 (consultato il 20 dicembre 2014).

(621) V. *retro*, par. 3.

(622) Resta ferma, naturalmente, la possibilità per la contrattazione di prossimità di incidere indirettamente sulla retribuzione, intervenendo sulle “*mansioni del lavoratore*”, sulla “*classificazione ed inquadramento del personale*” e sulla “*disciplina dell’orario di lavoro*”, così come previsto dal comma 2 dell’art. 8 l. 148/2011.

(623) T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, cit., pag. 1331.

(624) C. ROMEO, *Il processo di “aziendalizzazione” della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 4/5, pag. 857 e segg.; V. BAVARO, *L’aziendalizzazione nell’ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2013, 2, pag. 220 e segg.

(625) Per un riepilogo, M. KEUNE, *Decentramento salariale: la regolamentazione e l’uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, 2, pag. 333 e segg.

(626) Così, a chiare lettere, R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, pag. 799: “*oggi, il problema prioritario della industria automobilistica mondiale e, dunque, anche della Fiat, non è quello di abbassare il livello salariale (sia perché sul punto la competitività con i Paesi emergenti sarebbe comunque perdente e sia perché la componente salariale rappresenta solo l’8% dei costi totali di produzione)*”.

(627) Cfr. art. 4, comma 1 lett. c) d.d.l. n. 1428/2014, presentato dal Governo in data 3.4.2014.

(628) Così anche l’art. 6 del d.d.l. n. 2000/2010, che però estendeva espressamente il salario minimo ai “*rapporti...con contenuto formativo*”.

tinuativi; soprattutto, la misura veniva riservata ai “settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”<sup>(629)</sup>.

Nella successiva discussione alla Camera, all'interno del testo dell'art. 1, comma 7 lett. g) d.d.l. n. 1428/2014, si è poi aggiunto l'inciso “fino al loro superamento” con riguardo ai collaboratori coordinati e continuativi, che il Legislatore riconosceva, nel medesimo provvedimento, come destinatari del salario minimo legale oggetto della delega.

Prima di esaminare i possibili effetti (più o meno intenzionali) della misura *in fieri*, è necessario soffermarsi su alcuni nodi interpretativi concernenti il testo della disposizione in esame.

Innanzitutto, non risulta d'immediata comprensione il significato della locuzione «settori non regolati da contratti collettivi», ponendosi in dubbio se il legislatore intendessi riferirsi alle imprese che non applichino il contratto collettivo o, piuttosto, ai (veri e propri) settori privi di contrattazione collettiva.

Volendo accedere a quest'ultima lettura, che pare suffragata dal tenore letterale, la disposizione parrebbe attagliarsi molto più allo scenario attuale delle relazioni industriali tedesche che al contesto nostrano, ove, ad oggi e sempre salvo che la disposizione non costituisca un “ponte” verso il futuro (v. *infra*), non è dato il riscontro di settori del tutto sprovvisti di contrattazione collettiva<sup>(630)</sup>.

Aderendo alla prima interpretazione, invece, il salario minimo legale in via di introduzione si applicherebbe *tout court* alle imprese non coperte dalla contrattazione<sup>(631)</sup>, con il conseguente mantenimento di quella vocazione marcatamente universalistica propria della prima versione della delega (ove non vi era alcun riferimento alla contrattazione a livello settoriale) e non altrettanto di quella finale.

Il secondo interrogativo interessa da vicino proprio i collaboratori coordinati e continuativi, che, come anticipato, risultano (*rectius*, risulterebbero) tra i beneficiari della normativa sui minimi: pur non sembrando, sempre sulla base del tenore letterale della disposizione, la misura riservata ai soli collaboratori coordinati e continuativi “a progetto”, per questi ultimi si porrebbe il non agevole problema di coordinare l'intervento con il già menzionato art. 63 D.Lgs. 276/2003, che, nella

<sup>(629)</sup> Art. 1, comma 7 lett. f) d.d.l. n. 1428/2014, approvato dal Senato nella seduta dell'8.10.2014, dopo la presentazione del menzionato emendamento governativo, avvenuta il 17 settembre 2014. Si nota peraltro come una proposta molto simile di salario minimo legale per i soli settori non coperti dalla contrattazione collettiva, e con estensione ai collaboratori coordinati e continuativi, era stata in precedenza avanzata in letteratura da C. LUCIFORA, *Una Commissione bassi salari e un salario minimo per l'Italia? Valutazioni e proposte*, in C. DELL'ARINGA, T. TREU, *Le riforme che mancano. Trentaquattro proposte per il welfare del futuro*, Bologna, 2009, pagg. 235-239.

<sup>(630)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 48; similmente, V. BAVARO, *Il salario minimo legale...*, cit., pag. 4 del dattiloscritto. Peraltro, come rilevato da A. ZOPPOLI, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro...*, cit., pag. 25, nessun settore può dirsi “regolato” in senso stretto dalla contrattazione collettiva di diritto comune, la quale “regolerebbe”, semmai, i singoli rapporti di lavoro degli “iscritti”.

<sup>(631)</sup> Parrebbe questa, ad avviso di M. MAGNANI, *Salario minimo...*, cit., pag. 12, l'unica interpretazione in grado di non perpetuare l'affidamento alla giurisprudenza del compito di fissare in concreto i minimi.

sua ultima formulazione, costituisce a sua volta una disposizione sui “minimi salariali”, sia pure *sui generis* <sup>(632)</sup>.

È peraltro vero che si tratta di un quesito dalla rilevanza quasi solo teorica, posto che tutto sembra dipendere dalla sorte del lavoro a progetto (per non dire del lavoro autonomo *tout court*) nel disegno complessivo e, soprattutto, conclusivo del ciclo di riforme in corso<sup>(633)</sup>: di certo, però, nel caso di soppressione del “tipo” contrattuale mediante l’esercizio della delega ex art. 1, comma 7 lett. a) l. 183/2014 (sulla quale comunque la prudenza è d’obbligo<sup>(634)</sup>), un simile “dono d’addio” risulterebbe davvero inspiegabile, se non proprio censurabile.

## 7. Salario minimo legale e contrattazione collettiva.

Come anticipato in premessa, lo scopo principale del presente lavoro è di valutare gli effetti di una normativa sui minimi, in attuazione della delega art. 1, comma 1 lett. g) l. 10 dicembre 2014, n. 183, sulla contrattazione collettiva, a ragione (o in funzione) della mancata attuazione dell’art. 39 della Costituzione.

Se è vero, infatti, che l’attuazione completa dell’articolo 39 renderebbe del tutto inutile (se non dannoso) un intervento del potere pubblico sui minimi salariali (già fissati, in ipotesi, dai contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes*), è altrettanto vero che l’Agenda del Governo è sembrata virare d’improvviso verso quest’ultimo tipo di misura, con effetti che parte degli interpreti non ha esitato a definire destabilizzanti, in “*un contesto di indebolimento del ruolo del sindacato come autorità salariale*”<sup>(635)</sup>.

È però altresì vero che il “cambio in corsa” del testo della delega potrebbe spingere verso una seconda, più favorevole interpretazione, in linea con gli auspici dell’autorevole dottrina che da tempo sostiene l’opportunità di una normativa sui minimi in funzione di appoggio della contrattazione collettiva e della giurisprudenza sull’art. 36 della Costituzione<sup>(636)</sup>.

Proprio il limite ai soli settori non coperti dalla contrattazione collettiva parrebbe porre un argine alla preoccupazione, emersa già nel dibattito in seno all’Assemblea Costituente (v. *retro*), circa l’invasione nelle competenze delle parti sociali che potrebbe derivare dalla fissazione per via legale del minimo salariale.

<sup>(632)</sup> Sul punto, V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 53, che, condivisibilmente, segnala la necessità di una modifica sostanziale dell’art. 63 D.Lgs. 276/2003.

<sup>(633)</sup> Per alcuni spunti in argomento, A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2015, 235, *passim*.

<sup>(634)</sup> Così M. MAGNANI, *Il formante contrattuale...*, *cit.*, pag. 25.

<sup>(635)</sup> F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2014, pag. 9; nello stesso senso, R. PESSI, *Le riforme del lavoro nel 2014: ideologie, post-ideologie, valori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 11, pag. 725, che parla di un progressivo allontanamento del sindacato dalle dinamiche presidiano il reddito.

<sup>(636)</sup> T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, *cit.*, pag. 1366.

Di certo, tra gli effetti positivi di un simile intervento, riprendendo considerazioni già ampiamente svolte in dottrina<sup>(637)</sup>, vi sarebbe quello di anticipare (ma non sostituire: v. *infra*) l'intervento giudiziale: si eviterebbero così quelle forme di soggettivismo decisionale di fatto connaturate alla valutazione di adeguatezza del compenso<sup>(638)</sup>, oltre ai tempi e costi del processo<sup>(639)</sup>, senza contare che il tramonto della stabilità del rapporto costituisce e costituirà, come si dirà in breve, un indubbio freno alle azioni giudiziarie dei lavoratori a tutela dei propri diritti (quanto meno "in corso d'opera").

Non si può tuttavia negare che molto dipenderà dal *quantum* prescelto della retribuzione minima<sup>(640)</sup>: se il livello dovesse risultare troppo alto, si potrebbe verificare un effetto distorsivo sulla domanda di lavoro, la quale, analogamente a quanto avvenuto all'offerta di immobili in locazione a seguito dell'entrata in vigore della normativa sull'equo canone, potrebbe registrare una brusca caduta.

Viceversa, se il minimo legale venisse fissato in un importo oltremodo basso, le imprese potrebbero avere un forte incentivo alla fuoriuscita dal sistema contrattuale<sup>(641)</sup>, o, addirittura, potrebbe porsi un freno all'attività di contrattazione in certi settori, cui potrebbe applicarsi così il solo salario minimo legale<sup>(642)</sup>, eventualmente accompagnato da pattuizioni migliorative a livello aziendale, in funzione di incentivo della produttività.

Sembrano così riemergere alcuni dubbi mai sopiti: tra decentramento contrattuale (su evidente spinta europea<sup>(643)</sup>) e accentrato del livello salariale (nuovamente su spinta europea?<sup>(644)</sup>) chi, se non il contratto nazionale, rischia di "restare nel mezzo"<sup>(645)</sup>, tenendo anche conto degli importanti rinnovi contrattuali attesi nel 2015<sup>(646)</sup>?

<sup>(637)</sup> A. DE FELICE, *op. cit.*, pag. 434; già M. GRANDI, *Prospettive in Italia...*, cit., pag. 109.

<sup>(638)</sup> Si rivela di sorprendente attualità quanto sostenuto da Barassi nel lontano 1917: "non occorre spendere parole per chiarire in quale inestricabile pelago di controversie questo breve vocabolo [equa retribuzione] getterebbe la giurisprudenza, quanto ne soffrirebbe la certezza dei rapporti giuridici, esposti ad un apprezzamento spesso – se non sempre – infido come questo" (L. BARASSI, *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1917, I, pagg. 12-13). Da ultimo, sulla "ineffettività della disciplina pretoria", pur con riferimento al mancato controllo del sommerso, e non alle oscillazioni nell'individuazione del *quantum* retributivo costituzionalmente adeguato, E. GRAGNOLI, *Reddito di cittadinanza e Costituzione*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit., pag. 253

<sup>(639)</sup> T. TREU, *Contratto di lavoro e corresponsività*, cit., pag. 1370.

<sup>(640)</sup> T. BOERI, C. LUCIFORA, *Salario minimo e legge delega*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 26 settembre 2014.

<sup>(641)</sup> Sono i timori espressi, rispetto alla prima versione della delega sul salario minimo, da V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 46.

<sup>(642)</sup> Si veda, però, quanto sostenuto *infra* circa il perdurante ruolo della giurisprudenza sulla scorta dell'art. 36 della Costituzione.

<sup>(643)</sup> S. MARSHALL, *Shifting responsibility: how the burden of the European financial crisis shifted away from the financial sector and onto labor*, in *Comp. Lab. Law & Pol. J.*, 2014, 35, 3, pag. 463 e segg.; A. JACOBS, *Decentralization of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (edited by), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Portland, 2014, pag. 171 e segg.; C. BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Ind. Law Journal*, 2012, 1, pag. 98 e segg.; G. RICCI, *La retribuzione in tempo di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2014, 113, pag. 9 e segg.; T. SCHULTEN, T. MÜLLER, *L'impatto della Governance europea sui salari e sulla contrattazione collettiva*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2013, 3, pag. 57 e segg.

<sup>(644)</sup> Si rinvia in tema agli interessanti spunti offerti da V. BAVARO, *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, in *Il Diario del lavoro*, 24 ottobre 2014, <http://www.ildiariodellavoro.it>.

<sup>(645)</sup> È questo il timore espresso da V. BAVARO, *Il salario minimo legale...*, cit., pag. 7 del dattiloscritto.

<sup>(646)</sup> S. LIEBMAN, *Sulla sopravvenuta necessità di un intervento legislativo*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit., pagg. 84 e 85, ad avviso del quale una legge sul salario minimo, in assenza di regole chiare e definite sulla rappresentanza, potrebbe costituire "una zavorra del sistema sindacale".

Paiono esservi, tuttavia, valide ragioni per ritenere simili preoccupazioni – al momento – eccessive.

In prima battuta, allineandosi agli autorevoli interpreti che hanno accolto con favore la delega in commento<sup>(647)</sup>, si potrebbe osservare come, nel mercato del lavoro (e nella società) di oggi, il salario minimo legale possa rispondere ad un principio di civiltà (giuridica e non), legata alla tutela di quella dignità umana cui le più sensibili voci in letteratura hanno coerentemente ricondotto il diritto del lavoratore ad una retribuzione equa e sufficiente<sup>(648)</sup>.

Inoltre, la misura potrebbe indurre le imprese al rispetto di un parametro fondamentale del «*decent work*»<sup>(649)</sup>, quale il diritto ad un salario «*giusto*»<sup>(650)</sup> indubbiamente è, in una logica di «*attacco alla povertà*»<sup>(651)</sup> destinata innanzitutto alla tutela dei lavoratori impiegati in attività produttive marginali<sup>(652)</sup>: nell'impossibilità, per chi non rispetti il precetto normativo, di trincerarsi dietro alla mancata applicazione del contratto collettivo nazionale «di diritto comune», la fissazione del salario minimo legale potrebbe risultare invero efficace nel contrasto al lavoro sommerso<sup>(653)</sup>.

Allo stesso tempo, però, per andare oltre al piano della semplice «*moral suasion*», l'intervento richiederebbe di essere sostenuto mediante un efficace apparato sanzionatorio, nella forma di una sanzione amministrativa (e forse anche penale<sup>(654)</sup>) di entità consistente, risultando altresì opportuno l'inserimento di una specifica protezione nei confronti delle possibili «rappresaglie» datoriali all'indirizzo del lavoratore che abbia agito in giudizio invocando la normativa sui minimi<sup>(655)</sup>.

<sup>(647)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 3.

<sup>(648)</sup> O. MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, in *Quest. Lav.*, 2011, 5, pagg. 8 e 9. Insistono sul valore della dignità sociale dei lavoratori, alla base dell'art. 36 Cost., anche L. GUAGLIANONE, *Giusta retribuzione e principi generali di diritto*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma, 2012, pagg. 194-196; G. DI GASPARE, *Lavoro ed economia di mercato nella Costituzione della Repubblica*, in C. PINELLI e T. TREU (a cura di), *La Costituzione Economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, pag. 78.

<sup>(649)</sup> A. SEIFERT, *Der salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC): rechtliche Gestaltung und Erfahrungen*, in AA.VV. (a cura di), *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung*, München, 2011, pagg. 101 e 102.

<sup>(650)</sup> M. GRANDI, *op. ult. cit.*, pag. 111.

<sup>(651)</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., pag. 21.

<sup>(652)</sup> F. SANTONI, *op. cit.*, pag. 137; A. BELLAVISTA, *op. cit.*, pag. 260.

<sup>(653)</sup> A. DE FELICE, *op. cit.*, pag. 433.

<sup>(654)</sup> T. TREU, *Art. 36*, cit., pag. 100.

<sup>(655)</sup> Non vi è alcun riscontro, nel nuovo sistema italiano «a tutele crescenti», di una speciale protezione nei confronti del recesso intimato a seguito di una rivendicazione in giudizio da parte del lavoratore, a meno di non continuare a ricondurre i c.d. licenziamenti «per rappresaglia» ad una nozione estesa di licenziamento discriminatorio o, più correttamente, al licenziamento per motivo illecito determinante (sul quale, non a caso, l'emanando decreto tace del tutto: F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., pagg. 70 e 71). Per ben diverse indicazioni provengono dall'analisi comparata: su tutti, proprio in materia *de qua*, si veda la Section 104A dell'*Employment Rights Act* britannico del 1996, disposizione inserita in forza della Section 25 del *National Minimum Wage Act* del 1998, ove è prevista la «*automatic unfairness*» del recesso intimato a fronte dell'azione del lavoratore in giudizio «*a tutela del diritto al minimo salariale*» (trad. mia): in tema, D. CABRELLI, *Employment Law in Context*, Oxford, 2014, pag. 622.

## 8. La fine della supgenza pretoria?

Proprio avuto riguardo al profilo dell'azione in giudizio, il salario minimo legale non pare possa "vivere di luce propria", risultando ancora fondamentale ed ineliminabile il ruolo della contrattazione collettiva nella fissazione delle tariffe.

Se la distinzione tra sufficienza e proporzionalità poteva apparire per certi versi sterile<sup>(656)</sup> nel confronto con la giurisprudenza che, nel basarsi sul *quantum* fissato dalla contrattazione collettiva ai fini della determinazione della retribuzione costituzionalmente adeguata, tendeva ad operare una – pur non semplice<sup>(657)</sup> – *reductio ad unum* dei due parametri richiamati, lo stesso non potrebbe più dirsi nel caso di una previsione, come quella sul salario minimo, naturalmente fondata, nella sua generalità ed astrattezza, sul solo criterio della sufficienza<sup>(658)</sup>.

Ed allora, ad opinione della miglior dottrina<sup>(659)</sup>, l'ineludibile valorizzazione del requisito della proporzionalità (relativa, in particolare, della "qualità" della prestazione)<sup>(660)</sup> non potrà che continuare ad attingere al contratto collettivo, specie nell'ottica, qui adombrata, di un utilizzo del salario minimo in funzione di sostegno all'azione contrattuale<sup>(661)</sup>.

Infatti, non sembra ipotizzabile che l'eventuale adozione di una normativa sui minimi possa in ipotesi precludere la possibilità, oggi riconosciuta dal "diritto vivente", per un lavoratore incaricato di svolgere compiti di elevata responsabilità e complessità di rivendicare il diritto ad una retribuzione "adeguata" alla sua qualifica contrattuale (di importo certamente superiore al minimo legale)<sup>(662)</sup>.

Per questo motivo, sembra difficile negare il perdurare di uno spazio per la giurisprudenza sull'articolo 36 Cost.<sup>(663)</sup>, la cui consolidata interpretazione non può essere superata da una legge sul salario minimo, in presenza, come già osservato, di una previsione costituzionale, assente in altri ordinamenti, che sembra privilegiare il carattere proporzionato del compenso, imponendo un

<sup>(656)</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, M. CORTI, *op. cit.*, pag. 1378.

<sup>(657)</sup> G. PERONE, A. D'ANDREA, *op. cit.*, pag. 17.

<sup>(658)</sup> Per tutti, M. ROCCELLA, *Il salario minimo...*, cit., pag. 270; *contra*, sul necessario "ripensamento" della giurisprudenza sul minimo costituzionale, per effetto dell'introduzione del salario minimo legale, V. BAVARO, *Il salario minimo legale...*, cit., pag. 5 del dattiloscritto; M. MAGNANI, *op. cit.*, pag. 16, ad avviso della quale, in tale ipotesi, la proporzionalità alla qualità e quantità del lavoro potrebbe, ove il contratto collettivo non risulti vincolante, essere lasciata alle determinazioni individuali.

<sup>(659)</sup> M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 2, pag. 34.

<sup>(660)</sup> F. MORTILLARO, *op. cit.*, pagg. 166 e 167.

<sup>(661)</sup> A. BELLAVISTA, *op. cit.*, pag. 263.

<sup>(662)</sup> Si ritiene di assoluta attualità l'opinione in proposito di Tiziano Treu, secondo il quale, in presenza di un salario minimo intercategoriale (ma non interprofessionale), dovrebbe ritenersi improbabile un "esaurimento" della giurisprudenza sull'art. 36 Cost., "perché essa continuerebbe a rispondere all'esigenza di garantire una retribuzione adeguata a categorie e qualifiche di lavoratori intramarginali rispetto a quelle coperte dal salario intercategoriale e non coperte dalla contrattazione collettiva": così T. TREU, *Art. 36*, cit., pag. 100.

<sup>(663)</sup> Ammette il perdurare della funzione della giurisprudenza sull'art. 36 della Costituzione, con specifico riferimento ai settori in cui vi siano contratti collettivi (dunque, non sulla base della valorizzazione del principio di proporzionalità, come nella tesi qui sostenuta), V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 49.

riequilibrio contrattuale<sup>(664)</sup> all'interno, e non solo all'esterno al rapporto, come si verifica tipicamente per effetto del minimo di fonte legale<sup>(665)</sup>.

Una simile funzione, cristallizzata in una disposizione di rango costituzionale<sup>(666)</sup>, non sembra neppure consentire la differenziazione, da qualcuno proposta anche "in via sperimentale"<sup>(667)</sup>, del salario su base territoriale, posto che, come già osservato da attenta dottrina, "il luogo in cui si presta il lavoro non è indicativo di diversità nella quantità e qualità del lavoro prestato"<sup>(668)</sup>.

Ancora, la stessa giurisprudenza sull'art. 36 della Costituzione continuerebbe a fungere da baluardo nei confronti del fenomeno dei contratti collettivi nazionali "paralleli" (*rectius*, pirata<sup>(669)</sup>), nei quali vengano previsti trattamenti economici ben al di sotto del livello dell'"adeguatezza"<sup>(670)</sup>, alla luce del fatto che, come già osservato, il salario minimo legale in via di introduzione non dovrebbe applicarsi nei settori in cui vi sia una copertura contrattuale, quand'anche poco tutelante nei confronti dei lavoratori ivi impiegati.

Riprendendo allora un indimenticabile insegnamento, si potrebbe affermare che solo la completa attuazione dell'art. 39 della Costituzione sia potenzialmente in grado, mediante l'estensione generale dell'efficacia delle previsioni in materia retributiva dei (soli) contratti collettivi conformi al dettato costituzionale, di condurre in futuro all'esaurimento della funzione storica della giurisprudenza sull'art. 36 della Carta<sup>(671)</sup>; ma, salvo quanto si avrà modo di osservare, sul nodo dell'attuazione dell'art. 39 ogni previsione pare, non da oggi, un azzardo.

## 9. Il ruolo delle parti sociali ed un'inaspettata conclusione.

Nonostante la scarsa fiducia mostrata dal Governo in carica nei confronti dell'operato delle parti collettive<sup>(672)</sup>, è indubbio che non possa essere ignorata (né cancellata con un colpo di spugna) la

<sup>(664)</sup> A. PERULLI, *Il principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione: una conditional opportunity?*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, 2, pag. 300.

<sup>(665)</sup> G. BALZARINI, *op. cit.*, pagg. 234-239.

<sup>(666)</sup> Corte Cost. 6 luglio 1971, n. 156, in *Mass. Giur. Lav.*, 1971, pag. 325, ove è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 7, comma 2 l. 741/1959, nella parte in cui veniva precluso al giudice lo scrutinio sull'inadeguatezza sopravvenuta della retribuzione fissata da un contratto collettivo recepito in un decreto legislativo.

<sup>(667)</sup> Così P. ICHINO, *Minimum wage: perché non piace ai sindacati*, cit., nonché, in precedenza, ID., *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, cit., pagg. 744 e 764; favorevoli ad una differenziazione del salario minimo su base territoriale, pure T. BOERI, P. GARIBALDI, *op. cit.*, pag. 102; *contra*, con condivisibili argomentazioni, M. MARINELLI, *Livelli retributivi e sviluppo del mezzogiorno*, in A. BELLAVISTA, A. GARILLI (a cura di), *Mezzogiorno Sviluppo Lavoro*, Torino, 2012, pag. 213; ID., *Il diritto alla retribuzione...*, cit., pag. 103; M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, cit., pag. 792; G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata...*, cit., pag. 655.

<sup>(668)</sup> L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione...*, cit., pag. 132. In giurisprudenza, Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2011, 1, pag. 170; Cass. 29 agosto 1987, n. 7131, in *Rep. Foro It., Lavoro (rapporto)*, 1987, n. 1282.

<sup>(669)</sup> In tema, G. PERA, *Note sui contratti collettivi "pirata"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 381 e segg.; A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. Dir.*, 1997, 2, pag. 261 e segg.; D. GOTTARDI, *Significato ed anomalia di un contratto*, in *Lav. Inf.*, 1997, 5, pag. 21 e segg.

<sup>(670)</sup> Così già V.A. POSO, *op. cit.*, pag. 695.

<sup>(671)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1960, pag. 147, con riferimento però alla l. 741/1959 ed ai relativi decreti delegati.

<sup>(672)</sup> F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II*, cit., pagg. 7 e 8; A. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, pag. 25.

funzione fondamentale storicamente rivestita dalle stesse nella determinazione del costo del lavoro<sup>(673)</sup>.

Proprio per questo, anche al di fuori dei settori regolati dalla contrattazione collettiva, è bene che la “consultazione” delle parti sociali, prevista nella legge delega, implichi un ruolo attivo delle stesse<sup>(674)</sup>, attraverso cui “valorizzare la sinergia tra la forza formale della fonte legale e la forza sociale di quella sindacale”<sup>(675)</sup>.

Sarebbe, dunque, auspicabile che, sotto questo aspetto, il modello di riferimento fosse quello tedesco e non quello greco, almeno nella sua versione “post-Troika”<sup>(676)</sup>. Ed a tal fine, parrebbe opportuno canalizzare il coinvolgimento delle parti sociali attraverso la creazione di un’apposita Commissione tripartita, avente come principale funzione l’emanazione di un parere o di una raccomandazione (sicuramente necessaria<sup>(677)</sup> e forse anche vincolante) sulla misura del salario legale, sempre secondo l’esempio tedesco<sup>(678)</sup>.

Ma, e questo è il punto, rimarrebbe aperta la questione relativa alla selezione dei componenti della menzionata Commissione, in rappresentanza delle parti sociali.

Come già previsto per la determinazione del “salario minimo” del collaboratore a progetto e del socio di cooperativa<sup>(679)</sup>, anche in questo caso la legge delega ha limitato il coinvolgimento ai soli attori collettivi “comparativamente più rappresentativi”, ma, quel che più rileva, è che qui la rappresentatività comparativa funge altresì da – unico – criterio per l’individuazione dei settori contrattualmente “scoperti” nei quali il salario minimo spiegherebbe i suoi effetti.

Per tale ragione, se alle parti sociali venisse, come auspicato, ancora riservato un ruolo di primo piano nella dinamica salariale, anche nell’ambito della nuova fonte legale, da un lato, la loro “consultazione” non potrà costituire, come nell’attuale fase, quasi un “pro forma”, dall’altro lato, e soprattutto, risulterà ineludibile la fissazione di criteri certi per l’individuazione in concreto dei soggetti chiamati a prendere parte al procedimento.

Ed allora, come puntualmente osservato dalla più autorevole dottrina<sup>(680)</sup>, più che succedaneo di una legge sulla rappresentanza, il salario minimo legale potrebbe semmai offrire l’ennesima occasione per tale intervento: che si realizzi così, *in subiecta materia*, quanto suggerito dal detto popolare friulano secondo il quale “lungo il cammino che non si vorrebbe percorrere si sarà un giorno costretti a correre”?

<sup>(673)</sup> L. CASTELVETRI, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 4-5, pag. 847.

<sup>(674)</sup> A. BELLAVISTA, *op. ult. cit.*, pag. 261.

<sup>(675)</sup> A. OCCHINO, *Minimi salariali...*, cit., pag. 150.

<sup>(676)</sup> Al contrario, la precedente soluzione greca di affidare alle parti sociali il compito di fissare il salario minimo attraverso un accordo interconfederale, prospettata per l’Italia da attenta dottrina (G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione...*, cit., pag. 410), poteva rappresentare un’interessante soluzione intermedia tra il salario settoriale e l’intervento legislativo universale.

<sup>(677)</sup> C. LUCIFORA, *op. cit.*, pag. 229 e segg., favorevole all’attribuzione ad un’apposita Commissione di un ampio spettro di compiti, non solo legati al *quantum* del *minimum wage*.

<sup>(678)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, pag. 52.

<sup>(679)</sup> A. BELLAVISTA, *Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2014, 208, pag. 9.

<sup>(680)</sup> F. CARINCI, *op. ult. cit.*, pag. 11.

## Stato dell'arte e prospettive della contrattazione aziendale in Italia\*

Francesco D'Amuri- Cristina Giorgiantonio

1. Introduzione	209
2. Il dibattito nella letteratura economica	209
3. Le tendenze della contrattazione collettiva decentrata: l'evidenza empirica	212
3.1. Le retribuzioni: il peso dei minimi da CCNL	213
3.2. La diffusione degli sgravi fiscali sulla retribuzione di produttività	213
3.3. Contrattazione integrativa, retribuzioni, organizzazione del lavoro	214
3.4. Giudizi delle imprese sugli assetti contrattuali attuali	215
4. Criticità presenti nell'assetto della contrattazione collettiva in Italia	216
4.1. La misurazione della rappresentatività effettiva delle sigle sindacali e la rappresentanza in azienda	217
4.2. L'esigibilità delle intese	221
4.3. Gli ambiti di competenza e la flessibilità del sistema contrattuale	223
5. Criticità relative agli incentivi per le retribuzioni di produttività	226
6. Conclusioni	227
Riferimenti bibliografici	228
Figure e Tavole	234
Appendice	238

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 242/2015

## 1. Introduzione

In Italia è da tempo in atto un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della contrattazione collettiva decentrata (a livello sia aziendale, sia territoriale) in deroga al contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL), culminato – sul piano negoziale – nell'Accordo interconfederale del giugno 2011 (poi recepito dal Testo unico sulla rappresentanza del gennaio 2014). Sul piano legislativo, è intervenuto l'art. 8 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha introdotto la possibilità di siglare accordi aziendali e territoriali in deroga alla legge oltre che al CCNL<sup>681</sup>. Sono stati, inoltre, previsti una serie di interventi volti a introdurre agevolazioni di carattere contributivo e fiscale per la quota della retribuzione contrattata al livello locale<sup>682</sup>.

Il percorso di decentramento contrattuale (cfr. Tavola 1 in Appendice) è, però, lungi dall'essere concluso. Una quota significativa di imprese (anche fra quelle che già ricorrono alla contrattazione decentrata) si dichiara insoddisfatta degli attuali assetti contrattuali. Incongruenze e incertezze normative possono ostacolare l'uso della contrattazione decentrata come sede per modificare e adeguare al contesto micro-aziendale quanto stabilito in sede nazionale. Tali criticità possono aver ridotto l'efficacia degli incentivi alle retribuzioni di produttività, limitando – o rendendo meno agevole – la possibilità di ottenere innovazioni di processo utilizzando la leva salariale. Alla luce di tali considerazioni, il lavoro analizza le evidenze disponibili circa il ricorso alla contrattazione decentrata nel nostro Paese e discute possibili innovazioni che, pur all'interno dell'assetto attuale delle relazioni industriali, possano rimuovere le incertezze che ne impediscono la diffusione. Esso è così articolato: il secondo paragrafo analizza e discute le principali indicazioni della letteratura economica in materia; il terzo fornisce alcune evidenze circa il ricorso alla contrattazione decentrata in Italia e le esigenze manifestate dalle aziende; il quarto individua le principali questioni aperte, dal punto di vista "regolamentare"<sup>683</sup>, nell'attuale sistema delle relazioni industriali; il quinto discute le problematiche relative agli incentivi fiscali per le retribuzioni di produttività; il sesto raccoglie le conclusioni

## 2. Il dibattito nella letteratura economica

La struttura della contrattazione collettiva, e in particolare il suo livello di centralizzazione/decentralizzazione, ha ricadute importanti in termini di *i*) livelli e crescita salariale; *ii*) dispersione salariale; *iii*) flessibilità delle politiche retributive e dell'organizzazione del lavoro<sup>684</sup>.

<sup>681</sup> Il processo di ampliamento dei margini di applicazione della contrattazione decentrata è stato, in parte, influenzato anche dalle iniziative del gruppo Fca, allora gruppo Fiat: prima attraverso la stipula (in data 29 dicembre 2010) di un contratto collettivo di gruppo a firma separata; poi tramite il recesso (avvenuto il 3 ottobre 2011, con decorrenza dal 31 dicembre 2011) delle aziende del gruppo da Confindustria. Su tali avvenimenti si rinvia a Cella (2011), Magnani (2011) e Tursi (2012).

<sup>682</sup> Per una più dettagliata esposizione delle vicende che hanno interessato il sistema di relazioni industriali a partire dal Protocollo del 1993, e dell'evoluzione della normativa in materia di agevolazioni contributive e fiscali alle componenti retributive contrattate a livello locale, si rinvia alla versione precedente di questo lavoro (D'Amuri e Giorgiantonio, 2014). Le analisi in materia sono numerose, tra le altre cfr. Del Punta (2014); per una valutazione degli effetti dell'Accordo sulle dinamiche salariali e sulla produttività cfr. Tronti (2010). Per un'analisi dettagliata dei contenuti di tali Accordi collettivi si rinvia, tra gli altri, a Carinci (2011); Romagnoli (2013); Ichino (2013a); Cataudella (2014); Pinelli (2014).

<sup>683</sup> Intendendosi per tali i profili attinenti non solo alla disciplina normativa, sia essa di rango primario o secondario, ma anche all'adozione di intese sul piano negoziale.

<sup>684</sup> Per una discussione più approfondita si rimanda a Flanagan (1999), Soskice (1990) e Traxler (2003).

i) *Crescita salariale*. I primi studi che hanno analizzato l'impatto della struttura della contrattazione collettiva sulla determinazione dei livelli salariali si basano sull'ipotesi di economia chiusa, nella quale la contrattazione avviene tra sindacato e associazioni datoriali (non esistono, ossia, settori o segmenti di occupazione non intermediati dalle parti sociali). L'ipotesi di economia chiusa restringe il reale perimetro di applicazione ai mercati relativi ai servizi non *tradable* e al settore pubblico. In questo contesto, i sindacati massimizzano il salario reale e i livelli di occupazione dei propri iscritti, mentre i datori di lavoro massimizzano il profitto dell'impresa. Il sindacato ha il potere di determinare il salario nominale, mentre l'impresa decide i livelli di occupazione (Oswald, 1985).

In questo ambito, la centralizzazione della contrattazione conduce a una migliore *performance* macroeconomica, grazie a salari reali più bassi e maggiori livelli di occupazione. In presenza di imprese che producono beni imperfetti sostituti, la negoziazione al livello decentrato porterebbe – infatti – a livelli salariali maggiormente elevati, in quanto il sindacato locale non internalizzerebbe il fatto che salari (e, quindi, prezzi) più elevati per la propria impresa ridurrebbero il potere d'acquisto degli altri lavoratori. In presenza di piena centralizzazione, il sindacato internalizzerebbe – invece – le esternalità, moderando le rivendicazioni salariali e, quindi, il tasso di disoccupazione.

Analisi successive (Calmfors e Driffil, 1988), hanno considerato più esplicitamente il ruolo del potere contrattuale del sindacato nel determinare i risultati della negoziazione. Emerge un *trade-off* tra potere di mercato del sindacato e impatto dei salari negoziati sui prezzi. All'aumentare del livello di centralizzazione, i sindacati acquisiscono potere di mercato e maggiore capacità di influenzare i salari. Tuttavia, allo stesso tempo, aumenta l'impatto delle retribuzioni negoziate sul livello dei prezzi al consumo: ne deriva la moderazione delle rivendicazioni salariali. Al contrario, con la piena decentralizzazione, i sindacati non hanno potere di mercato, in quanto richieste salariali maggiori rispetto a quelle delle altre imprese nello stesso settore porterebbero a un forte calo della domanda, e – quindi – dell'occupazione, per la propria impresa. Ciò porterebbe, nuovamente, a una moderazione salariale e un'occupazione più elevata.

Secondo gli autori, forme di centralizzazione intermedia, quali quelle presenti – tuttora – in molti paesi europei, porterebbero a salari più elevati e livelli di occupazione più bassi. Questo perché, se il sindacato è in grado di influenzare la contrattazione in un intero settore, e i beni prodotti dai diversi settori sono imperfetti sostituti, sarebbe possibile l'aumento di salari reali in un particolare ambito attraverso un aumento delle retribuzioni, che non verrebbe trasmesso integralmente sul livello generale dei prezzi.

Il passaggio a un'ipotesi di economia aperta modifica i meccanismi descritti in due direzioni (Danthine e Hunt, 1994). La presenza di beni importati aumenterebbe, per i sindacati, l'incentivo a chiedere aumenti delle retribuzioni nominali; questo perché, anche in presenza di un completo trasferimento del maggiore costo del lavoro sui prezzi al consumo, è più facile per i sindacati ottenere aumenti delle retribuzioni reali, in quanto parte della domanda può essere soddisfatta dai beni importati, il cui prezzo non è influenzato dalla politica retributiva delle imprese domestiche. Tuttavia, le imprese domestiche ora competono con quelle straniere nel mercato interno. La domanda diventa più elastica e la possibilità per le imprese di trasferire sui prezzi finali aumenti del costo del lavoro diminuiscono di conseguenza: ciò determina – a monte – una maggiore moderazione salariale. Nel complesso, la maggiore integrazione tra i mercati attenua l'effetto della struttura della contrattazione sul livello delle retribuzioni.

Le indicazioni provenienti dalla letteratura economica hanno chiare implicazioni per il nesso tra livello delle retribuzioni e struttura della contrattazione. Nei settori meno esposti alla concorrenza, una maggiore centralizzazione, o una massima decentralizzazione, implicherebbero retribuzioni reali più basse e maggiore occupazione; nel caso di settori esposti alla concorrenza, la struttura della contrattazione non avrebbe un impatto sui livelli salariali.

*ii) Dispersione salariale.* Il decentramento contrattuale favorisce la maggiore differenziazione delle retribuzioni, non solo tra imprese, ma anche all'interno della stessa impresa, permettendo una maggiore aderenza tra retribuzioni, da un lato, e condizioni del mercato del lavoro locale e produttività, dall'altro. Ciò dovrebbe determinare una maggiore efficienza e minore disoccupazione, in particolare dove esistono forti differenze tra mercati del lavoro locali e livelli di produttività delle imprese.

D'altro canto, una maggiore centralizzazione della contrattazione potrebbe permettere –secondo alcuni (Moene e Wallerstein, 1998) – un aumento del livello di produttività medio all'interno di un'economia. Questo perché la contrattazione locale aumenterebbe le retribuzioni nelle imprese più produttive, mentre introdurrebbe moderazione salariale nelle altre, meno efficienti, permettendo loro di sopravvivere più a lungo. Vi sarebbe – pertanto – un *trade-off*, almeno in termini statici, tra la produttività media delle imprese e i livelli occupazionali. In un'ottica dinamica, le imprese potrebbero ridurre l'investimento e l'innovazione qualora, grazie al decentramento contrattuale, il risultante aumento di profitti dovesse essere spartito con i lavoratori (Haucap e Wey, 2004). Infine, se i lavoratori sono avversi al rischio, una maggiore compressione salariale potrebbe aumentare il *welfare* (Agell e Lommerud, 1992).

I lavori di carattere empirico non hanno raggiunto un consenso circa il nesso tra contrattazione aziendale e dispersione salariale all'interno dell'impresa. Checchi e Pagani (2005), utilizzando i dati relativi alla European Structure of Earning Survey del 1995, trovano che le imprese italiane coperte da contrattazione di secondo livello sono caratterizzate da una minore dispersione salariale al loro interno. Dahl et al. (2013), utilizzando dati relativi a imprese danesi trovano invece una maggiore dispersione salariale in presenza di un contratto decentrato. Infine, Dell'Aringa e Pagani (2007) trovano che nei paesi che hanno due livelli di contrattazione, la dispersione salariale nelle imprese dotate di contratto aziendale non è maggiore; lì dove invece il contratto aziendale può sostituire quello di settore, il legame tra questo e la dispersione salariale può essere positivo.

*iii) Flessibilità delle politiche retributive e dell'organizzazione del lavoro.* Al livello decentrato sarebbe più facile disegnare politiche retributive in grado di incentivare maggiormente i lavoratori. Sebbene schemi indiretti di incentivazione, quali – ad esempio – le progressioni di carriera o i superminimi siano disponibili anche nel quadro della contrattazione nazionale, quella decentrata permette di impiegare un più ampio spettro di opzioni. Gli schemi utilizzati possono assumere l'elargizione di premi variabili collegati ai risultati (stabiliti in maniera sia oggettiva, sia soggettiva), o sistemi indiretti di incentivazione, come – ad esempio – il pagamento di salari di efficienza più elevati di quelli di equilibrio, al fine di rendere più costoso per il lavoratore l'eventuale licenziamento dovuto allo scarso rendimento (Akerlof e Yellen, 1988). Esiste un ampio consenso sull'efficacia degli schemi di incentivazione ben congegnati nell'aumentare la produttività dei lavoratori (Bandiera, Barankay e Rasul, 2007; Blasi e al. 2010a; Lazear, 2000; Lazear e Oyer, 2007; Shearer, 2004) e – più in generale – il loro coinvolgimento nella attività aziendale, con ricadute positive sull'innovazione (Blasi e al., 2010b). L'effetto incentivante dipenderà positivamente dal grado di correlazione tra l'impegno del lavoratore e i risultati ottenuti. Nei casi in cui, infatti, i risultati del

proprio lavoro siano influenzati da elementi esterni fuori dal controllo del lavoratore, questo sarà meno incentivato da schemi di retribuzione variabili. La presenza di *free riders* potrebbe minare l'efficacia degli incentivi nel caso di lavori di squadra che comprendano molti agenti il cui contributo individuale al processo produttivo sia difficilmente identificabile (Prendergast, 1999). Sempre laddove il processo produttivo preveda il contributo coordinato di gruppi di lavoratori, schemi di incentivazione fortemente discriminanti potrebbero limitare la cooperazione tra colleghi e diminuire la motivazione dei lavoratori meno dotati (Grund e Westergaard-Nielsen, 2008). Incentivi basati sulla misurazione parziale dei risultati potrebbero, infine, distorcere il comportamento dei lavoratori, destinati a privilegiare gli elementi oggetto di valutazione a scapito degli altri (Prendergast, 1999).

Sul piano delle relazioni industriali, la maggiore decentralizzazione contrattuale facilita la sperimentazione di pratiche organizzative innovative e più adatte alle esigenze produttive specifiche dell'impresa (Katz, 1993)<sup>685</sup>. Blasi e al. (2010a) sottolineano, inoltre, l'esistenza di una forte complementarità tra politiche retributive flessibili e altre pratiche aziendali che sono normalmente associate al miglioramento della *performance* d'impresa. In particolare, essi rilevano che politiche retributive collegate al risultato sono più diffuse nelle imprese in cui i lavoratori hanno una maggiore indipendenza e sono chiamati a partecipare direttamente alla definizione delle strategie aziendali. L'analisi empirica, condotta su dati relativi agli Stati Uniti e al Regno Unito, mostra che l'effetto positivo di ciascuna di queste pratiche aziendali è maggiore quando esse vengono implementate congiuntamente.

### 3. Le tendenze della contrattazione collettiva decentrata: l'evidenza empirica<sup>686</sup>

È opinione diffusa che il sistema introdotto nel 1993 sia stato efficace nel moderare la dinamica salariale, ancorando le aspettative di inflazione<sup>687</sup>. La diffusione della contrattazione aziendale è rimasta – invece – contenuta, in particolare nelle imprese di piccole dimensioni e al Sud. Il secondo livello di contrattazione è, inoltre, più diffuso nell'industria che nei servizi.

Il mancato decollo della contrattazione decentrata avrebbe risentito della struttura produttiva italiana, caratterizzata dalla predominanza di imprese di piccole dimensioni, per le quali i costi fissi di negoziazione potrebbero rendere poco attraente la contrattazione di secondo livello. Inoltre, la deludente dinamica della produttività ha – di fatto – ridotto le risorse da distribuire al livello locale.<sup>688</sup>

I premi di risultato (sia aziendali, sia individuali), possono essere concessi anche al di fuori della contrattazione aziendale e sono decisamente più diffusi<sup>689</sup>. Tali premi risultano, tuttavia, essere

<sup>685</sup> Sul tema si veda anche Cella (2013).

<sup>686</sup> L'analisi empirica discussa in questa sezione rappresenta una sintesi dei risultati presentati nello studio di D'Amuri e Giorgiantonio (2014), al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>687</sup> Cfr. Brandolini et al. (2007); Brandolini e Bugamelli (2008); Visco (1999).

<sup>688</sup> Sul tema si veda anche Tronti (2005, 2008 e 2010).

<sup>689</sup> Cfr. Casadio (2008).

discontinui nel tempo e di importo ridotto, sebbene emergano dinamiche differenti a seconda della presenza della contrattazione di secondo livello<sup>690</sup>.

### 3.1. Le retribuzioni: il peso dei minimi da CCNL

L'indagine sulle imprese industriali e dei servizi (Invind), condotta annualmente dalla Banca d'Italia<sup>691</sup>, permette di ottenere informazioni sul peso delle componenti retributive minime, stabilite dal CCNL, e su quello delle componenti extra. Tali ultime componenti non sono necessariamente legate alla presenza di contrattazione di secondo livello, ma potrebbero essere dovute ad altre indennità (ad esempio, i superminimi individuali).

Nel periodo 2002-2012, la quota del salario eccedente i minimi sul totale della retribuzione era pari in media al 10,5 per cento (cfr. Tavola 1), più elevata tra gli impiegati (12,4 per cento) che tra gli operai (9,5 per cento). Inoltre, tale quota cresce con la dimensione d'impresa ed è più elevata nell'industria in senso stretto (11,1 per cento) che nei servizi (9,7 per cento).

Oltre all'andamento medio è interessante analizzare la variazione della distribuzione nel tempo delle retribuzioni medie, nella loro componente legata ai minimi stabiliti dal CCNL e in quella legata alle componenti accessorie.

Tra il 2002 e il 2012 la distribuzione delle retribuzioni minime come determinate dal CCNL (cfr. Figura 1) non si è modificata in maniera particolare; in termini reali, le retribuzioni di valore leggermente superiore ai 20.000 euro rimangono quelle più diffuse. Tuttavia, la loro frequenza diminuisce leggermente nel 2012 in favore di retribuzioni più elevate (sui 30.000 euro). Non sono apprezzabili particolari differenze per le retribuzioni medie superiori ai 40.000 euro.

Passando alle componenti eccedenti i minimi contrattuali (cfr. Figura 2), si osserva una riduzione nel tempo della frequenza di retribuzioni extra-CCNL di bassa entità, che aumenta invece per quelle comprese tra i 4.000 e i 7.000 euro. Tuttavia, la sostanziale stabilità nella distribuzione delle retribuzioni medie rimane confermata anche in questo caso. Secondo ulteriori elaborazioni, la persistenza delle componenti retributive eccedenti i minimi è simile a quella delle componenti retributive minime stabilite dal contratto collettivo nazionale<sup>692</sup>.

Dall'analisi descrittiva emerge, dunque, che le componenti retributive eccedenti i minimi, più rilevanti nell'industria e nelle imprese di maggiori dimensioni, hanno mostrato nel tempo un livello di persistenza simile a quello relativo alle retribuzioni minime. Quest'ultimo risultato sembra confermare la sostanziale "vischiosità" di tali componenti, che tendono a prendere la forma di voci permanenti che si cumulano nel tempo (Casadio, 2008).

### 3.2. La diffusione degli sgravi fiscali sulla retribuzione di produttività

L'indagine Invind permette di stimare la percentuale delle imprese che hanno beneficiato degli

<sup>690</sup> Analizzando un campione di imprese manifatturiere della provincia di Bergamo, Cristini et al. (2005) riscontrano che i premi di risultato sono inferiori in livello, ma maggiormente costanti nel tempo nelle imprese nelle quali è presente la contrattazione aziendale rispetto a quelle in cui i premi sono, invece, concessi al di fuori di tale contrattazione. Il livello dei premi sale ulteriormente nelle imprese nelle quali vi sia un sistema di valutazione sistematica della *performance* individuale.

<sup>691</sup> Cfr. Banca d'Italia (2013a). Il campione oggetto d'indagine include solo le imprese con almeno 20 dipendenti ed è rappresentativo di oltre i due terzi dell'occupazione nelle imprese industriali e operanti nei servizi privati non finanziari (Tavola A1 in Appendice).

<sup>692</sup> Per maggiori dettagli, cfr. D'Amuri e Giorgiantonio (2014).

sgravi fiscali sulla retribuzione di produttività (cfr. Tavola 2, in Appendice). Nel 2008, anno di introduzione della detassazione per i redditi di lavoro straordinario e salario di produttività, circa il 70 per cento delle imprese avrebbe usufruito della detassazione (cfr. Figura 3, la percentuale è lievemente maggiore nell'industria). Negli anni successivi, nei quali la definizione delle componenti retributive beneficiarie della detassazione è stata resa meno ampia, la quota è scesa tra il 50 e il 60 per cento, rimanendo più elevata nell'industria, dove sono più diffusi sia il lavoro straordinario, sia la contrattazione decentrata. Considerando le sole imprese beneficiarie, ha usufruito degli sgravi una quota sostanzialmente stabile dei lavoratori, pari a circa il 50 per cento. Anche in questo caso i premi hanno interessato maggiormente i lavoratori dell'industria (cfr. Figura 4).

Infine, il sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi relativo all'anno 2013 (Banca d'Italia, 2013b), condotto annualmente dalla Banca d'Italia, fornisce maggiori informazioni sulle fattispecie che, secondo la formulazione della l. 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013), hanno permesso alle imprese di usufruire della detassazione. È molto diffuso il pagamento di incrementi retributivi legati a indicatori quantitativi di produttività, efficienza, qualità (92 per cento), seguito da quelli legati a flessibilità degli orari (32 per cento) e delle ferie (10 per cento), e – infine – alla fungibilità delle mansioni (10 per cento). Sono, invece, poco diffusi gli incrementi retributivi giustificati dall'introduzione di sistemi di controllo a distanza sull'attività dei lavoratori (2 per cento).

### 3.3. Contrattazione integrativa, retribuzioni, organizzazione del lavoro

I dati Inwind permettono di analizzare se simili dinamiche siano presenti anche nelle imprese italiane. L'indagine del 2010 ha incluso, infatti, una parte monografica relativa alla contrattazione integrativa. Secondo la rilevazione (cfr. Tavola 2), nel 21 per cento delle imprese era presente un accordo integrativo. Tale percentuale è maggiore nell'industria in senso stretto che nei servizi e sale con la dimensione dell'impresa. La contrattazione integrativa è, inoltre, molto più diffusa in presenza di rappresentanze sindacali (25,5 per cento, contro 2,8).

L'indagine del 2010 ha anche approfondito alcuni aspetti ulteriori legati alla contrattazione integrativa: *i)* il collegamento diretto tra *performance* aziendale e incrementi retributivi concessi e *ii)* il legame tra tali aumenti e la presenza di modifiche organizzative.

Per quanto riguarda il primo aspetto, in circa i tre quarti delle imprese che hanno la contrattazione integrativa sono presenti incrementi retributivi almeno parzialmente collegati alla *performance* d'impresa. La contrattazione integrativa permetterebbe, quindi, non solo la differenziazione delle retribuzioni tra imprese (quelle che non hanno il contratto sono presumibilmente meno produttive o, comunque, non abbastanza grandi da poterselo permettere), ma anche nella stessa impresa a seconda dei risultati ottenuti.

In circa il 10 per cento delle imprese con contrattazione di secondo livello, il contratto integrativo in vigore ha introdotto modifiche organizzative. In presenza di contrattazione integrativa si osserva anche una maggiore diffusione di pratiche di gestione del personale ad alta *performance* (cfr. Tavola 3); in particolare, sono maggiormente diffuse pratiche quali il lavoro *in team*, la retribuzione variabile per i dirigenti, il coinvolgimento dei livelli gerarchici inferiori nelle decisioni aziendali.

La maggiore diffusione di pratiche innovative in imprese dotate di contrattazione aziendale potrebbe semplicemente riflettere una loro diversa composizione in termini di caratteristiche osservabili. Tuttavia, un'analisi econometrica che controlli per tali effetti di composizione conferma che le imprese con contratto aziendale hanno una probabilità significativamente più elevata di utilizzare lavoro *in team* (+12 p.p.) e retribuzioni variabili (+8,6 p.p.); il valore associato al coinvolgimento dei livelli gerarchici inferiori nelle decisioni è positivo (+6,2 p.p.), ma non statisticamente significativo. Tali risultati indicano, dunque, la presenza di una correlazione tra l'adozione di innovazioni organizzative e quella di un contratto di secondo livello; tuttavia, i dati a disposizione (relativi a un solo anno) non permettono di inferire la direzione di causalità.

Infine, l'analisi di un campione di contratti aziendali<sup>693</sup>, stipulati tra il 2002 e il 2009, permette di avere un quadro più esaustivo circa l'incidenza e la tipologia delle modifiche introdotte a livello locale e riguardanti aspetti organizzativi o economici (cfr. Tavola 4). Nel settore metalmeccanico sono particolarmente diffuse le modifiche alle norme relative alla distribuzione degli orari, dei turni e delle ferie, presenti in più del 20 per cento dei contratti integrativi. L'incidenza di tali modifiche è, invece, meno elevata tra i chimici e nel commercio. In tutte e tre le categorie considerate emerge l'ampia diffusione di voci incentivanti legate al risultato (presenza, qualità), superiore al 50 per cento. Superminimi e premi di produzione sono abbastanza diffusi nell'industria e nel commercio (20 per cento), meno tra i chimici (8 per cento).

#### 3.4. Giudizi delle imprese sugli assetti contrattuali attuali

Integrando le informazioni presenti nell'indagine Invind con quelle contenute nel sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi è possibile ottenere ulteriori informazioni circa il ruolo della contrattazione decentrata. Nel sondaggio del 2011 e nei due anni successivi, è stata rivolta alle imprese una domanda tesa a rilevare il grado di soddisfazione per gli assetti contrattuali esistenti e la volontà di avvalersi delle deroghe previste dall'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138<sup>694</sup> (cfr. Tavola 2 in Appendice).

Come emerge dalla Tavola 5, nel 2011 circa un'impresa su tre si dichiarava insoddisfatta degli assetti contrattuali, percentuale che saliva al 44 per cento tra quelle dotate di un contratto integrativo aziendale. La percentuale di insoddisfazione rimane sostanzialmente invariata nei due anni successivi, nonostante la stipula dei citati Accordi interconfederali.

<sup>693</sup> Cfr. CNEL, Raccolta campionaria sulla contrattazione decentrata, disponibile all'indirizzo [http://www.cnel.it/347?contrattazione\\_testo=45](http://www.cnel.it/347?contrattazione_testo=45).

<sup>694</sup> Le informazioni disponibili circa l'effettivo ricorso ai contratti di prossimità ex art. 8 del d.l. 138/2011 sono meno sistematiche di quelle relative ai contratti di secondo livello "classici". L'effettivo impiego dello strumento appare decisamente limitato, anche in virtù dell'impegno assunto il 21 settembre 2011 dalle parti sociali di attenersi all'Accordo Interconfederale del 28 giugno. Si segnalano, tuttavia, alcune intese basate su tale meccanismo: *i*) quella siglata in data 16 luglio 2012 dalla Golden Lady Company s.p.a. e dalle associazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale (FEMCA CISL, FILCTEM CGIL, UILTA UIL), volta alla stabilizzazione progressiva di 1.200 associati in partecipazione, sospendendo per un anno l'applicazione delle disposizioni della riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92, entrata in vigore il 18 luglio scorso), che limitano il ricorso a tale tipologia contrattuale; *ii*) quella siglata dall'Enaip e dalle sigle sindacali l'autunno 2012 a Padova, anch'essa volta alla stabilizzazione progressiva (in questo caso) di 46 collaboratori a progetto, sospendendo per un anno l'applicazione delle disposizioni della riforma Fornero, che limitano il ricorso ai contratti di collaborazione; *iii*) quella siglata il 7 dicembre 2012 per il *marketing* operativo, che ha riscritto le regole del settore per facilitare un percorso di emersione graduale; *iv*) quella siglata a febbraio 2013 dalla Infocert, azienda specializzata nella fornitura di servizi informatici, con le organizzazioni sindacali rappresentative in azienda (la Fim-Cisl, oltre alle rappresentanze sindacali unitarie – RSU), recante misure sia di immediata applicazione (quali l'allungamento della durata del periodo di prova nel contratto di apprendistato), sia a carattere programmatico (in caso di crisi temporanea dell'impresa).

La scarsa soddisfazione delle imprese per gli assetti contrattuali non costituisce di per sé una sorpresa, in quanto potranno sempre esservi aspetti (economici o normativi) del contratto vissuti come troppo penalizzanti da una parte, ma essenziali a acquisire il consenso dell'altra parte. Più indicativo è l'interesse dei datori di lavoro per possibili concessioni ai lavoratori in cambio di innovazioni contrattuali. Circa i due terzi delle imprese hanno dichiarato nel 2011 almeno un moderato interesse per la possibilità di aumentare la flessibilità oraria in cambio di garanzie occupazionali (cfr. Tavola 6); tale percentuale è di poco inferiore (62 per cento) qualora, anziché tali garanzie, si offrano incrementi retributivi. Le percentuali diminuiscono lievemente, pur rimanendo elevate, nel caso di una maggiore flessibilità mansionistica; mentre sono ritenute meno appetibili ipotesi di riduzione delle retribuzioni a fronte di garanzie occupazionali.

A parità di altre condizioni, l'interesse a ottenere maggiore flessibilità in cambio di garanzie occupazionali o aumenti retributivi è decisamente più diffuso (circa +15 p.p.) tra le aziende con più di 200 addetti, mentre non vi sono differenze significative tra industria e servizi. L'esigenza di comprimere le retribuzioni in cambio di garanzie sui livelli occupazionali è particolarmente sentita tra le imprese maggiormente operanti sui mercati internazionali (più di un terzo del fatturato da *export*). Infine, l'interesse per l'ottenimento di maggiore flessibilità in cambio di garanzie o incrementi retributivi è diffuso anche tra le imprese nelle quali è presente un contratto integrativo, che sono tuttavia meno disposte a concedere garanzie occupazionali in cambio di flessibilità oraria (-8,1 p.p.) o compressione delle retribuzioni (-8,8 p.p.).

Nonostante l'insoddisfazione per gli assetti contrattuali attuali sia rimasta sostanzialmente stabile tra il 2011 e il 2013, l'interesse per il ricorso alle deroghe *ex art. 8* è, invece, diminuito nel tempo (17 per cento nel 2011, 12 per cento nel 2013: cfr. Tavola 5). Oltre il 70 per cento delle imprese insoddisfatte dagli assetti contrattuali, ma che non intendono avvalersi dell'*art. 8*, lamentano problemi legati all'incertezza normativa (cfr. Tavola 6).

Riassumendo, le evidenze disponibili segnalano come: *i*) la contrattazione integrativa sia associata a pratiche manageriali innovative; *ii*) una quota significativa di imprese (anche più ampia fra quelle che già ricorrono alla contrattazione decentrata) si dichiara insoddisfatta degli attuali assetti contrattuali e disposta a siglare accordi che consentano, da un lato, una maggiore flessibilità nell'utilizzo della manodopera, dall'altro, retribuzioni maggiori oppure garanzie occupazionali per i lavoratori; *iii*) nel mancato raggiungimento di tali intese potrebbe giocare un ruolo non secondario l'incertezza normativa.

#### 4. Criticità presenti nell'assetto della contrattazione collettiva in Italia

L'evoluzione recente della contrattazione collettiva e le evidenze disponibili appaiono testimoniare come gli strumenti attualmente a disposizione non siano in grado di rispondere efficacemente alle esigenze delle aziende, offrendo al contempo garanzie occupazionali o incrementi retributivi ai lavoratori<sup>695</sup>.

La tradizionale mancanza di regole puntuali per la stipula delle intese, così come anche la centralità del ruolo del CCNL, si pongono in linea di continuità con la storia del sindacalismo in Italia, che

<sup>695</sup> Cfr. Sestito (2012); Giugni (2003).

ha favorito peculiari processi di integrazione tra l'attività sindacale e quella statale in assenza di una cornice legislativa di riferimento<sup>696</sup>. Benché tale modello, sedimentatosi in oltre sessant'anni, permei ormai la cultura italiana delle relazioni industriali, ne sono evidenti le ricadute in termini di incertezza e di rischi legali e di contenzioso per le imprese. Essi sono stati in qualche modo circoscritti finché è durata la pratica dell'unità sindacale di fatto, e finché i rinnovi contrattuali hanno avuto contenuti sempre "acquisitivi". Sono, invece, deflagrati negli ultimi anni, in presenza della crisi economica e di divisioni sindacali su temi rilevanti come il ricorso alla contrattazione decentrata per valorizzare *dinamiche retributive legate a politiche di efficienza produttiva*.

Nonostante le intese stipulate negli ultimi anni dalle parti sociali (Accordo interconfederale del 2011, Intesa sulla rappresentanza del 2013, Testo unico sulla rappresentanza del 2014) rappresentino degli indiscutibili miglioramenti nell'ottica sia di una maggiore certezza delle regole, sia della valorizzazione del ricorso alla contrattazione decentrata, esse hanno affrontato solo parzialmente tali problematiche. A dispetto dei numerosi interventi, sia legislativi, sia negoziali, il sistema continua a caratterizzarsi per la presenza di:

- i) alcune criticità nella disciplina relativa alla stipula delle intese, specie in punto di misurazione della rappresentatività effettiva delle sigle sindacali al livello nazionale e di sistemi di rappresentanza sindacale in azienda;
- ii) limiti circa l'esigibilità delle intese;
- iii) alcune rigidità, specie per quel che concerne gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva aziendale.

Nel prosieguo del paragrafo, seguendo questa ripartizione, ci si soffermerà sui principali aspetti di criticità, presentando possibili misure correttive che si inquadrano nell'assetto attuale delle relazioni industriali.

#### 4.1. La misurazione della rappresentatività effettiva delle sigle sindacali e la rappresentanza in azienda

Nonostante le Intese approvate e il fatto che il tema della misurazione della rappresentatività sindacale ai fini della legittimazione alla contrattazione collettiva nazionale, insieme a quello collegato della verifica della rappresentanza e del consenso tra i lavoratori, sia oggetto da decenni di incessante dibattito e molteplici proposte di riforma anche sul piano legislativo<sup>697</sup>, attualmente non è operativo alcun sistema di misurazione della rappresentatività effettiva delle sigle sindacali<sup>698</sup>. Inoltre, le regole sulla rappresentanza sindacale in azienda, basate sull'intreccio tra disciplina legislativa e pattizia, hanno determinato l'insorgere di numerose incertezze sul piano applicativo, con ripercussioni negative per aziende e lavoratori.

<sup>696</sup> Non a caso l'art. 39 della Costituzione non ha mai trovato attuazione, come anche lo stesso Protocollo del 23 luglio 1993, che rinvia a interventi legislativi, anche di livello costituzionale, in materia di contrattazione collettiva e relativa efficacia. Cfr. Ferraro (2008).

<sup>697</sup> Una rassegna delle quali è proposta da Cannella e Mattone (2011).

<sup>698</sup> Al contrario, nel settore pubblico, la questione è oggetto di disciplina legislativa fin dalle riforme degli anni '90 (cfr. l'art. 7 del d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396, che ha introdotto l'art. 47-bis nel d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 23, i cui contenuti sono stati successivamente trasposti nell'art. 43 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – c.d. Testo unico sul pubblico impiego).

*Misurazione della rappresentatività effettiva delle sigle sindacali.* – I vari Accordi siglati negli ultimi anni (Accordo interconfederale del 2011, Intesa sulla rappresentanza del 2013, Testo unico sulla rappresentanza del 2014), pur avendo definito criteri oggettivi basati su indicatori quantitativi debitamente certificati, che quindi potenzialmente consentirebbero di superare le numerose incertezze legate alla nozione giurisprudenziale di sindacato “comparativamente più rappresentativo” o “maggiormente rappresentativo”, non contengono disposizioni di immediata operatività. In particolare, le modalità di raccolta e di certificazione delle informazioni restano lacunose e forse ambigue, dato che il coinvolgimento dell’INPS e del CNEL dovrebbe basarsi su convenzioni tra tali enti e le parti stipulanti le Intese, che presuppongono ovviamente l’adesione di tali istituzioni, se non proprio delle modifiche legislative o regolamentari. Inoltre, si è previsto che – ai fini della misurazione del dato associativo – siano rilevate esclusivamente le deleghe dei dipendenti iscritti alle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie degli Accordi interconfederali o che comunque si impegnino ad aderirvi; secondo la stessa *ratio*, solo a tali organizzazioni è stato attribuito il potere di indire le elezioni per la costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie. Si finisce così tendenzialmente con l’escludere dalla rappresentanza del primo livello di contrattazione qualsivoglia organizzazione sindacale non firmataria, a prescindere dal grado di effettivo consenso tra i lavoratori<sup>699</sup>.

Ancora, l’art. 8 non ripropone espressamente i criteri degli Accordi interconfederali vigenti<sup>700</sup> per individuare le associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, come tali intitolate a sottoscrivere i contratti di prossimità, alimentando – quindi – orientamenti interpretativi divergenti<sup>701</sup>.

La definizione di regole univoche per misurare la rappresentatività effettiva delle sigle sindacali consentirebbe di determinare in modo oggettivo la legittimazione a negoziare e a stipulare i contratti collettivi<sup>702</sup>. Le regole fissate dagli Accordi degli ultimi anni mutuano il criterio già applicato nel pubblico impiego basato sulla “pesatura” fondata sulle due gambe equivalenti dei voti e degli iscritti. Tuttavia, esse valgono solo nei confronti dei soggetti firmatari o di quelli che comunque vi aderiscano, con le conseguenti incertezze e asimmetrie tra organizzazioni sindacali che ne possono scaturire. Al contrario l’opzione legislativa, già sperimentata nel pubblico impiego, garantirebbe la vincolatività generale<sup>703</sup>, e consentirebbe, inoltre, di superare le incongruenze segnalate in punto di misurazione del consenso e di raccolta dei dati associativi e di quelli elettorali<sup>704</sup>. Andrebbe, inoltre, effettuato un raccordo con la disciplina dell’art. 8, prevedendo espressamente

<sup>699</sup> Cfr., tra gli altri, Carinci (2013).

<sup>700</sup> La norma si limita a richiamare la legge e gli accordi interconfederali (compreso quello del 28 giugno 2011) solo per individuare le rappresentanze sindacali operanti in azienda abilitate alla stipula dei contratti collettivi “di prossimità” (che, quindi, si riducono a quelle previste dall’art. 19 dello Statuto dei lavoratori e dagli accordi interconfederali vigenti).

<sup>701</sup> Oscillanti tra il richiamo implicito ai criteri del citato Accordo e l’applicazione di quelli elaborati dalla giurisprudenza in relazione alla nozione di “confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale” di cui all’abrogata lett. a), del comma 1, dell’art. 19 dello Statuto dei lavoratori. Cfr., ad esempio, Perulli e Speciale (2011).

<sup>702</sup> Cfr. Carrieri (2011); Antonioli e Pini (2013).

<sup>703</sup> Inoltre, consentirebbe di definire in maniera più efficace le modalità di rilevazione dei dati associativi ed elettorali (e, quindi, l’eventuale coinvolgimento di enti quali l’INPS e il CNEL).

<sup>704</sup> È opportuno sottolineare come l’esperienza maturata nel pubblico impiego e i principali limiti in essa riscontrati, evidenziati, ad esempio, da Maresca (2010) e Morongiu (2014), dovrebbero rappresentare un imprescindibile riferimento nell’introduzione dello strumento legislativo in ambito privato, in modo da prevenire possibili criticità applicative (si pensi, ad esempio, al contenzioso legato al processo di certificazione).

un'estensione dei criteri di rappresentatività stabiliti per legge anche per individuare i soggetti sindacali legittimati alla stipula dei contratti di prossimità, a livello sia aziendale, sia territoriale.

*Regole sulla rappresentanza sindacale in azienda.* – L'attuale sistema continua a vedere la coesistenza di due organismi rappresentativi: *i)* le rappresentanze sindacali aziendali (RSA), previste per via legislativa (art. 19 dello Statuto dei lavoratori) e rappresentative dei soli lavoratori iscritti a una determinata sigla sindacale; *ii)* le rappresentanze sindacali unitarie (RSU), disciplinate da intese negoziali (già Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, e ora Testo unico sulla rappresentanza) e che consentono una rappresentanza generale per il fatto di essere legittimate dal voto di tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti a sigle sindacali. Tale assetto ha comportato l'insorgere di numerose incertezze sul piano applicativo, imputabili ad alcune incongruenze nella disciplina dei due organismi.

Fino alla recente (3 luglio 2013) dichiarazione di incostituzionalità, l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori prevedeva che potessero costituire RSA solo le associazioni sindacali che avessero sottoscritto il contratto collettivo applicato nell'unità produttiva. Tale disciplina, l'unica applicabile nelle aziende dell'allora gruppo Fiat, data la fuoriuscita dal sistema confindustriale, con la conseguente contrattazione unica di primo livello, aveva inibito la costituzione di RSA alla FIOM, che non aveva sottoscritto le intese, pur rappresentando una delle maggiori sigle sindacali del comparto<sup>705</sup>. Anche per tale ragione, è stata dichiarata l'incostituzionalità della disposizione in esame<sup>706</sup>, accordando la possibilità di costituire RSA alle associazioni sindacali non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, che però abbiano partecipato alla negoziazione relativa ai contratti stessi. Anche a seguito di ciò, il gruppo ha comunicato alla FIOM che accetterà la nomina dei suoi rappresentanti sindacali aziendali<sup>707</sup>. Tuttavia, il criterio individuato dalla Corte

<sup>705</sup> Si tenga, tuttavia, presente che il Tribunale di Torino, pronunciandosi il 14 settembre 2011 (cit.) in primo grado sul ricorso della FIOM contro il contratto aziendale dello stabilimento di Pomigliano sottoscritto dalle altre sigle sindacali, aveva ritenuto antisindacale la condotta dell'allora gruppo Fiat nella misura in cui nel nuovo organismo societario possono operare solo i rappresentanti dei sindacati firmatari dell'accordo. In senso conforme v., anche, Trib. Bologna 27 marzo 2012 (cit.); Trib. Lanciano 30 aprile 2012; Trib. Napoli 12 aprile 2012; Trib. Lecce 12 aprile 2012; Trib. Larino 23 aprile 2012, che – richiamandosi ai principi costituzionali – hanno ritenuto che i sindacati sarebbero legittimati a costituire RSA se hanno partecipato alle trattative prodromiche alla firma del contratto, o hanno sottoscritto contratti collettivi applicati in passato presso l'unità produttiva. *Contra* v., però, Trib. Milano 3 aprile 2012; Trib. Torino, Sez. lav., 14 aprile 2012, cit. In particolare, quest'ultima pronuncia – ribaltando l'impostazione seguita nel caso Pomigliano e basandosi sulla lettera dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che prevedeva espressamente la possibilità, per le associazioni sindacali, di costituire RSA solo se avevano sottoscritto il contratto collettivo aziendale applicato nell'unità produttiva – ha respinto i ventotto ricorsi della FIOM contro quindici società delle allora Fiat Group e Fiat Industrial, accorpati in unico procedimento, dato che tale sigla sindacale non aveva sottoscritto l'accordo aziendale di primo livello del 13 dicembre 2011. Cfr. Ballistreri (2012).

<sup>706</sup> Cfr. C. Cost. 3 luglio 2013, n. 231, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 19, primo comma, lett. b), dello Statuto dei lavoratori per violazione degli artt. 2, 3 e 39, primo e quarto comma, della Costituzione. La questione era già stata in passato rigettata in più occasioni dalla Corte Costituzionale (cfr. C. Cost. 12 luglio 1996, n. 244 e da C. Cost., Ord., 18 ottobre 1996, n. 345). Nella pronuncia in esame la Corte ha, tuttavia, motivato l'accoglimento in relazione ai mutamenti intercorsi nelle relazioni sindacali degli ultimi anni, caratterizzate dalla rottura dell'unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative e dalla conclusione di contratti collettivi "separati": pertanto, la sottoscrizione del contratto collettivo applicato in azienda non può più essere ragionevolmente assunta a criterio misuratore della forza del sindacato e della sua rappresentatività. L'eccezione di incostituzionalità era stata sollevata da Trib. Modena, Ord., 4 giugno 2012: nel frattempo, i giudizi pendenti erano stati sospesi in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale. Cfr. A. Zoppoli (2014).

<sup>707</sup> Cfr. il comunicato del 2 settembre 2013. L'azienda ha precisato, peraltro, che la decisione è stata assunta per rispondere alle polemiche relative all'applicazione della decisione della Corte Costituzionale, benché sia più che dubbia l'applicabilità del criterio individuato dalla Corte alla FIOM, non avendo quest'ultima partecipato alle trattative per gli ultimi contratti collettivi che la Fiat ha negoziato e sottoscritto con FIM, UIL, UGL e FISMIC. Sul punto v., anche, Ichino (2013b).

per stabilire la legittimazione o meno di una sigla sindacale a costituire RSA non sembra sufficiente per superare i potenziali conflitti. Infatti, la “partecipazione a un negoziato”, a differenza della firma di un contratto, è una nozione molto sfuggente, come tale passibile di interpretazioni molto diversificate<sup>708</sup>, con il rischio di acuire il contenzioso in materia.

Inoltre, si presta ad alcuni rilievi critici anche la disciplina relativa alla composizione della RSU introdotta dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, modificata dall'Intesa sulla rappresentanza del 2013 e ora recepita nel successivo Testo unico. Nonostante l'opportuno passaggio a un meccanismo di nomina dei componenti esclusivamente proporzionale<sup>709</sup>, l'Intesa del 2013 ha stabilito che, in ragione della struttura attuale della rappresentanza, che vede la presenza di RSU o RSA<sup>710</sup>, il passaggio alle elezioni delle RSU potrà avvenire solo se definito unitariamente dalle federazioni aderenti alle confederazioni firmatarie dell'Intesa sulla rappresentanza<sup>711</sup>. Si rischia così di limitare l'estensione di un meccanismo di democrazia sindacale, avente un ruolo cruciale anche ai fini della misurazione della rappresentatività sindacale.

Tali aspetti di criticità possono essere, ad esempio, mitigati ancorando la possibilità di costituire RSA a parametri più oggettivi, quali la rappresentatività del sindacato in azienda<sup>712</sup> e ripristinando, secondo quanto già convenuto nell'Accordo del 1993, il potere di promuovere la costituzione di RSU a qualsiasi sindacato raccolga il 5 per cento delle firme dei lavoratori e aderisca alle procedure elettorali di cui all'Accordo stesso<sup>713</sup>.

Più in generale, è opportuno pervenire a un'armonizzazione sul piano legislativo delle due discipline della rappresentanza sul luogo di lavoro, favorendo — come già avviene nel pubblico impiego — il ricorso alla RSU, che — a prescindere dalla maggiore rappresentatività del sistema basato sulla legittimazione elettorale — ha il pregio di individuare un interlocutore tendenzialmente unico

---

<sup>708</sup> Cfr. Ichino (2013b), secondo cui se si ritiene sussistere la “partecipazione al negoziato” laddove un sindacato abbia presentato una piattaforma rivendicativa, anche se l'impresa non l'abbia tenuta in nessuna considerazione, qualsiasi sindacato potrà vantare di possedere il requisito. In caso contrario, gli effetti pratici della sentenza della Consulta potrebbero essere ridottissimi. Sarà, pertanto, cruciale l'applicazione in concreto dei principi stabiliti dalla Corte Costituzionale da parte dei giudici di merito. Sul punto non sembra vincolante, né dirimente — avendo al più un valore di mera indicazione — la precisazione recata dal Testo unico sulla rappresentanza, a mente del quale rientrano nella definizione di sindacati “partecipanti alla negoziazione” le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5 per cento di rappresentatività su base nazionale, e che abbiano contribuito alla definizione della piattaforma e fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del CCNL.

<sup>709</sup> Bilanciato, tuttavia, dal fatto che il c.d. “cambio di casacca” (cioè il passaggio ad altro sindacato) nella RSU eletta determina la decadenza e la sostituzione con il primo dei non eletti della medesima lista: il che, oltre a far parlare di mandato imperativo, potrebbe contribuire a rendere nei fatti le RSU terminali del sistema confederale. Cfr. L. Zoppoli (2014).

<sup>710</sup> Infatti, nonostante l'Accordo interconfederale del 1993 già prevedesse la rinuncia a costituire RSA da parte delle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie o che comunque aderissero alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione delle RSU, di fatto alcune categorie hanno continuato a privilegiare le RSA e, comunque, promosso o solo tollerato la coesistenza di RSA e RSU. Cfr. Bellocchi (2011); Carinci (2013).

<sup>711</sup> Con l'eccezione del caso in cui le RSA siano costituite per la prima volta in una determinata unità produttiva (Parte II, sez. I, lett. b)). In questo caso, a differenza di quanto si dice per tutti gli altri casi nell'Accordo di maggio 2013, ripreso nello stesso Testo unico (Parte II, sez. I, punto 8), è sufficiente una decisione delle organizzazioni sindacali che rappresentino a livello nazionale la maggioranza del 51 per cento. Cfr. L. Zoppoli (2014).

<sup>712</sup> Sull'esigenza di una revisione dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori cfr., già, C. Cost. 26 gennaio 1990, n. 30. V., anche, Carinci (2012).

<sup>713</sup> Con impegno delle federazioni aderenti alle confederazioni firmatarie dell'Intesa sulla rappresentanza a non derogare nei singoli CCNL a tale previsione, come avvenuto — invece — con il Protocollo del 1993: su questi temi si rinvia a Bellocchi (2011).

per il datore di lavoro<sup>714</sup>. Il contemperamento tra l'esigenza di assicurare la piena rappresentatività dell'organismo e quella di pervenire a decisioni vincolanti per tutti i lavoratori, può essere – ad esempio – ricercato assicurando una composizione dell'organismo di rappresentanza unitaria dei lavoratori basata su un criterio proporzionale, eventualmente prevedendo una soglia di sbarramento in percentuale dei voti validi espressi, e modalità di assunzione delle decisioni a maggioranza (semplice o qualificata) da parte dell'organismo stesso<sup>715</sup>.

#### 4.2. L'esigibilità delle intese

Un altro significativo limite è rappresentato dall'assenza di sufficiente certezza circa l'efficacia *erga omnes* (quindi, anche nei confronti di coloro che non le hanno sottoscritte) delle intese stipulate<sup>716</sup>.

Nonostante siano stati stabiliti sul piano negoziale criteri in base ai quali i contratti collettivi sia nazionali, sia aziendali sono efficaci per tutto il personale in forza, permangono dubbi circa l'efficacia per i dissenzienti del contratto, dati gli orientamenti non univoci della giurisprudenza<sup>717</sup>. Le clausole di tregua sindacale, finalizzate a garantire in concreto l'esigibilità degli impegni assunti, sono vincolanti solo per le rappresentanze dei lavoratori e per le associazioni sindacali che li abbiano sottoscritti, ma non per le organizzazioni non firmatarie, né per i singoli lavoratori<sup>718</sup>.

<sup>714</sup> Cfr. Caruso (2014). Si segnala come, nel corso degli ultimi anni, siano stati presentati numerosi progetti di legge volti a introdurre una disciplina positiva della rappresentanza sui luoghi di lavoro: cfr., ad esempio, i ddl AS 1337, del 27 gennaio 2009 e AS n. 1872, dell'11 novembre 2009. Un intervento legislativo è stato auspicato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 3 luglio 2013, n. 231; tale auspicio è stato ripreso anche dalla Fiat nel citato comunicato del 2 settembre 2013. V. anche il ddl AC 1376, del 18 luglio 2013; il ddl AS 986, del 31 luglio 2013 e lo stralcio dello stesso, composto di soli tre articoli (c.d. disegno di legge leggero), quest'ultimo presentato – alla luce delle motivazioni della sentenza della Corte Costituzionale – il 5 agosto 2013. Cfr., più di recente, anche la proposta "Norme in materia di rappresentatività sindacale, di rappresentanza in azienda ed efficacia del contratto collettivo aziendale" del gruppo di accademici "Freccia Rossa", presentata a Roma il 9 febbraio 2015 presso l'Università di Roma Tre.

<sup>715</sup> Come, peraltro, già previsto dal Testo unico sulla rappresentanza (Parte II, sez. II, punto 8). Cfr. L. Zoppoli (2014).

<sup>716</sup> Sul punto è interessante ricordare come già nel Protocollo sugli assetti contrattuali del luglio 1993 (caratterizzato, come è noto, dal fondamentale impulso del Governo dell'epoca) la posizione di regole condivise sulla contrattazione e sulle RSU era accompagnata dall'auspicio per "un intervento legislativo finalizzato, tra l'altro, ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori"; mentre il Governo, da parte sua, si era impegnato "ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia "erga omnes" nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende" (previsioni entrambe rimaste senza esito).

<sup>717</sup> Infatti, osta a tale vincolatività il principio generale della valenza del contratto per i soli contraenti (*inter partes*), non semplicemente superabile sulla base di intese negoziali: cfr., tra gli altri, Carinci (2011); Scarpelli (2011). La situazione potrebbe essere ulteriormente esacerbata dalla recente sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori che ha riconosciuto il diritto a costituire RSA anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda. Infatti, secondo l'Intesa sulla rappresentanza, un'organizzazione sindacale firmataria con il 5 per cento della rappresentanza ha titolo per prendere parte alla contrattazione nazionale di categoria: pertanto, dovrebbe essere legittimata a costituire RSA anche laddove non sottoscriva il contratto collettivo e quindi non sia esposta al sistema sanzionatorio ivi previsto. Cfr. Carinci (2013).

<sup>718</sup> Limiti all'esercizio del diritto di sciopero, garantito dall'art. 40 della Costituzione, possono essere introdotti solo con un intervento legislativo. In proposito, giova – in ogni caso – precisare come, a livello di contrattazione aziendale, senza l'apporto delle tre principali sigle sindacali, vincolate formalmente dalla sottoscrizione dell'Accordo interconfederale del 2011, la possibilità che azioni di protesta si verificano e riscuotano livelli di partecipazione tali da compromettere il normale funzionamento degli impianti è presumibilmente limitata. A livello di CCNL, l'Intesa sulla rappresentanza demanda ai singoli contratti collettivi nazionali la definizione delle clausole e/o delle procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti. Come è stato fatto notare da Usai (2013), nella dinamica negoziale dei rinnovi di categoria, non sempre le parti sono interessate a recepire le indicazioni e i rimandi degli Accordi interconfederali.

Nemmeno i contratti di prossimità forniscono garanzie sufficienti in punto di esigibilità delle intese, dato che l'art. 8 solleva numerosi dubbi di compatibilità costituzionale (in particolare, in relazione agli artt. 3 e 39), con conseguente pericolo di minare la tenuta in concreto delle intese aziendali e territoriali che trovino in tale disposizione il proprio fondamento<sup>719</sup>.

È necessario superare tali aporie al fine di assicurare stabilità agli assetti negoziali pattuiti e di limitare l'incidenza del contenzioso in un settore, quale quello giuslavoristico, che ne è già gravemente interessato, con conseguente pregiudizio per il conseguimento dell'auspicata maggiore flessibilità. Una volta individuati in maniera chiara e omogenea i soggetti sindacali abilitati alla stipula dei contratti, bisogna assicurare l'efficacia *erga omnes* degli stessi, purché approvati secondo le procedure previste. Anche in questo caso, per le ragioni in precedenza menzionate, sembra preferibile l'opzione legislativa.

In particolare, andrebbe prevista la sottoscrizione valida dei contratti e l'esigibilità generale degli stessi, anche attraverso procedure di raffreddamento e di conciliazione delle controversie, se i sindacati firmatari – abilitati alla stipula secondo i criteri in precedenza individuati – rappresentino più della metà dei lavoratori interessati<sup>720</sup>. Si recepirebbe, in tal modo, quanto già stabilito con gli Accordi degli ultimi anni. La previsione a livello legislativo dell'esigibilità generale dei CCNL incontrerebbe, tuttavia, un ostacolo nell'art. 39 della Costituzione, che – tra le altre cose – attribuisce solo ai sindacati registrati con personalità giuridica il potere di stipulare i contratti collettivi con efficacia *erga omnes*<sup>721</sup>. Proprio in considerazione delle criticità sollevate dall'attuale formulazione di tale disposizione di rango costituzionale, che peraltro non è stata mai attuata, se ne è da più parti auspicata una revisione, nel senso di attribuire al legislatore ordinario il compito di regolare le forme di democrazia sindacale nelle quali può pervenirsi alla stipulazione di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*, al livello nazionale come ai livelli inferiori<sup>722</sup>.

Con riferimento ai contratti di prossimità, il loro ricorso può essere circoscritto a ipotesi specifiche, caratterizzate da profili di eccezionalità<sup>723</sup>, valorizzando invece il ricorso alla contrattazione di secondo livello ordinaria in presenza di condizioni “fisiologiche”<sup>724</sup>. Infatti, le aziende mostrano

<sup>719</sup> Con l'art. 3 della Costituzione, per la possibile lesione del principio di uguaglianza con riferimento alla genericità dei criteri che giustificano la stipula delle intese in deroga; con l'art. 39, in relazione tanto all'efficacia *erga omnes* della contrattazione di prossimità e ai suoi rapporti con il contratto collettivo nazionale, quanto all'ampiezza della competenza funzionale a essa assegnata. Cfr., tra gli altri, Liso (2012); Romagnoli (2011); Scacco (2011); Carinci e altri (2013); Ghera (2014); Bavaro (2012); Leccese (2012); *contra v.*, però, Tiraboschi (2012); Vallebona (2011); Ales (2012), che però ravvisa un possibile contrasto con il riparto di competenze legislative Stato-Regioni definito dall'art. 117, in relazione al comma 2, lett. l) e m), Cost., quindi all'“ordinamento civile” e alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, materie appartenenti alla competenza legislativa esclusiva dello Stato

<sup>720</sup> Muovevano in tale direzione, ad esempio, le proposte contenute nel disegno di legge AS n. 1872, dell'11 novembre 2009. V., più di recente, anche la già citata proposta del gruppo di accademici “Freccia Rossa”. Cfr. anche Usai (2013).

<sup>721</sup> Secondo l'interpretazione dominante, l'art. 39 della Costituzione riguarderebbe solo i CCNL, non le intese di secondo livello. Cfr., tra gli altri, Treu (2012).

<sup>722</sup> Cfr., tra gli altri, Ichino (2006); Ghera (2014). V., inoltre, il ddl AS 2520, dell'11 gennaio 2011.

<sup>723</sup> Ad esempio, in presenza di situazioni di grave crisi aziendale o in difetto della previsione di un regime transitorio per l'entrata in vigore di modifiche normative, e purché le deroghe siano circoscritte a periodi di tempo limitati.

<sup>724</sup> Si tenga presente che molte delle intese stipulate in base all'art. 8, alcune delle quali sono state menzionate nel par. 2.2, hanno cercato di gestire “situazioni di emergenza”, legate in parte all'attuale contesto di crisi economico-finanziaria, in parte agli “irrigidimenti” nelle modalità di ricorso alle varie tipologie di contratti di lavoro introdotte dalla c.d. riforma Fornero, in assenza di un regime

in prevalenza interesse per le deroghe relative agli aspetti organizzativi e gestionali del rapporto di lavoro (cfr. il paragrafo 3.3), per più versi possibili (anche) con i contratti di secondo livello “classici”. Inoltre, l’art. 8 si espone a rischi di eccessiva frammentazione delle politiche contrattuali che potrebbero scaturire da un sistema di deroghe legato all’ambito aziendale e territoriale, pregiudicando la coerenza complessiva del sistema contrattuale dei vari settori produttivi, con fughe e differenziazioni in materie assai significative, specie per quel che concerne i livelli di tutela, in relazione ai mutevoli rapporti di forza esistenti<sup>725</sup>. Senza contare che esso costituisce un ulteriore elemento di “frattura” nel sistema delle relazioni industriali, considerato che Confindustria e le principali sigle sindacali hanno dichiarato di non volersene avvalere.

Tale uso delle intese di cui all’art. 8 del d. l. 13 agosto 2011 n. 138 sarebbe rispondente alle indicazioni già fornite dalla Corte Costituzionale che, valutando la legittimità della norma in relazione alla possibile lesione delle prerogative legislative degli enti territoriali, l’ha definita uno strumento di carattere “eccezionale”<sup>726</sup>.

#### 4.3. Gli ambiti di competenza e la flessibilità del sistema contrattuale

L’attuale assetto del sistema delle relazioni industriali si caratterizza per alcune rigidità, specie per quel che concerne gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva di secondo livello, che non consentono di sfruttare appieno i margini attualmente esistenti per il raggiungimento di intese che garantiscano un migliore impiego della manodopera e la sua maggiore valorizzazione, attraverso incrementi retributivi o garanzie sui livelli occupazionali. Miglioramenti potrebbero discendere da: *i*) l’attenuazione di alcune rigidità presenti nella disciplina attuale degli aspetti gestionali del rapporto di lavoro; *ii*) una chiara delega al secondo livello di contrattazione dei profili relativi all’organizzazione del lavoro; *iii*) un rafforzamento del circuito dell’informazione aziendale; *iv*) una razionalizzazione del numero dei CCNL.

*La disciplina degli aspetti gestionali del rapporto di lavoro.* – Benché il nostro ordinamento abbia rimesso per più versi la disciplina di rilevanti profili relativi all’organizzazione dei rapporti di lavoro alla contrattazione collettiva (ad esempio, per quel che concerne la flessibilità oraria)<sup>727</sup>, alcuni aspetti che possono incidere sul tema della produttività del lavoro sono attualmente regolati in maniera prevalente o esclusiva dalla legge: è questo, ad esempio, il caso dell’area dell’equivalenza delle mansioni e dell’integrazione delle competenze (c.d. *ius variandi*)<sup>728</sup>.

---

transitorio. Tuttavia, il ricorso alle deroghe – in assenza di una cornice legislativa unitaria che fissi dei parametri minimi di riferimento universali – potrebbe avere riflessi negativi specie per quel che concerne i livelli di tutela, in relazione ai mutevoli rapporti di forza esistenti, aumentando i costi giuridico-amministrativi e la facilità di trasferimento dei lavoratori tra imprese.

<sup>725</sup> Cfr. Cipolletta (2011); Scarpelli (2011), che paventa rischi di “localismo sindacale”.

<sup>726</sup> Cfr. C. Cost. 4 ottobre 2012, n. 221, che ha sì rigettato l’impugnazione con cui la Regione Toscana aveva messo nel mirino proprio i contratti di prossimità in quanto lesivi delle prerogative legislative degli enti territoriali, ma li ha definiti nel contempo, uno strumento di carattere “eccezionale”.

<sup>727</sup> Cfr. il d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66.

<sup>728</sup> In particolare, l’art. 2103 c.c. prevede che “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”. Ogni patto contrario è nullo e – come tale – improduttivo di effetti. Sui limiti alla derogabilità di tale disposizione si rinvia a Borzaga (2013).

Limiti legislativi allo *ius variandi* del datore di lavoro sono giustificati dal minor potere contrattuale del lavoratore, che potrebbe essere indotto ad accettare accordi svantaggiosi. Tuttavia la continua riorganizzazione dei processi produttivi, resa possibile dall'innovazione tecnologica e dalle sempre maggiori possibilità di *outsourcing* (Acemoglu e Autor (2010)), implica una variabilità delle mansioni molto più elevata rispetto a quella prevalente in passato. Pertanto i vincoli legislativi, nella loro rigidità, rischiano di pregiudicare le esigenze imprenditoriali di razionale ed efficiente gestione delle risorse, risolvendosi anche a detrimento dello stesso lavoratore, laddove l'alternativa sia la perdita del posto di lavoro. La legge già prevede specifiche deroghe alla normativa generale, in caso – tra gli altri – di procedure di mobilità, nell'ambito delle quali è consentita l'assegnazione a mansioni inferiori, a condizione che siano raggiunti accordi sindacali che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti<sup>729</sup>.

Al fine di contemperare meglio le esigenze di maggiore flessibilità gestionale con quelle di tutela del lavoratore, riducendo i rischi di contenzioso, si potrebbe affidare alla contrattazione collettiva una piena autonomia negoziale rispetto alle tematiche relative all'equivalenza delle mansioni e all'integrazione delle competenze, prevedendosi la derogabilità delle relative disposizioni di legge in presenza delle condizioni e dei limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale, in relazione, ad esempio, a garanzie sui livelli occupazionali in presenza di situazioni di crisi o all'erogazione di premi<sup>730</sup>.

*La delega al secondo livello di contrattazione dei profili relativi all'organizzazione del lavoro.* – Negli ambiti nei quali la regolazione degli aspetti organizzativi e gestionali del rapporto di lavoro è demandata alla contrattazione collettiva, è importante che le parti sociali diano seguito agli impegni assunti con l'Accordo interconfederale del 2011, ulteriormente specificati dall'Intesa sulla produttività del novembre 2012, per valorizzare ruolo e competenze della contrattazione collettiva di secondo livello. In primo luogo, in ossequio a quanto stabilito con l'Accordo del 2011 (poi recepito dal Testo unico sulla rappresentanza), i vari CCNL devono effettivamente definire i

<sup>729</sup> Cfr. art. 4, comma 11, della l. 23 luglio 1991, n. 223. Si segnalano, inoltre: i) gli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. 12 marzo 1999, n. 68, a mente dei quali il lavoratore divenuto disabile o che abbia subito un aggravamento della propria invalidità può essere adibito a mansioni inferiori, purché sia garantita la conservazione del più favorevole trattamento retributivo corrispondente alle mansioni di provenienza; ii) l'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, in base al quale – visto il divieto di adibire la lavoratrice, nei sette mesi successivi al parto, a mansioni che comportino il trasporto e il sollevamento di pesi, ovvero mansioni che possano risultare pericolose e insalubri, la stessa deve essere assegnata ad altre mansioni, anche inferiori, mantenendo la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte; iii) l'art. 42 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, che prevede che il lavoratore possa essere adibito a mansioni inferiori a causa di una sua riscontrata inidoneità fisica alla mansione specifica, in seguito ad accertamenti medico-sanitari disciplinati dall'art. 41 del medesimo decreto, con il diritto a conservare il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Ulteriori eccezioni sono state, poi, individuate da alcuni orientamenti giurisprudenziali (cfr. già Cass., SS. UU., 7 agosto 1998, n. 7755), che hanno ritenuto legittima la deroga negoziale alla disciplina generale in materia di equivalenza delle mansioni qualora ciò rappresenti l'unico mezzo per evitare un licenziamento per motivo oggettivo, prevalendo – in tal caso – l'interesse a mantenere il posto di lavoro, e sia disposto con il consenso del dipendente. Cfr. Colombo (2010).

<sup>730</sup> Tale attenuazione assottiglierebbe, tra l'altro, le differenze funzionali e operative tra gli accordi di secondo livello "classici" e i contratti di prossimità, nell'area della flessibilità mansionistica, ritenuta di rilevanza cruciale per la contrattazione decentrata, riducendo la necessità e – quindi – gli incentivi a ricorrere all'art. 8 della Manovra di Ferragosto: strumento che, come si è visto, presenta rilevanti profili di criticità sia sul piano legale, sia in relazione ai rischi di eccessiva frammentazione delle politiche contrattuali, scaturenti dal ricorso alle deroghe, in assenza di una cornice legislativa unitaria che fissi dei parametri minimi di riferimento universali. Muove, in parte, in tale direzione la recente legge delega di riforma del mercato del lavoro (l. 10 dicembre 2014, n. 183 – c.d. *Jobs Act*), che – tra le altre cose – ha previsto la revisione della disciplina delle mansioni (art. 1, comma 7, lett. e)).

limiti e le procedure in base alle quali i contratti aziendali possono derogare alle disposizioni previste dagli stessi contratti collettivi nazionali.

Inoltre, va stabilita una chiara delega al secondo livello di contrattazione da parte dei CCNL della disciplina di istituti quali la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro, con la finalità di conseguire miglioramenti gestionali e di stimolare la produttività.

Per incentivare e velocizzare tale processo, si può – ad esempio – prevedere per via legislativa che, laddove non intervengano entro un certo limite temporale i singoli CCNL, la contrattazione decentrata possa comunque esercitare la delega e, quindi, derogare al primo livello per la regolazione degli aspetti organizzativi e gestionali del rapporto di lavoro<sup>731</sup>.

*Il circuito dell'informazione aziendale.* L'ampliamento delle competenze demandate alla contrattazione di secondo livello e la valorizzazione di *dinamiche retributive legate a politiche di efficienza produttiva devono essere bilanciati* dall'introduzione di procedure di verifica degli esiti delle decisioni concordate. Ciò può avvenire attraverso un'estensione dell'ambito di applicazione e un rafforzamento dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori<sup>732</sup>, al fine di garantire una maggiore trasparenza e di monitorare l'andamento aziendale<sup>733</sup>. In tal modo, il ricorso alle deroghe alla disciplina dettata dal CCNL e, laddove previste, alla legge per esigenze di produttività aziendale troverebbe un contemperamento, a tutela dei lavoratori, nella possibilità di monitorare il rispetto degli impegni assunti da parte datoriale.

Muovono già in tal senso recenti iniziative portate avanti, su base volontaria, da alcune aziende: è questo il caso del protocollo per la competitività siglato da Finmeccanica o all'accordo aziendale stipulato da KME<sup>734</sup>. Può, tuttavia, giovare una definizione di tali presidi a livello legislativo nei loro aspetti fondamentali, rimettendone la concreta specificazione ai singoli contratti collettivi aziendali, al fine di conferire una maggiore certezza agli assetti pattuiti e di conseguire un più vasto consenso dei soggetti coinvolti.

*La razionalizzazione del numero dei contratti collettivi nazionali di categoria.* – Si segnala, infine, come nel nostro Paese proliferi in modo estremo il numero dei contratti collettivi nazionali di

<sup>731</sup> Il Testo unico sulla rappresentanza, peraltro con formulazione poco chiara, sembrerebbe prevedere tale possibilità solo al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico e occupazionale dell'impresa.

<sup>732</sup> Antonioli et al. (2013, 2010), Antonioli (2009) e Gritti e Leoni (2013) rilevano la presenza di un'associazione tra maggiore coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni d'impresa e innovazione.

<sup>733</sup> Attualmente disciplinati, per le imprese con più di 50 dipendenti, dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, *Attuazione della direttiva 2002/14/CE che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori* (cfr. Del Punta, 2014). Ciò sarebbe, peraltro, coerente con una serie di disposizioni del Protocollo del 1993, che miravano all'instaurazione di rapporti stabili fra le parti a livello aziendale, definendo una sorta di quadro generale di "informazione, consultazione, verifica o contrattazione", che consentisse una valutazione congiunta, anche al livello strategico, delle condizioni dell'impresa e del lavoro (cfr. Magnani (2000)). Il presente studio non entra nel merito dell'opportunità dell'introduzione di forme di codeterminazione: infatti, nonostante le numerose sollecitazioni provenienti dall'Europa (cfr., ad esempio, European Commission, 2008), mancano risultati univoci e conclusivi in letteratura circa gli effetti della codeterminazione sulla produttività e il valore delle imprese. Per una rassegna, cfr. Addison e Schnabel (2011).

<sup>734</sup> Nell'ambito dei quali il ricorso a forme di flessibilità oraria e mansionistica e il collegamento della parte variabile della retribuzione all'andamento e alla redditività aziendale sono stati accompagnati dall'introduzione di organi a composizione paritetica con finalità di carattere informativo e consultivo, specie per quel che concerne la valutazione periodica degli andamenti economico-finanziari dell'azienda, anche attraverso l'accesso ai dati economici consuntivi e previsionali, per quanto attiene alla gestione ordinaria.

categoria (che sono oltre 400)<sup>735</sup>, determinando un'articolazione estremamente complessa del sistema e sovraccaricandolo in modo eccessivo. Come già da tempo rilevato<sup>736</sup>, è importante una semplificazione e riduzione del loro numero (c.d. accorpamenti contrattuali), che avrebbe anche il pregio di rendere più flessibile l'attuale sistema, permettendo di concentrare energie e attenzione solo su alcuni istituti e materie, affidando alla contrattazione collettiva di secondo livello tutto ciò che residua.

### 5. Criticità relative agli incentivi per le retribuzioni di produttività

Le incertezze presenti sul piano normativo possono aver ridotto l'efficacia degli incentivi alle retribuzioni di produttività, che interessano sia i contributi sociali, sia le imposte sul reddito (cfr. tavola 2 dell'appendice).

Da un punto di vista fiscale, tali incentivi riducono l'equità orizzontale dell'imposta personale sui redditi, che richiede che individui che hanno un reddito "pre imposta" simile, continuino ad avere un reddito simile anche dopo aver versato le imposte (Musgrave, 1990). Gli sgravi possono, altresì, favorire l'insorgere di comportamenti elusivi. Se ne sono riscontrati usi distorti, indirizzati prevalentemente a minimizzare il carico fiscale attraverso c.d. "accordi cosmetici"<sup>737</sup>, con scarse ricadute sulla produttività. Più in dettaglio, in molti casi sono stati siglati accordi decentrati siglati con il solo fine di dichiarare l'esistenza di ricadute positive in termini di efficienza, e quindi la detassabilità, di alcune voci retributive variabili già previste dalla contrattazione nazionale<sup>738</sup>. Pertanto, la detassazione spesso non ha determinato un cambiamento organizzativo o una maggiore variabilità della retribuzione, ma ha esclusivamente ridotto il cuneo fiscale su componenti variabili già esistenti e predefinite al livello centrale.

Pur con questi limiti, gli sgravi alla retribuzione di produttività possono aumentare il consenso delle parti sociali verso il superamento dei richiamati ostacoli che limitano il ruolo della contrattazione decentrata.

A questo fine, è necessario definire un contesto di regole certe sulla base del quale essi possano essere accordati alle aziende e, specularmente, limitare i rischi di possibili abusi. Finora, vi sono state frequenti variazioni della platea dei beneficiari e della tipologia di redditi soggetti a detassazione, che – in alcuni anni – hanno ricompreso anche i redditi da straordinari e turni. Inoltre, mentre lo sgravio contributivo è stato – almeno in una certa misura – reso strutturale con la riforma Fornero, il d.P.C.M. 22 gennaio 2013 ha rinnovato i benefici fiscali limitatamente ai due anni successivi, non incentivando – quindi – le aziende all'adozione di piani gestionali su orizzonti temporali più lunghi.

Quanto al contrasto dell'elusione, la proroga della detassazione introdotta dal d.P.C.M del 22 gennaio 2013 ha condizionato la possibilità di fruire degli sgravi all'esistenza di un nesso quantitativo tra retribuzione e indicatori di produttività, oppure in presenza di alcune fattispecie definite

<sup>735</sup> Cfr., ad esempio, le Linee di riforma della struttura della contrattazione (piattaforma approvata dagli Esecutivi Nazionali CGIL, CISL e UIL il 12 maggio 2008).

<sup>736</sup> In proposito v. Bellardi (2008); Treu (2011).

<sup>737</sup> Cfr. Antonioli e Pini (2012).

<sup>738</sup> Fazio e Tiraboschi (2011) mostrano l'estrema omogeneità di diversi contratti collettivi aziendali sottoscritti nel 2011 (quelli resi pubblici), siglati con il solo scopo di dichiarare l'esistenza di un nesso tra alcune componenti accessorie della retribuzione già contrattate al livello centrale e una maggiore produttività.

di riforma organizzativa. La concreta efficacia di queste disposizioni dipenderà dall'interpretazione che sarà accordata a tale condizionalità. Appare irrealistico, da parte del legislatore, l'intento di poter elencare tutte le fattispecie nelle quali vi sia una ricaduta positiva della contrattazione decentrata sulla produttività e di poterne verificare la concreta sussistenza al livello locale.

La distinzione tra i due livelli di contrattazione, e l'attribuzione di benefici fiscali alla quota di retribuzione effettivamente negoziata al livello locale, è condizione necessaria per l'efficacia del provvedimento. La possibilità di definire a livello nazionale una quota della retribuzione che potrà essere destinata alla contrattazione di secondo livello, prevista dall'Intesa sulla produttività siglata nel novembre 2012, limita l'ambito di autonomia della contrattazione decentrata e può facilmente prestarsi a un utilizzo elusivo, in quanto amplia i margini di collusione, al livello centrale, tra datori di lavoro e lavoratori al fine di trasferire parte della retribuzione dal primo al secondo livello usufruendo degli sgravi.

Un limite alla diffusione delle retribuzioni di produttività può essere rappresentato dalla presenza del cosiddetto "elemento di garanzia" (o perequativo), ossia di un aumento retributivo fisso, individuato dal CCNL, destinato ai lavoratori delle imprese che non hanno contrattazione di secondo livello. La presenza di questo istituto aumenta il costo atteso di un eventuale contratto di secondo livello, in quanto il datore di lavoro sarà chiamato a concedere incrementi retributivi maggiori rispetto a quelli già previsti dall'elemento di garanzia.

Infine, sarebbe utile prevedere elementi di controllo per la valutazione della politica in esame. A tale scopo, è necessario che il monitoraggio delle misure di detassazione, pure previsto dal recente d.P.C.M. 22 gennaio 2013, sia effettivo e si basi sui contenuti degli accordi di secondo livello che ne hanno beneficiato. Si segnala in proposito come, benché il d.P.C.M. 22 gennaio 2013 preveda che, per monitorare lo sviluppo delle misure di detassazione, i datori di lavoro debbano depositare i contratti di secondo livello presso la Direzione del lavoro territorialmente competente entro trenta giorni dalla loro sottoscrizione, allo stato non sia prevista alcuna sanzione in caso di mancato deposito. Inoltre, già in altre circostanze è stato previsto il monitoraggio delle misure di detassazione (cfr. art. 2, comma 5, del d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 126): tuttavia, esso non è mai stato realizzato nella pratica. Potrebbe, ad esempio, considerarsi la previsione di una procedura *ad hoc* di autocertificazione a cura dell'impresa, che sarebbe tenuta a trasmettere dati standardizzati *online* per poter usufruire delle agevolazioni. Questa fonte informativa potrebbe essere utilizzata in futuro per valutare l'efficacia degli incentivi e per individuare e diffondere le *best practices*<sup>739</sup>.

## 6. Conclusioni

L'analisi statistica riportata in questo lavoro mostra che: i) circa il 10 per cento della retribuzione

<sup>739</sup> Si consideri che, per quel che concerne la contrattazione di secondo livello, allo stato sono presenti solo basi informative campionarie. Un archivio meramente campionario è tenuto dal CNEL nell'ambito dell'Archivio sulla contrattazione collettiva a livello nazionale (consultabile all'indirizzo [http://www.cnel.it/347?contrattazione\\_testo=37](http://www.cnel.it/347?contrattazione_testo=37), che raccoglie gli atti di contrattazione collettiva a livello nazionale nei settori privato e pubblico, gli Accordi fra Governo e Parti Sociali, gli Accordi interconfederali e i Contratti Collettivi Nazionali). Si segnala, inoltre, l'iniziativa assunta dalla CISL, che ha realizzato un osservatorio costituito da una banca dati sugli accordi territoriali – OCSEL, come strumento di verifica e di orientamento della concertazione locale al fine di renderla più efficace. L'osservatorio si propone di raccogliere e analizzare tutti gli accordi territoriali regionali/provinciali/sub provinciali realizzati a partire dal 2009 rispetto ai seguenti settori: i) politiche socio-familiari; ii) politiche territoriali; iii) mercato del lavoro; iv) politiche sanitarie e socio-sanitarie; v) politiche fiscali e tariffarie. Cfr. l'indirizzo <http://www.cisl.it/osservatorio-sulla-contrattazione-di-secondo-livello/>.

totale è legato a componenti eccedenti i minimi stabiliti nel CCNL; *ii*) la contrattazione integrativa aziendale rimane più diffusa nelle realtà di maggiori dimensioni, al Nord, nell'Industria; alla sua presenza si associa l'utilizzo di pratiche di gestione del personale ad alta *performance*; *iii*) esiste una diffusa insoddisfazione, tra le imprese, circa gli assetti normativi e contrattuali, anche in presenza di contrattazione aziendale. Infine, vi sarebbero margini per l'instaurazione di un circolo virtuoso, con le imprese non ostili all'idea di concedere maggiori incrementi retributivi o garanzie sui livelli occupazionali in cambio di una maggiore flessibilità oraria o mansionistica.

Le evidenze disponibili suggeriscono che sia le intese stipulate sulla base dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, sia i contratti di secondo livello "classici", siglati secondo gli Accordi interconfederali vigenti, non siano in grado di rispondere efficacemente alle esigenze delle aziende. Mentre il ricorso all'art. 8 rischia di esacerbare il contenzioso e di esporre le politiche contrattuali a un'eccessiva frammentazione, i contratti di secondo livello "classici" potrebbero rappresentare – con adeguati correttivi – uno strumento in grado di favorire maggiormente la tenuta del sistema, consentendo le deroghe relative agli aspetti organizzativi e gestionali del rapporto di lavoro, per le quali le aziende mostrano in prevalenza interesse.

Nonostante le Intese stipulate a partire dall'Accordo interconfederale del 2011 rappresentino degli indiscutibili miglioramenti nell'ottica di una maggiore certezza delle regole, permangono alcune criticità che potrebbero essere mitigate attraverso l'introduzione di una disciplina legislativa "cornice". In particolare sarebbe necessario: *i*) rendere operativi i criteri per la misurazione della rappresentatività effettiva delle organizzazioni sindacali al livello nazionale, sulla base dei quali determinare la legittimazione a negoziare e a stipulare i contratti, sulla scorta di quanto già stabilito con gli ultimi Accordi interconfederali; *ii*) pervenire a *un modello unico di rappresentanza sul luogo di lavoro, che consenta a tutte le organizzazioni di non essere escluse dal godimento dei diritti sindacali e al datore di lavoro di poter contare su interlocutori certi e realmente rappresentativi*; *iii*) *introdurre meccanismi che assicurino effettivamente l'esigibilità generale delle intese, se i sindacati firmatari rappresentano più della metà dei lavoratori interessati*.

Andrebbero poi ampliati gli ambiti di competenza della contrattazione collettiva relativamente agli aspetti organizzativi e gestionali, garantendo una maggiore flessibilità del sistema contrattuale, anche attraverso una riduzione del numero dei CCNL. Tale ampliamento di competenze andrebbe bilanciato con un miglioramento del circuito dell'informazione aziendale, attraverso l'introduzione di procedure di verifica dell'applicazione e degli esiti di piani o decisioni concordate a livello aziendale.

Le criticità presenti sul piano normativo e negoziale possono aver ridotto l'efficacia degli incentivi alle retribuzioni di produttività, limitando – o rendendo meno agevole – la possibilità di ottenere innovazioni di processo utilizzando la leva salariale. Sebbene tali incentivi riducano l'equità orizzontale del prelievo e si esponano a rischi di elusione, potrebbero aumentare il consenso verso il superamento dei richiamati ostacoli di natura normativa. Essi dovrebbero, in ogni caso, essere definiti in maniera certa e su un orizzonte temporale di medio termine; sarebbe, inoltre, auspicabile un effettivo monitoraggio del loro utilizzo ai fini di una valutazione dell'efficacia *ex post* e dell'individuazione delle *best practices* a essi associate.

#### Riferimenti bibliografici

Addison, J. T. e C. Schnabel (2011), *Worker Directors: A German Product That Didn't Export?*, *Industrial Relations*, 50 (2), 354-374.

Agell, J. and K. Lommerud, (1992). "Union Egalitarianism as Income Insurance," *Economica*, London School of Economics and Political Science, vol. 59(235), pages 295-310, August.

Akerlof, G. A and J. Yellen (1988). "Fairness and Unemployment," *American Economic Review*, vol. 78(2), pages 44-49, May.

Ales, E. (2012), *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali 2*.

Antonioli, D. (2009), *Industrial Relations, Techno-Organizational Innovation and Firm Economic Performance*, in *Economia Politica, Journal of Analytical and Institutional Economics*, vol. XXVI, no. 1, pp. 21-52.

Antonioli, D., Mazzanti M. e Pini P. (2010), *Productivity, Innovation Strategies and Industrial Relations in SME. Empirical Evidence for a Local Manufacturing System in Northern Italy*, in *International Review of Applied Economics*, vol. 24, no. 4, pp. 453-482.

Antonioli, D. e P. Pini (2012), *Un accordo sulla produttività pieno di nulla (di buono)*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale. Lavori*, vol.13, 4, pp.9-24.

Antonioli, D. e P. Pini (2013), *Contrattazione, dinamica salariale e produttività: ripensare gli obiettivi e i metodi*, Università di Ferrara, mimeo.

Ballistreri, M. (2012), *Le relazioni industriali in Itali e gli accordi alla Fiat*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 10, pp. 726-737.

Banca d'Italia (2013a), *Indagine sulle imprese industriali e dei servizi*, in *Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini Campionarie*.

Banca d'Italia (2013b), *Sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi*, in *Supplementi al Bollettino Statistico – Indagini Campionarie*.

Bandiera, O., I. Barankay e I. Rasul (2007), *Incentives for Managers and Inequality Among Workers: Evidence from a Firm-Level Experiment*, in *Quarterly Journal of Economics*, Vol. No. 122(2), pp. 729-773.

Bavaro, V. (2012), *Azienda, Contratto e Sindacato*, Cacucci, Bari.

Bellardi, L. (2008), *Sul metodo e sui contenuti per la revisione della struttura contrattuale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, I, pp. 87 e ss.

Bellocchi, P. (2011), *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *Le relazioni sindacali nell'impresa. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Copanello, 24-25 giugno 2011*, Milano, pp. 11-72.

Blasi, J., R. Freeman, e D. Kruse (2010a), *Shared Capitalism at Work: Employee Ownership, Profit and Gain sharing and Broad-based Stock Options: Introduction*, Chicago University Press.

Blasi, J., E. Harden, e D. Kruse (2010b), *Who Has a Better Idea? Innovation, Shared Capitalism, and HR Policies*, in *Shared Capitalism at Work: Employee Ownership, Profit and Gain sharing and Broad-based Stock Options: Chapter 7*, Chicago University Press.

- Borzaga, M. (2013), *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4.
- Brandolini, A. e al. (2007), *Employment Growth in Italy in the 1990s: Institutional Arrangements and Market Forces*, in *Social Pacts, Employment and Growth*, Berlin: Springer – Verlag.
- Brandolini, A. e M. Bugamelli (2009), *Rapporto sulle tendenze nel sistema produttivo italiano*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 45, Banca d'Italia.
- Calmfors, L. and J. Driffill, 1988, "Bargaining structure, corporatism, and macroeconomic performance," *Economic Policy*, vol. 6, April, 14-61
- Cannella, G. e S. Mattone (2011), *Alla ricerca di nuove regole per la rappresentanza sindacale*, in *Questione giustizia*, n. 1, pp. 20-36.
- Carinci, F. (2013), *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 *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3.
- Carinci, F., R., De Luca Tamajo, P. Tosi e T. Treu (2013), *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*, Milano, 6<sup>a</sup> ed.
- Carinci, F. (2012), *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 144.
- Carinci, F. (2011), *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 125.
- Carrieri, M. (2011), *La regolazione del lavoro. Dopo l'era dell'instabilità*, Roma, 2011.
- Caruso, S. B. (2014), *Testo Unico sulla Rappresentanza*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 227.
- Casadio, P. (2008), *Contrattazione aziendale integrativa e differenziali salariali territoriali: informazioni dall'indagine sulle imprese della Banca d'Italia*, in *Politica Economica, Vol 2*, pp. 241-292.
- Cataudella, A. (2014), *Nota sul Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 141.
- Cella, G. P. (2011), *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali* in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 129, pp. 103-112.
- Cella, G. P. (2013), *Produttività e relazioni industriali* in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 138, pp. 285-292.
- Checchi, D. e L. Pagani (2005), *The Effects of Unions on Wage Inequality; The Italian Case in the 1990s*, in *Politica Economica, 1/2005*, pp. 43 – 70.
- Cipolletta, I. (2011), *Le relazioni industriali del dopo Marchionne*, 11 gennaio, [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info).
- Colombo, A. (2010), *Modifica delle mansioni del lavoratore: divieti, limiti e condizioni*, in *Venti-quattro Avvocato. Il Sole 24 Ore*, n. 3, marzo, pp. 38-50.

- Cristini, A., E. Bazzana e R. Leoni (2005), *Il salario tra premio di risultato e nuove pratiche di gestione delle risorse umane. Gli effetti dell'Accordo di Luglio del 1993*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Vol. No. 2/2005, pp. 157-184.
- Dahl, C., D. Le Maire, J. R. Munch, *Wage Dispersion and Decentralization of Wage Bargaining*, *Journal of Labor Economics*, 2013, 31 (3), 501-533 n. 6186, 2011.
- D'Amuri, F. e C. Giorgiantonio (2014), *Diffusione e prospettive della contrattazione aziendale in Italia*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 221, Banca d'Italia.
- D'Amuri, F. e M. R. Marino (2008), *La detassazione del lavoro straordinario in Italia: prime valutazioni*, in *Politica economica*, Vol. 24(2), pp. 159-179.
- Danthine, J. and J. Hunt, Jennifer (1994), "Wage Bargaining Structure, Employment and Economic Integration," *Economic Journal*, Royal Economic Society, vol. 104(424), pages 528-41, May.
- Dell'Aringa, C. e L. Pagani (2005), *Regional Wage Differentials and Collective Bargaining in Italy*, in *Rivista Internazionale di Scienze Sociali*, Vol. No. 2/2005, pp. 267 – 288.
- Dell'Aringa, C. e Pagani, L. (2007), *Collective Bargaining and Wage Dispersion in Europe*, in *British Journal of Industrial Relations*, Vol. No. 45(1), pp. 29 – 54.
- Del Punta, R. (2014), *Diritto del lavoro*, VI ed., Milano.
- European Commission (2008), *Commission Staff working document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE)*.
- Fazio, F. e M. Tiraboschi (2011), *Un'occasione mancata per la crescita. Brevi considerazioni a proposito della misura di detassazione del salario di produttività*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 19 dicembre.
- Ferraro, G. (2008), *La riforma del sistema contrattuale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, vol. XXVII (1), p. 31 e ss.
- Ferraro, G. (2010), *Le relazioni industriali dopo "Mirafiori"*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.1, 2011.
- Flanagan, R. J. (1999), *Macroeconomic Performance and Collective Bargaining: An International Perspective* in *Journal of Economic Literature*, vol. 37(3), p.p. 1150-1175.
- Ghera, E. (2014), *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 202.
- Giugni, G. (2003), *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003.
- Gritti P. e Leoni R. (2012), *High Performance Work Practices, Industrial Relations and Firm Propensity for Innovation*, in Bryson A. (ed.), *Advances in the Economic Analysis of Participatory and Labor-Managed Firms*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley (UK), vol.13, pp.267-309.
- Grund, C. e N. Westergaard-Nielsen (2008), *The Dispersion of Employees' Wage Increases and Firm Performance*, in *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. No. 61, pp. 485 – 501.
- Haucap, J. and Wey, C. (2004), *Unionisation structures and innovation incentives*. *The Economic Journal*, 114: C149–C165

Ichino, P. (2013a), *Rappresentanza sindacale: una cornice per il pluralismo*, consultabile su <http://www.pietroichino.it/?p=27057>.

Ichino, P. (2013b), *Un commento a caldo alla sentenza della Consulta sulla rappresentanza sindacale in azienda*, consultabile su <http://www.pietroichino.it/?p=27426>.

Ichino, P. (2006), *Libertà e rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro*, consultabile su <http://archivio.pietroichino.it/saggi/view.asp?IDArticle=375>.

Katz, L. (1993), *The Decentralization of Collective Bargaining: A Literature Review and Comparative Analysis*, in *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 47, No. 1, pp. 3-22.

Leccese, V. (2012), *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 136, 4.

Liso, F. (2012), *Osservazioni sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 157.

Magnani, M. (2000), *La partecipazione cinquant'anni dopo: un commento alla Costituzione, in L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, n. 5, Milano, pp. 377-384.

Magnani, M. (2011), *"Gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali"*, in *Iustitia*, 2011, I, pp. 11-22.

Maresca, A. (2010) *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 29-63. Marongiu, M. V. (2014), *Le elezioni delle RSU: utilizzo del dato elettorale ai fini dell'accertamento della rappresentatività. L'esperienza applicativa nel pubblico impiego*, in F. Carinci (a cura di), *Il Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 26.

Moene, K. O. and M. Wallerstein (1997), "Pay Inequality," *Journal of Labor Economics*, University of Chicago Press, vol. 15(3), pages 403-30, July.

Musgrave (1990), "Horizontal Equity Once More", *National Tax Journal*, 43(2).

Oswald, A. J. (1985), "The Economic Theory of Trade Unions: An Introductory Survey", in *Scandinavian Journal of Economics*, 1985, vol. 87, issue 2, pages 160-93.

Perulli, A. e V. Speciale (2011), *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 132.

Pinelli, C. (2014), *Dal Protocollo d'Intesa del 31 maggio 2013 alla rilettura dell'art. 39 Cost.*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Vol. 141.

Prendergast, C. (1999), *The Provision of Incentives in Firms*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. No. 37, pp. 7-63.

Romagnoli, U. (2011), *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, consultabile su [www.dirittisocialiecittadinanza.org](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org).

Romagnoli, U. (2013), *La resurrezione del contratto nazionale*, consultabile su <http://www.egualianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1633>.

Scacco, A. C. (2011), *Articolo 8 della Manovra: è la vera riforma del lavoro?*, [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

- Scarpelli, F. (2011), *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 127.
- Sestito, P. (2012), *Alcuni commenti su tendenze generali e specificità italiane*, in *Stato e mercato* n. 94, aprile, pp. 91-102.
- Soskice, D. (1990) *Wage determination: the changing role of institutions in advanced industrialized countries*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 6: 36–61.
- Tiraboschi, M. (2012), *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello «Statuto dei lavori» di Marco Biagi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1.
- Traxler, F. (2003), "Bargaining (De) centralization, Macroeconomic Performance and Control over the Employment Relationship", *British Journal of Industrial Relations* Vol. 41, p. 1-27.
- Treu, T. (2012), *Modifiche in materia di contrattazione collettiva. L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana.
- Treu, T. (2011), *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione: gli accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *Rassegna sindacale*, n. 1.
- Tronti, L. (2005), *Protocollo di luglio e crescita economica: l'occasione perduta*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 2, 2005.
- Tronti, L. (2008), *Produttività del lavoro e crescita: il ruolo della distribuzione del reddito e del sistema contrattuale*, mimeo.
- Tronti, L. (2010), *The Italian Productivity Slowdown: The Role of the Bargaining Model*, in *International Journal of Manpower*, vol.31, n.7, pp.770-792
- Tursi, A. (2012), *L'articolo 19 dello Statuto, oggi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, pp. 439-466.
- Usai, G. (2013), *L'accordo sulla rappresentanza sindacale: un altro passo verso relazioni industriali "normali"*, in *Bollettino speciale ADAPT*, 7 giugno.
- Vallebona, A. (2011), *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 10.
- Visco, I. (1999), *Politica monetaria e inflazione in Italia, 1994-1996*, in N. Acocella, G. M. Rey e M. Tiberi (a cura di), *Saggi di politica economica in onore di Federico Caffè*, Milano, Franco Angeli, 1999, vol. 3, pp. 260-279.
- Zoppoli, A. (2014), *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 201.
- Zoppoli, L. (2014), *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 204.

Figure e Tavole

Figura 1

La distribuzione delle retribuzioni medie da CCNL: anni 2002 e 2012

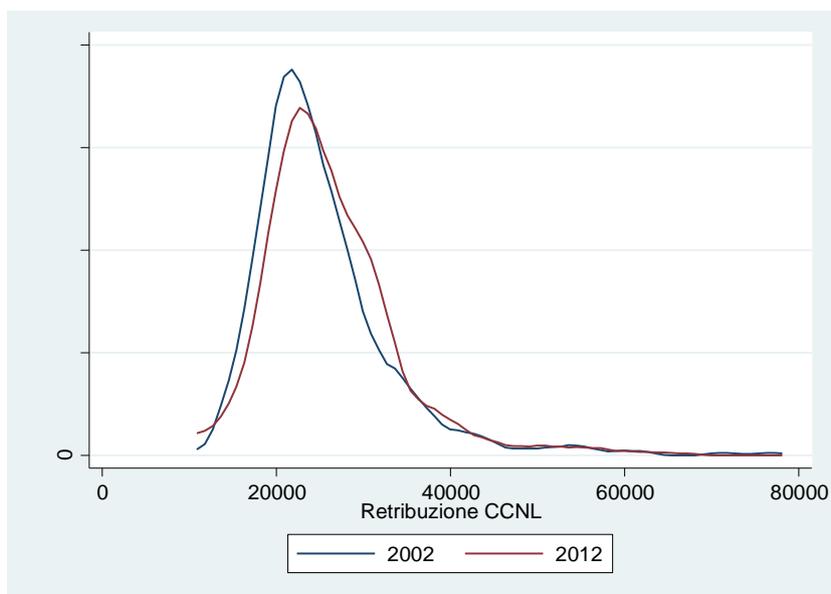
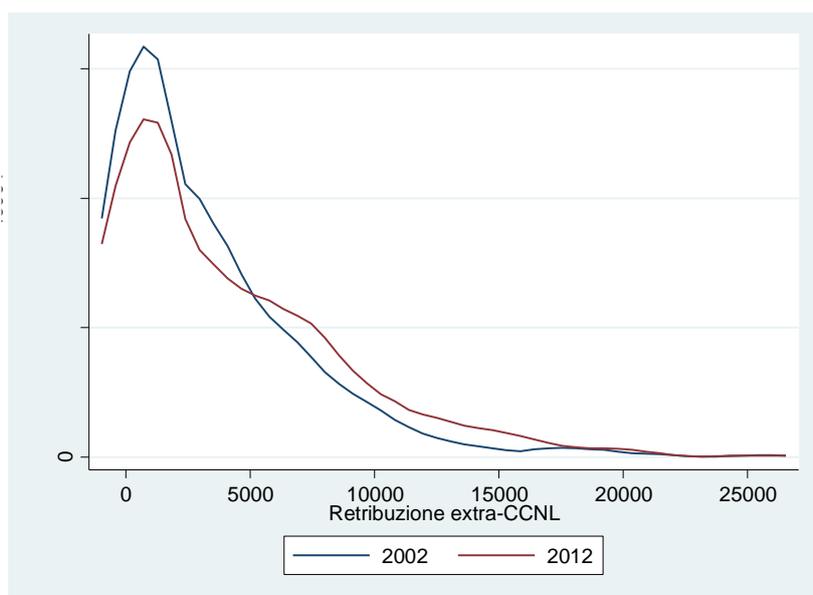


Figura 2

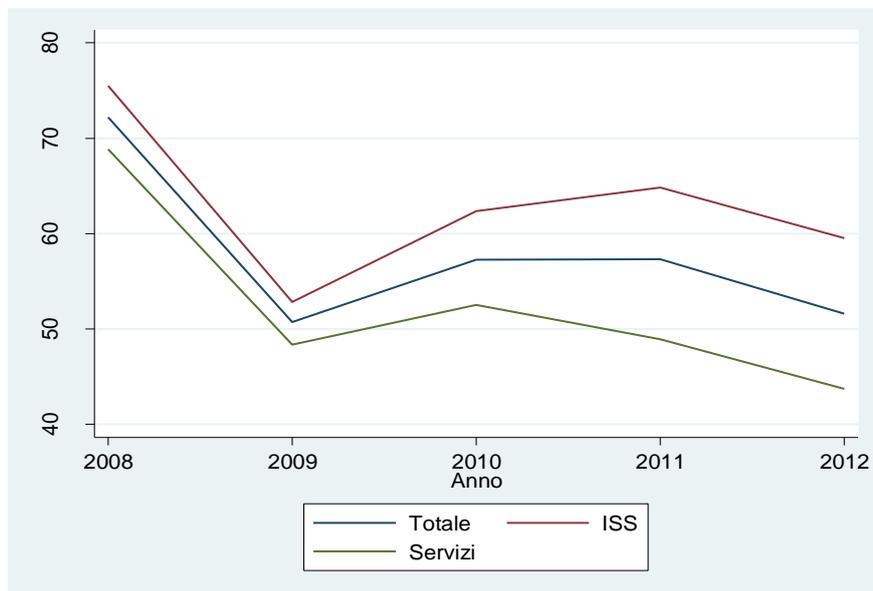
La distribuzione delle retribuzioni medie eccedenti il CCNL: anni 2002 e 2012



Valori espressi in euro 2013, stima non parametrica, elaborazioni su dati INVIND.

Figura 3

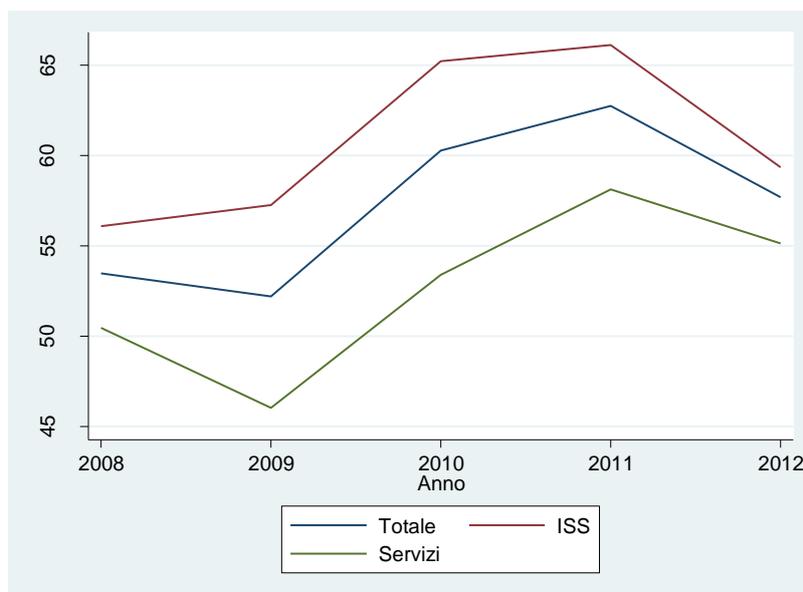
La percentuale di imprese che usufruiscono della detassazione sul salario di produttività



Anni 2008-2012

Figura 4

La percentuale dei lavoratori che usufruiscono di detassazione del salario di produttività



Anni 2008-2012; calcolato tra le sole imprese che beneficiano delle agevolazioni fiscali, elaborazioni su dati INVIND.

Tavola 1

La quota del salario eccedente i minimi da Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro sul totale della retribuzione (anni 2002 – 2012)

Valori espressi in punti percentuali

Categoria	Operai	Impiegati	Totale	Oss.
<b>Totale</b>	9,5	12,4	10,5	30726
<b>20-50 addetti</b>	9,2	11,6	9,7	12259
<b>50-200 addetti</b>	9,8	13,6	11,4	11383
<b>200+ addetti</b>	11,9	17,6	14,6	7084
<b>ISS</b>	9,2	13,8	11,1	22650
<b>Servizi</b>	10,1	10,9	9,7	8076

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Indagine sulle imprese industriali e dei servizi (INVIND).

Tavola 2

Diffusione della contrattazione aziendale integrativa, anno 2010

Valori espressi in punti percentuali

	Totale	Settore		Addetti			Sindacato	
		ISS	Servizi	20-50	50-200	200+	Si	No
<b>Contratto Aziendale (CA)</b>	21	24	18	13	35	55	25	3
<b>CA con modifica org</b>	2	1	2	1	3	7	2	0
<b>CA con partecipazione risultati</b>	15	18	11	9	26	40	18	2
<b>Osservazioni</b>	3510	2564	946	1338	1295	877	2991	519

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Indagine sulle imprese industriali e dei servizi (INVIND).

Tavola 3

Pratiche di gestione del personale ad alta *performance*, anno 2010

Valori espressi in punti percentuali

	Totale	Settore		Addetti		Cont. Aziend.	
		ISS	Servizi	50-200	200+	No	Si
<b>Lavoro di squadra</b>	34	38	30	32	46	28	43
<b>Retribuzione variabile dirigenti</b>	28	34	21	23	50	21	38
<b>Coinvolgimento gradi inferiori in decisioni</b>	37	38	35	35	43	32	43
<b>Osservazioni</b>	833	607	226	501	332	443	390

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Indagine sulle imprese industriali e dei servizi (INVIND).

**Tavola 4**  
**Modifiche introdotte in un campione di contratti decentrati, anni 2002 – 2009**

*Valori espressi in punti percentuali*

Settore	Meccanici	Chimici	Commercio
<b>Numero contratti (2002-2009)</b>	254	149	95
<i>Aspetti organizzativi</i>			
Cambiamento organizzativo	4	6	12
Innovazioni tecnologiche	1	1	0
Gestione degli organici	6	7	12
Orario contrattuale e sua distribuzione	22	7	26
Straordinario	7	4	7
Turni	23	7	11
Straordinario notturno	6	4	17
Riposo settimanale	3	2	7
Ferie e permessi	18	7	23
Flessibilità normativa e aspetti economici	18	9	17
<i>Aspetti economici</i>			
Retribuzione base	3	-	-
Anzianità	2	1	1
Mensilità extra	3	1	3
Superminimi e premio di produzione	20	8	20
Voci incentivanti (presenza, qualità)	55	58	51

Fonte: elaborazioni su dati CNEL, Raccolta campionaria sulla contrattazione decentrata nel settore privato.

**Tavola 5**  
**Giudizi sugli assetti contrattuali esistenti**

*Valori espressi in punti percentuali*

	Totale	Settore		Addetti			Cont. Aziend.		Osservazioni
		ISS	Servizi	20-50	50-200	200+	No	Si	
<i>Insoddisfazione assetti contrattuali</i>									
Anno 2011	33	33	32	31	34	41	30	44	1898
Anno 2012	30	29	30	27	34	45	-	-	2292
Anno 2013	30	30	30	27	36	46	-	-	2620
<i>Volontà utilizzare deroghe ex art 8</i>									
Anno 2011	17	18	17	16	18	25	14	29	1898
Anno 2012	14	13	15	12	17	27	-	-	2292
Anno 2013	12	10	13	8	17	27	-	-	2620

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi (vari anni).

**Tavola 6**  
**Ambiti di sviluppo per la contrattazione aziendale**

*Valori espressi in punti percentuali*

	Totale	Settore		Addetti		Cont. Aziend.	
		Servizi	ISS	50-200	200+	No	Si
Flessibilità oraria per occupazione	65	57	72	63	75	65	67
Flessibilità oraria per retribuzione	62	51	72	59	76	60	67
Flessibilità mansionistica per occupazione	55	48	64	54	67	55	60
Flessibilità mansionistica per retribuzione	54	47	63	53	68	53	60
Minori retribuzioni per occupazione	47	42	52	47	49	50	45
Osservazioni	817	228	569	471	326	440	357

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi (anno 2011).

**Tavola 7**  
**Motivazioni mancato interesse per articolo 8 – incertezza normativa**

*Valori espressi in punti percentuali*

	Totale	Settore		Addetti			Cont. Aziend.		Osservazioni
		ISS	Servizi	20-50	50-200	200+	No	Si	
<b>Anno 2011</b>	73	72	74	73	71	79	71	81	295
<b>Anno 2012</b>	79	80	79	82	73	78	-	-	384
<b>Anno 2013*</b>	87	85	88	87	86	89	-	-	479

Fonte: elaborazioni su dati Banca d'Italia, Sondaggio congiunturale sulle imprese industriali e dei servizi (vari anni);

\* I valori relativi all'anno 2013 sono solo parzialmente confrontabili con gli altri per via di una modifica alla domanda posta alle imprese.

## Appendice

**Tavola 1**  
**L'evoluzione recente del sistema di relazioni industriali italiano: principali elementi**

Interventi	Principali contenuti
<b>Protocollo, 23 luglio 1993</b>	<p>Per alcuni profili ancora vigente, conferma l'assetto su due livelli della contrattazione collettiva. Il CCNL ha un ruolo dominante rispetto al secondo livello, di cui definisce modalità e ambiti di applicazione.</p> <p>Il CCNL definisce il quadro normativo relativo all'utilizzo della manodopera e preserva il potere d'acquisto dei salari. Il secondo livello, gerarchicamente subordinato a quello nazionale, riguarda invece materie e istituti diversi e non ripetitivi – c.d. clausola di non ripetibilità – rispetto a quelli retributivi propri del CCNL, con il fine di introdurre eventuali aumenti salariali e modifiche organizzative. Attraverso clausole di rinvio, il CCNL può affidare al livello decentrato la regolamentazione-rinegoziazione di istituti o materie appannaggio del livello nazionale.</p>
<b>Accordo quadro, 22 maggio 2009</b> (CGIL dissenziente)	<p>Accordo di tipo sperimentale e di durata quadriennale. La vigenza dei contratti collettivi nazionali è riportata a tre anni sia per la parte normativa, sia per quella economica. Introduce nuove regole per il calcolo degli adeguamenti retributivi, determinati sulla base non più dell'inflazione programmata, ma dell'IPCA depurato della dinamica dei prezzi dei beni energetici importati. Alleggerisce contenuto e funzioni del CCNL, consentendo il raggiungimento di specifiche intese per governare direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico e occupazionale.</p>
<b>Accordo interconfederale, 28 giugno 2011</b>	<p>Amplia i margini entro i quali i contratti di secondo livello possono derogare – anche in senso peggiorativo – al CCNL, superando la c.d. clausola di non ripetibilità e ancorandoli al solo limite dell'obiettivo di conseguire una più efficace adesione alle esigenze degli specifici contesti produttivi. Tuttavia, preserva la centralità del CCNL, confermando che esso definisce i limiti e le procedure entro cui i contratti aziendali possono derogare alle</p>

	disposizioni previste dagli stessi CCNL. Stabilisce criteri in base ai quali i contratti collettivi aziendali sono efficaci per tutto il personale in forza.
<b>art. 8 DL 138, 13 agosto 2011</b>	Introduce la possibilità di siglare contratti aziendali che possono derogare sia al CCNL sia alla legge. Le intese hanno efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, purché siano sottoscritte – sulla base di un criterio maggioritario – dalle associazioni dei lavoratori più rappresentative.
<b>Intesa sulla produttività, 21 novembre 2012 (CGIL dissenziente)</b>	I contratti collettivi nazionali possono definire una quota dell'aumento concesso a livello nazionale ("salario di produttività") che la contrattazione di secondo livello può collegare alla realizzazione di incrementi di produttività e redditività, beneficiando delle vigenti agevolazioni fiscali e contributive. Le parti si impegnano a dare seguito all'Accordo del 2011 e a definire gli aspetti regolamentari relativi a rappresentanza, rappresentatività, esigibilità.
<b>Accordo quadro territoriale, 24 aprile 2013</b>	Facilita accordi a livello territoriale che consentano anche alle imprese prive di rappresentanza aziendale di applicare ai propri dipendenti le agevolazioni previste a fronte di miglioramenti della produttività aziendale che conseguono a una diversa gestione degli orari.
<b>Intesa sulla rappresentanza, 31 maggio 2013</b>	Definisce criteri quantitativi per stabilire la legittimazione delle sigle sindacali alla contrattazione nazionale. Prevede meccanismi di approvazione a maggioranza per assicurare l'esigibilità generale dei CCNL. Si propone di valorizzare il ricorso alla RSU, prevedendo – tra le altre cose – un criterio esclusivamente proporzionale per la sua costituzione.
<b>Sentenza della Corte Co- stituzionale, 4 luglio 2013</b>	Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, dello Statuto dei Lavoratori, nella parte in cui non consentiva di costituire RSA anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, avessero comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.
<b>Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014</b>	Recepisce, unifica e armonizza i contenuti dell'accordo del 2011 e dell'Intesa sulla rappresentanza del 2013. In particolare: i) stabilisce le modalità per la misurazione dei dati associativi; ii) adegua la disciplina delle RSU, in precedenza dettata dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, ai principi individuati dall'Intesa sulla rappresentanza del 2013.

## Tavola 2

### Evoluzione degli incentivi contributivi e fiscali per il secondo livello di contrattazione

<b>D.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito dalla l. 23 maggio 1997, n. 135 (art. 2)</b>	Introduce la decontribuzione automatica per incrementi retributivi introdotti dal secondo livello di contrattazione (legati alla produttività), entro il limite massimo del 3% della retribuzione contrattuale percepita, nell'anno solare di riferimento, dai lavoratori che ne godevano; introduce un contributo di solidarietà pari al 10%.
<b>L. 24 dicembre 2007, n. 247 (art. 1, commi 67 e 68)</b>	Sostituisce il precedente regime con uno sgravio contributivo sulla retribuzione di secondo livello solo in via sperimentale per gli anni 2008, 2009 e 2010 e fruibile su richiesta: riduce

	di un quarto l'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro, sopprime quella a carico del lavoratore.
<b>D.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 126 (art. 2)</b>	Introduce, per un periodo limitato (1° luglio – 31 dicembre 2008), un regime di imposizione fiscale favorevole (aliquota unica al 10% sostitutiva di Irpef) per i compensi erogati a livello aziendale per lavoro straordinario e notturno e per quelli elargiti, sempre a livello aziendale, in relazione a incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa e altri elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico dell'impresa (c.d. <i>premi di produttività</i> ), che fino a quel momento erano soggetti all'imposizione ordinaria. La retribuzione detassabile massima è pari a 3.000 euro l'anno.
<b>D.l. 29 novembre 2008, convertito nella l. 28 gennaio 2009, n. 2 (art. 5)</b>	Proroga il regime di agevolazione fiscale relativo ai premi di produttività a tutto il 2009, estendendo l'ambito dei beneficiari.
<b>L. 23 dicembre 2009, n. 191 (art. 2, comma 156)</b>	Proroga il regime di agevolazione fiscale relativo ai premi di produttività a tutto il 2010.
<b>D.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122 (art. 53, cui è stata data attuazione con l'art. 1, comma 47, della l. 23 dicembre 2010, n. 220 – legge di stabilità 2011)</b>	Proroga gli incentivi contributivi e fiscali a tutto il 2011. Sarebbe escludere gli straordinari dalla detassazione: tuttavia, una successiva circolare interpretativa dell'Agenzia delle Entrate ricomprende nuovamente questi redditi nell'ambito della detassazione. La retribuzione detassabile massima è portata a 6.000 euro l'anno.
<b>D.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito nella l. 15 luglio 2011, n. 111 (art. 26)</b>	Proroga gli incentivi contributivi e fiscali a tutto il 2012.
<b>L. 28 giugno 2012, n. 92 (art. 4, comma 28)</b>	Rende permanente lo sgravio contributivo sui premi di risultato e di produttività, anche se ogni anno dovrà essere definito – sulla base delle risorse finanziarie disponibili – l'importo della retribuzione sulla quale sarà possibile applicare lo sgravio e la sua ripartizione tra accordi aziendali e accordi territoriali. Per il 2012 il d.M. 27 dicembre 2012 di attuazione ha confermato le stesse misure stabilite per il 2011, vale a dire uno sgravio sul premio pari al 2,25 per cento della retribuzione contrattuale percepita dal dipendente e una ripartizione delle risorse per il 62,5 per cento per la contrattazione aziendale e per il restante 37,5 per cento per la contrattazione territoriale (la dotazione complessiva è pari a 650 milioni di euro).
<b>L. 24 dicembre 2012, n. 228 – Legge di stabilità 2013 (l'art. 1, commi 481 e 482), cui è stata data attuazione con il d.P.C.M. 22 gennaio 2013</b>	Proroga le agevolazioni fiscali al 2014, ma – con un approccio più selettivo – ne limita l'ambito di applicazione ai redditi percepiti sulla base dell'andamento di indicatori quantitativi o in presenza di fattispecie definite che potenzino il livello o la flessibilità di utilizzo della manodopera.

## Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)\*

Cinzia De Marco

1. Premessa.	242
2. La contrarietà della disciplina speciale del personale della scuola pubblica ai principi espressi dalla direttiva 99/70.	242
3. La sanzione per la successione abusiva di contratti a tempo determinato: il regime differenziato tra lavoro pubblico e privato.	245
4. La galassia del precariato pubblico e i percorsi di stabilizzazione.	247
5. Il perdurare della violazione della direttiva: tipologia di rapporti e sanzioni applicabili.	250
6. Il post sentenza Mascolo.	251

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 243/2015

## 1. Premessa.

La recente decisione della Corte di Giustizia dello scorso 26 novembre interviene per l'ennesima volta sulla regolamentazione del contratto a tempo determinato nel settore del pubblico impiego, a seguito di domande pregiudiziali proposte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Corte Costituzionale<sup>740</sup> e dal Tribunale di Napoli. Le domande, in particolare, riguardavano la compatibilità con l'ordinamento comunitario, e, segnatamente con i principi contenuti nelle clausole 4 e 5 della direttiva 1999/70/Ce sul lavoro a tempo determinato, della normativa italiana concernente le cd. supplenze annuali assegnate, per sopperire alle variabili esigenze di organico, a docenti precari assunti con reiterati contratti a tempo determinato.

Si tratta, in effetti, di una sentenza annunciata; basti ricordare che già il 17 ottobre 2013 la Commissione europea, nelle osservazioni depositate in una delle cause (C-418/13) aveva sollevato forti perplessità sulla disciplina italiana, mettendo in evidenza come «il rinnovo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio ma al contrario, permanente e durevole, non è giustificato in base alla clausola 5, punto 1, lett a) dell'Accordo quadro, in quanto incompatibile con la premessa sulla quale si fonda l'Accordo quadro ossia che i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro». Del resto, tenuto conto dei precedenti relativi al personale precario di diversi paesi europei, l'esito era pressoché scontato<sup>741</sup>.

## 2. La contrarietà della disciplina speciale del personale della scuola pubblica ai principi espressi dalla direttiva 99/70.

La disciplina del conferimento degli incarichi di supplenza a termine è contenuta nell'art. 4 della l. n. 297/1994, (mod. dalla l. 124/1999) e nel decreto del Ministro della Pubblica Istruzione n. 131/2007, secondo cui i contratti a tempo determinato per il personale docente e tecnico amministrativo riguardano: a) le supplenze annuali su posti vacanti e disponibili in quanto privi di titolare; b) le supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche su posti non vacanti, ma

<sup>740</sup> Con l'ordinanza n. 207 del 18 luglio scorso, la Corte costituzionale è tornata, a distanza di cinque anni dalla nota ordinanza n. 103 del 2008, a effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La particolarità sta nella circostanza che i giudici della Consulta hanno effettuato il rinvio, non già, come la volta precedente in via principale ma nell'ambito di un ricorso di legittimità costituzionale in via incidentale, riconoscendo di essere anche in quella sede «giurisdizione nazionale». Cfr. B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

<sup>741</sup> C.giust. 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, in *RIDL*, 2006, 266, con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, C- giust. 4 luglio 2006, C- 212/04, *Adeneler*, *FI*, 2007, IV, 72, con nota di A. M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; C. giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino* e C-180/0, *Vassallo*, *RGL*, 2006, II, 601, con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di Giustizia*; C. giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-880/07, *Angelidaki*, *RGL*, 2009, 509, con nota di L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*; C. giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, *RGL*, 2009, II, 58, con nota di E. RAIMONDI *Il contratto a termine tra principi comunitari e interpretazioni nazionali*; C. giust. 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, *DRI* 2010, 1225, con nota di L. CORAZZA, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*; C. giust., ord., 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*, *FI*, 2011, IV, 69; C. giust. 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet* e 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). C. giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kücük*, *RIDL*, 2012, 747, con nota di A. RICCOBONO, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive e permanenti: prevenzione degli abusi e «discrezionalità vincolata» degli stati membri dopo la sentenza Küçük*.

egualmente disponibili (cd. organico di fatto); c) le supplenze temporanee (o brevi) per ogni altra necessità (in pratica per sostituire il personale di ruolo assente).

Questo complesso di lavoratori precari viene attinto dalle graduatorie permanenti – in cui sono confluite le graduatorie ad esaurimento (composte da docenti provvisti di abilitazione) e le graduatorie di merito (in cui sono collocati i docenti vincitori di concorso) - e, solo qualora queste siano esaurite, dalle graduatorie di istituto (che riguardano le supplenze temporanee). L'immissione in ruolo è poi collegata all'espletamento di future procedure concorsuali, nelle quali una quota del 50 per cento dei posti viene riservata ai soggetti inseriti nelle suddette graduatorie permanenti.

Sul vasto contenzioso instaurato da numerosi precari era intervenuta la Corte di Cassazione<sup>742</sup> che - considerata la specialità della normativa del comparto scuola - aveva ritenuto l'insussistenza dell'abuso del contratto a termine, rigettando non solo la domanda di conversione, ma ogni istanza di risarcimento danni.

Nella medesima sentenza, la Corte di legittimità aveva dichiarato la piena conformità della normativa nazionale con la clausola 5 dell'Accordo quadro, ritenendo trattarsi con ogni evidenza di un *acte claire* che non lasciava spazio ad alcun ragionevole dubbio sull'esegesi della direttiva 1999/70/CE.

La sentenza, tuttavia, a distanza di appena una settimana, veniva disattesa da un giudice di merito il quale affermava che, «in assenza ultradecennale di periodiche procedure concorsuali», il rinnovo dei contratti stipulati nel settore scolastico ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, l. n. 124/1999 non può considerarsi legittimo atteso il contrasto della norma con « la nozione di ragioni oggettive di carattere temporaneo e non permanente della clausola 5, n.1, lett. a dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato, nella costante interpretazione della Corte di Giustizia. In conseguenza, una lettura costituzionalmente orientata (art. 117, comma 1, Cost.) della normativa interna imponeva di individuare un parametro equitativo adeguato per punire l'abusivo ricorso ai contratti a termine delle pubbliche amministrazioni scolastiche»<sup>743</sup>.

La Corte di Giustizia si pronuncia solo per il personale scolastico statale inserito nelle graduatorie permanenti. Nei confronti del personale impiegato negli asili nido comunali, per i quali pure era stata sollevata la questione da parte del Tribunale di Napoli, la Corte di Giustizia dichiara la domanda di pronuncia pregiudiziale irricevibile sulla base di quanto affermato dal Tribunale remittente, secondo cui a questo personale – estraneo alla legislazione speciale- si applicherebbe il d. lgs. 368/2001, in particolare l'art. 5, comma 4 *bis*, con la conseguente trasformazione dei contratti da tempo determinato a tempo indeterminato. Sul punto occorre però precisare che l'art. 10 comma 4 *bis* del d. lgs 368/2001, per come modificato dall'art. 4, comma 4 *bis* del d.l. n. 54/2013, conv. nella l. n. 85/2013, include anche tale personale nella deroga all'applicazione del d. lgs. 368/2001.

La sentenza, accertata l'applicazione all'intero lavoro pubblico della direttiva comunitaria, all'obiezione del governo italiano che la materia delle scuole statali a causa della sua specialità

<sup>742</sup> Cass. 20 giugno 2012, n. 10127 MGL, 2012, 792 con nota di A. VALLEBONA, *I precari della scuola: la babele è finita*.

<sup>743</sup> Trib. Aquila 27 giugno 2012 LG, 2012,777, con nota di V.DE MICHELE, *IL tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*.

resta fuori dall'ambito di applicazione dell'Accordo quadro, precisa (punti 67-70) che questo deve applicarsi a tutte le ipotesi di contratto a tempo determinato, in quanto la facoltà di tenere conto delle esigenze relative a «settori di attività e categorie specifiche di lavoratori» contenuta nel comma 1 della clausola 5 dell'Accordo quadro, presuppone comunque l'applicazione della stessa direttiva (punto 70)<sup>744</sup>.

Partendo da questa premessa, la Corte (punti 91 e 95) perviene alla prima parziale conclusione che la disciplina speciale in questione, nella parte in cui prevede un percorso di stabilizzazione a tempo indeterminato attraverso l'immissione in ruolo del personale dopo l'espletamento di future procedure concorsuali, non è in astratto contraria all'Accordo quadro. E ciò in quanto il settore dell'insegnamento è caratterizzato da un'esigenza di particolare flessibilità, determinata dalla variabilità della popolazione studentesca, idonea a giustificare oggettivamente il ricorso a contratti a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica e per non esporre lo Stato a dover immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi.

La procedura indicata è tale secondo la Corte da costituire «ragione obiettiva» per individuare la scadenza dei contratti, e quindi soddisfa uno dei tre requisiti indicati per la prevenzione degli abusi nelle lettere a), (ragioni obiettive), b) (durata massima), e c) (numero dei rinnovi) della clausola 5.1. dell'Accordo quadro

L'incapacità del tracciato normativo di evitare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato stipulati in successione nasce dal fatto che il termine di immissione in ruolo è variabile e incerto, in quanto l'organizzazione delle procedure concorsuali dipende dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalle valutazioni discrezionali dell'Amministrazione (punto 105). Ciò però non consente di predeterminare un limite effettivo ai rinnovi dei contratti a tempo determinato («al numero di supplenze annuali effettuate da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante») e quindi fa sì che la successione di contratti soddisfi esigenze permanenti e durevoli e non già transitorie come impone la direttiva.

Non è, poi, conducente la difesa dello Stato italiano che giustifica l'incertezza del *dies ad quem* della trasformazione con esigenze di bilancio perché queste, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte<sup>745</sup>, «non costituiscono ... di per sé, un obiettivo» di politica sociale e quindi «non possono giustificare l'assenza di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5.1 dell'Accordo quadro» (punto 110).

Ritenuto che la disciplina non è coerente con le misure preventive di cui alla clausola 5 punto 1 dell'Accordo quadro, la Corte rileva la carenza di sanzioni per il ricorso abusivo alla successione dei contratti a tempo determinato. Osserva in primo luogo (punto 114) che non trova applicazione l'art. 36 comma 5 del d. lgs. 165/2001 in quanto il diritto al risarcimento del danno ivi previsto consegue alla «violazione di disposizioni imperative», violazione che non sussiste in quanto

<sup>744</sup> La stessa affermazione è contenuta in C. giust. 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Flamingo*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), al punto 39, in cui si legge che «conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nel quadro dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione».

<sup>745</sup> C. giust. 24 ottobre 2013, *Thiele Meneses*, in causa C-220/12, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), punto 43.

nel caso esaminato vi è stata la corretta applicazione della disciplina speciale, ed è questa a non considerare abusiva la successione dei contratti in attesa dello svolgimento delle procedure concorsuali.

In secondo luogo, la Corte prende atto che il settore della scuola è escluso dall'ambito di applicazione del d. lgs 368/2001 ai sensi dell'art. 10 comma 4 *bis*. E pertanto «l'unica possibilità per il lavoratore che abbia effettuato supplenze, ai sensi dell'art. 4 della legge 124/199, in una scuola statale, di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato successivi in un contratto o in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risiede nell'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria» (punto 116) collegato all'espletamento della procedura concorsuale. Ma poiché l'avveramento di questa condizione è aleatorio nei tempi e nel numero dei soggetti da stabilizzare, questo non può essere considerato «una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo al fine di garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'Accordo quadro» (punto 117). In conclusione la normativa nazionale, «da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, ... e, dall'altro non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato» (punto 120).

### 3. La sanzione per la successione abusiva di contratti a tempo determinato: il regime differenziato tra lavoro pubblico e privato.

La sentenza non individua l'adeguato regime sanzionatorio per contrastare gli abusi determinati dalla successione di contratti a tempo determinato nel settore della scuola e più in generale nel lavoro pubblico. Il problema deve essere affrontato richiamando i criteri espressi dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

In primo luogo occorre verificare se lavoro pubblico e lavoro privato siano settori da considerare equivalenti e quindi per entrambi debba essere previsto il medesimo tipo di sanzione. Non è qui in discussione l'applicazione della clausola 4 dell'Accordo quadro, che regola la parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, ma l'applicazione del più generale principio di parità tra situazioni che presentino le medesime caratteristiche, con specifico riferimento a gruppi di lavoratori di diversi settori produttivi. Tale principio è contenuto, in modo per la verità alquanto criptico, nel primo periodo della clausola 5 punto 1 (obbligo degli stati membri di introdurre norme equivalenti per la prevenzione degli abusi), ma esso va esteso anche alla parte seconda che riguarda il regime sanzionatorio. Al di là, comunque, di quanto espressamente previsto dalla direttiva, la nozione di norma equivalente è nozione di diritto comunitario<sup>746</sup>, nonché espressione del principio di uguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione. Da ciò consegue che le modalità di attuazione della clausola 5 in ordine alla prevenzione degli abusi e alla loro sanzione «non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna»<sup>747</sup>.

La Corte non effettua, però, autonomamente un giudizio sull'equivalenza delle disposizioni interne, ma ne rimette la valutazione al giudice del rinvio. A questo, pertanto, spetta il compito di

<sup>746</sup> *Angelikadi*, cit. punto 70.

<sup>747</sup> *Marrosu e Sardino*, cit. punto 52.

verificare se nel settore pubblico le misure sanzionatorie siano meno favorevoli di quelle previste nel settore privato e, nel caso affermativo, se la differenza di trattamento risulti giustificata dalle differenti caratteristiche ontologiche tra i due settori.

A tale riguardo, non è condivisibile l'opinione secondo cui a seguito del processo di privatizzazione l'ordinamento sia pervenuto ad una completa parificazione tra lavoro nell'impresa e lavoro nella pubblica amministrazione. In tale settore, infatti, pur essendo stati privatizzati i poteri con i quali la pubblica amministrazione organizza e gestisce il lavoro al suo interno, il rapporto di lavoro resta comunque in parte "funzionalizzato" all'interesse pubblico e quindi ai principi scolpiti nell'art. 97 della Costituzione. Ciò, in particolare, rileva nel momento genetico del rapporto, per il quale vige la regola generale del pubblico concorso affiancata da quella della predeterminazione della dotazione organica in funzione vuoi della garanzia di imparzialità della pubblica amministrazione, vuoi della sua efficienza e del controllo/contenimento della spesa pubblica (cfr. l'art. 97, comma 1, inserito dall'art. 2, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1). Se quest'ultimo esula dalle ragioni di «politica sociale» che secondo la Corte di Giustizia possono mitigare il principio di temporaneità<sup>748</sup> assurgendo a ragioni obiettive giustificatrici dei rinnovi dei contratti a tempo determinato, gli altri due principi, invece, legittimano il differente tipo di sanzione adottato dall'ordinamento interno nell'ipotesi di utilizzo abusivo della successione dei contratti a termine.

Facendo leva sulla perdurante specialità della disciplina del rapporto, la Corte Costituzionale<sup>749</sup> e la giurisprudenza di legittimità limitano la sanzione al risarcimento del danno<sup>750</sup>, in maniera conforme alla previsione contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165/2001. Anche la stessa Corte di Giustizia considera legittima l'esclusione del diritto alla conversione,<sup>751</sup> in quanto ritiene che l'Accordo quadro lasci agli stati membri margini di discrezionalità sulla scelta tra l'uno o l'altro strumento sanzionatorio, purché questo sia dissuasivo per l'amministrazione ed effettivo per il lavoratore, nonché, più in generale efficace per l'attuazione della direttiva stessa.

Quanto alla dissuasività, nell'ordinamento italiano essa viene individuata nella previsione, contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, di una serie di sanzioni a carico dei dirigenti che hanno effettuato l'assunzione illegittima, che consistono nella responsabilità dirigenziale e nella perdita della retribuzione di risultato, nonché, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave, nelle responsabilità patrimoniale ed erariale. Tali misure sono state ritenute adeguate dalla Cassazione<sup>752</sup> e dalla Corte di Giustizia<sup>753</sup>. Poco opportunamente, però, è stata eliminata la sanzione a

<sup>748</sup> Angelikadi, cit., punto 96.

<sup>749</sup> Corte cost., 3 marzo 1986 n. 40, in GC, 1986, 1253 e Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in GC, 2004, 2901, con nota di E. MENEGATTI, *La persistente «specialità» del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte Costituzionale*.

<sup>750</sup> Non mancano, tuttavia, pronunce che applicano la conversione del rapporto, nell'ambito della giurisprudenza di merito, cfr., ad esempio Trib. Napoli 16 giugno 2011, in LPA., 2011, 491, con nota di M. FERRETTI, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi "creativi" della giurisprudenza di merito*; Trib. Siena, 27 settembre 2010 e Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in RGL, 2011, 416, con nota di A. FEDERICI, *La conversione del rapporto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*.

<sup>751</sup> Adeneler, cit., punto 91; Marrosu e Sardino, cit., punti 44 e 57; Vassallo, cit., punti 33-42; Angelikadi, cit., punti 179-190; Affatato, cit., punto 38.

<sup>752</sup> Cass. 30 gennaio 2012, n. 392, in RIDL, 2012, II, 144, con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, D. Lgs. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*.

<sup>753</sup> Affatato, cit., punto 51

carico dell'amministrazione del divieto di procedere a nuove assunzioni per tre anni, che era stato introdotto dalla l. n. 244/2007 (art. 3 comma 79), e che, quindi, estendeva l'effetto dissuasivo anche all'organo di indirizzo politico-amministrativo.

Il nodo problematico più rilevante attiene all'effettività del risarcimento del danno. Su questo punto va segnalata l'evoluzione della giurisprudenza che, sollecitata dalla Corte di Giustizia<sup>754</sup>, ha di recente abbandonato il criterio tradizionale secondo cui il danno deve essere sempre provato (sia pure attraverso presunzioni) ai sensi dell'art. 1218 c.c.<sup>755</sup>, ed ha ritenuto che il diritto al risarcimento nasca *ex se*, (danno evento), quale automatica conseguenza sanzionatoria della violazione di norme imperative<sup>756</sup> e necessaria conformazione dell'ordinamento interno ai principi dell'Accordo quadro. Se quest'indirizzo si va consolidando presso i giudici di merito, la Cassazione sembra tuttavia ancora incerta tra l'una e l'altra strada<sup>757</sup>.

Resta comunque il fatto che, in assenza di puntuale indicazione del legislatore, il danno viene risarcito in via equitativa utilizzando le più svariate forme di forfetizzazione, tra cui quella che fa ricorso all'applicazione dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010<sup>758</sup>. L'operazione ermeneutica è ardita, in quanto l'innesto della norma nel settore del lavoro pubblico sembra escluso dalla lettera e dalle finalità della disposizione, che presuppone la conversione del contratto a tempo determinato<sup>759</sup>, ma essa consente di individuare nel diritto interno «una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo»<sup>760</sup>.

#### 4. La galassia del precariato pubblico e i percorsi di stabilizzazione.

L'indagine, a questo punto, deve spostarsi all'analisi dei diversi tipi di precariato nel nostro pubblico impiego.

Innanzitutto vanno esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva e, quindi, dalle misure di contrasto all'utilizzazione abusiva dei contratti a termine, i lavori socialmente utili presso amministrazioni pubbliche, in quanto questi non assumono la veste giuridica di rapporti di lavoro subordinato<sup>761</sup>, e svolgono una funzione di tipo assistenziale, ascrivibile all'area tutelata dall'art. 38

<sup>754</sup> C.giust. 12 dicembre 2013, *Papalia*, punto 34, in causa C-50/13, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*

<sup>755</sup> Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, cit.

<sup>756</sup> Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, Cass., 2 dicembre 2013, n. 26951, *RIDL*, 2014, 76, con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni QUOSQUE TANDEM ...*; Trib. Aquila 27 giugno 2012, cit.

<sup>757</sup> Da ultimo, per un ritorno alla regola tradizionale, vedi Cass. 31 luglio 2014, n. 17455, a quanto consta inedita.

<sup>758</sup> In tal senso Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, in *Giust. Civ. mass.*, 2013. Sulla retroattività di tale misura risarcitoria cfr. Corte cost. 3 maggio 2012, n. 112, in *MGL*, 2012, 869, con nota di M.C. DEGOLI, *Efficacia retroattiva dell'indennità onnicomprensiva per il termine illegittimo: conferma della legittimità costituzionale*.

<sup>759</sup> Cfr. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *ADL*, 2012, 637, con nota di M. MALIZIA, *La Corte costituzionale salva l'indennità forfetizzata: certezza e semplificazione versus effettività delle tutele*, secondo cui «lo Stato datore di lavoro pubblico ... non figura neppure tra i destinatari della disposizione censurata».

<sup>760</sup> Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, in *DRI*, 2013, 761, con nota di B. DE MOZZI, *Ancora sull'indennità forfetaria onnicomprensiva nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato dopo la l. n. 92/2012*.

<sup>761</sup> C. giust. 15 marzo 2012, *Sibilio*, C- 157/11, in *DRI*, 2012, 907, con nota di I. MARIMPIETRI, *Corte di giustizia e lavori socialmente utili: l'ambito applicativo dell'accordo-quadro e della direttiva 1999/70/CE*.

Cost.<sup>762</sup>.

Ciò, però, in astratto, perché in concreto occorre verificare quali siano le caratteristiche che assume la prestazione di lavoro e, quindi, la sussistenza o meno degli elementi caratterizzanti l'esistenza della subordinazione. Inoltre, qualora il caso concreto possa sussumersi nel tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., la sua esclusione sarebbe possibile soltanto ai sensi della clausola 2 punto 2 dell'Accordo quadro, secondo cui la facoltà di disapplicazione da parte degli stati membri è limitata ai «rapporti di formazione professionale iniziale di apprendistato» e ai «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici»<sup>763</sup>.

Restano parimenti fuori dal perimetro tracciato dalla direttiva le forme di collaborazione coordinata e continuativa (sempre che il programma negoziale o le modalità di svolgimento del rapporto non configurino il tipo del contratto subordinato) e i contratti di somministrazione di lavoro (artt. 7 e 36 del d. lgs. n. 165 del 2001)<sup>764</sup>.

L'applicazione dell'Accordo/Direttiva riguarda, dunque, il ricorso abusivo ai contratti a termine in senso stretto nel settore del lavoro pubblico; ed in esso va tenuta distinta l'ipotesi generale di utilizzo di tali contratti nei diversi comparti da quella più specifica del personale docente e tecnico amministrativo della scuola pubblica.

In ordine alla prima, com'è noto, le assunzioni successive a termine hanno costituito storicamente un vero e proprio sistema parallelo di reclutamento del personale, utilizzato per eludere il principio dell'accesso mediante concorso, il rispetto delle dotazioni organiche e i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica<sup>765</sup>. Si è così andato sviluppando nel tempo un precariato ipertrofico, che ha trovato la sua ragion d'essere in politiche clientelari anche al fine di garantire alla classe politica dominante un vasto bacino elettorale, alimentato dalla promessa di proroghe e stabilizzazioni piuttosto che determinato dalla necessità di assicurare l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il fenomeno già nel 2006 aveva assunto proporzioni ingovernabili tanto che, sotto la spinta delle organizzazioni sindacali, governo e parlamento decidono di porvi rimedio con le leggi n. 296/2006 e 244/2007 (leggi finanziarie per il 2007 e il 2008), operando in una duplice direzione: da un canto viene modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 prevedendosi che le pubbliche amministrazioni possano assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, e non possano avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente

<sup>762</sup> Cass. 7 luglio 2003, n. 10651, in *Gius*, 2004, 57.

<sup>763</sup> *Adeneler*, cit., punto 57.

<sup>764</sup> Per l'esclusione del lavoratore interinale cfr. Corte giust. 11 aprile 2013, *Oreste*, C – 290/2012, in *RGL*, 2013, 415, con nota di F. SIOTTO, *Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono»*.

<sup>765</sup> Cfr. A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133, a cura di A. BELLAVISTA – A. GARILLI – M. MARINELLI, Milano, 2009, 111 ss.

alle autonomie territoriali<sup>766</sup>, dall'altro introducendo una forma di sanatoria per i rapporti di durata triennale nel quinquennio antecedente alla data del 31 dicembre 2006, in deroga ai vincoli di bilancio e con procedure di valutazione/selezione semplificate e attivate previa modifica delle dotazioni organiche (art. 1, commi 417-419 e 513-558 l. 296/2006 e art. 3 commi 86-113 l. 244/2007).<sup>767</sup>

Tuttavia la crisi economico-finanziaria del Paese blocca il processo, e nel 2008 i piani di stabilizzazione vengono limitati all'interno degli stanziamenti ordinari, circoscrivendo l'assunzione dei precari in una misura percentuale ridotta del *turn over* (art. 66 d.l. n. 112/2008, conv. nella l. n. 133/2008). Un'ulteriore restrizione è prevista nel 2009 quando le procedure di stabilizzazione sono ricondotte nell'ordinario sistema di reclutamento concorsuale e si prevede soltanto la possibilità di una riserva di posti (in misura inferiore al 50 per cento) ed il riconoscimento di un punteggio preferenziale per i precari quale valorizzazione dell'esperienza professionale acquisita (art. 17, d.l. n. 78/2009 conv. nella l. n. 102/2009). Nel 2013, con il d.l. n. 101 conv. nella l. n. 125/2013, si dà la possibilità alle pubbliche amministrazioni di effettuare nuovi concorsi per il periodo 2014-2016, istituendo un complesso sistema di procedure, articolato su due tipi di reclutamento, ordinario e transitorio, con riserva di posti al 40 o al 50 per cento per i cd. precari storici e per quelli che hanno maturato negli ultimi cinque anni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge almeno tre anni di servizio<sup>768</sup>. Nel contempo, poiché si prevede che solo una parte degli oltre 120.000 precari impiegati (escluso il personale della scuola) possa essere stabilizzato, i contratti a termine vengono ulteriormente prorogati fino al 31 dicembre 2014; e una nuova proroga viene, poi, disposta con la legge di stabilità per il 2015. In ogni caso, l'indizione dei concorsi resta subordinata al rispetto del patto di stabilità interno (secondo cui la spesa del personale non deve essere pari o superiore il 40 per cento delle uscite correnti, sulla base di quanto indicato dall'art 76, comma 7, del dl. 112/2008) e alle dotazioni organiche delle singole amministrazioni.

Inoltre viene introdotta nell'art. 36 del d. lgs. 165/2001, al fine di prevenire ulteriori fenomeni di precariato, una disposizione che obbliga le amministrazioni le quali, per esigenze di carattere temporaneo o eccezionale, debbano far ricorso a personale straordinario, a utilizzare «i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato», in attesa che si possa procedere alla loro definitiva assunzione.

I vincoli posti alle amministrazioni per attivare le procedure concorsuali, senza dubbio non consentiranno l'assorbimento entro il 31 dicembre 2016 di tutto il personale precario. Le maggiori difficoltà all'applicazione della legge si riscontrano nel mezzogiorno d'Italia dove quasi tutti gli enti locali, presso i quali si annida la fetta più consistente di contratti a tempo determinato, hanno sfiorato i limiti derivanti dal patto di stabilità. Il fenomeno è particolarmente vistoso ad esempio in Sicilia, in cui i precari superano le 22.000 unità, e ciò ha costretto il legislatore ad inserire (con la l. n. 147/2013) nell'art. 4, comma 9 *bis* del citato decreto 101 del 2013, un capoverso con il quale è autorizzata la deroga ai vincoli al fine di consentire la proroga dei contratti a tempo determinato al 31 dicembre 2014, ed una ulteriore deroga sarà inserita nella legge di stabilità per il

<sup>766</sup> Successivamente sostituito dall'art. 49 del d.l. 112/2008 conv. nella l. 133/2008 e modificato dall'art. 4 comma 1 del d.l. 101/2013 conv. nella l.n. 125/2013.

<sup>767</sup> Cfr. B. CARUSO, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *LPA*, 2008, 221.

<sup>768</sup> Cfr. B. GAGLIARDI, *La conversione del «Decreto D'Alia» e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giorn dir. amm.*, 2013, 347.

2015.

### 5. Il perdurare della violazione della direttiva: tipologia di rapporti e sanzioni applicabili.

Questa breve rassegna della confusa disciplina del precariato pubblico e le incertezze sull'effettiva stabilizzazione dei lavoratori utilizzati con contratto a tempo determinato, conduce a ritenere che, seguendo il tracciato indicato dalla Corte di Giustizia, risulti, anche per il futuro, evidente la violazione da parte dello Stato italiano della direttiva 1999/70/Ce. Infatti il termine finale del 31.12.2016, previsto dal d.l. n. 101/2013, non costituisce affatto una circostanza precisa e concreta e quindi, per dirla con la Corte, comporta il rischio reale di determinare un ricorso abusivo ai rapporti a tempo determinato (punti 87-88). Con la conseguente applicazione della sanzione del risarcimento del danno, risultando non consentita la trasformazione dei rapporti cui osta il principio costituzionale sopra richiamato dell'accesso agli impieghi della pubblica amministrazione mediante concorso.

Deve, però, precisarsi che la p.a. è tenuta ad osservare la durata massima totale di trentasei mesi di tale tipo di rapporti anche nel caso in cui utilizzi, in attesa di definitiva assunzione, coloro che si siano utilmente collocati nelle graduatorie relative ai concorsi a tempo indeterminato. Solo per costoro, nell'ipotesi di sfioramento della durata massima si potrebbe ipotizzare la conversione del contratto sulla base del ricordato principio di equivalenza.

Inoltre, nelle ipotesi di trasformazione a tempo indeterminato, tutti i periodi di lavoro svolti prima dell'assunzione definitiva dovranno essere presi in considerazione per determinare l'anzianità di servizio<sup>769</sup>.

Sembra improbabile che il legislatore nazionale possa, perdurando le situazioni di crisi economico-finanziaria, risolvere definitivamente in tempi brevi questo formidabile problema; sicché appare opportuno che si intervenga, nel caso di superamento della durata «di trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro» (art. 5, comma 4bis, d. lgs. n. 368/2001, che trova applicazione nel lavoro pubblico ai sensi dell'art. 36, comma 5 ter del d. lgs. n. 165/2001), predeterminando l'indennità da corrispondere in funzione risarcitoria in una misura che tenga conto della durata dei contratti abusivi e che sia sufficientemente effettiva e dissuasiva per garantire la piena efficacia della direttiva<sup>770</sup>.

In caso contrario c'è da augurarsi che la Corte di Cassazione superi definitivamente il principio dell'onere della prova perché, come detto, contrario all'*acquis communautaire*, e individui un'indennità forfetizzata e onnicomprensiva per i danni causati dall'illegittima successione dei contratti.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi per il precariato della scuola pubblica, in cui a titolo di

<sup>769</sup> Corte giust. 18 ottobre 2012, *Valenza*, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, in *DRI*, 2012, 1189, con nota di D. COSTA, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei; la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*.

<sup>770</sup> Corte giust., 12 dicembre 2013, *Papalia*, C- 50/13, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*.

risarcimento del danno una delle prime sentenze depositate dopo l'intervento della Corte di Giustizia riconosce al personale supplente, sulla base del principio di parità di trattamento di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro, gli scatti di anzianità, la retribuzione per i periodi di *vacatio* estiva e nel caso di messa in mora dell'amministrazione scolastica, la tredicesima mensilità e l'indennità sostitutiva delle ferie e dei permessi<sup>771</sup>.

È dubbio, ad avviso di chi scrive, che ai precari della scuola sia richiesto per comminare la sanzione il superamento del triennio di rapporti a tempo determinato, in quanto, per espressa disposizione (cfr. art. 10, comma 4 *bis*) il d. lgs. n. 368/2001 esclude dal suo ambito di applicazione tale comparto. A meno che non si pervenga ad una declaratoria di illegittimità costituzionale di quest'ultima norma, ancora tuttavia non rimessa al giudizio di legittimità della Corte Costituzionale, la quale, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, dovrà pronunciarsi, secondo le ordinanze di rimessione dei tribunali di Roma e di Lamezia Terme, sulla sola legittimità dell'art. 4, commi 1 e 11, della l. n. 124/1999.<sup>772</sup>

Inoltre anche per tale settore si può discutere se vada applicata la sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato esclusivamente nei confronti del personale inserito nelle graduatorie permanenti quale vincitore di concorso.

Nel tentativo di arginare gli effetti della sentenza, il cui esito era, come detto, scontato, il Governo, ha previsto nel disegno di legge di stabilità per il 2015 nell'ambito del piano «La buona scuola», l'istituzione di un fondo destinato, tra l'altro, all'assunzione di circa 150.000 docenti da effettuarsi tra il 2015 e il 2016. Tuttavia questo intervento non è sufficiente a paralizzare gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia in quanto, anzitutto, per il principio di irretroattività (della legge) non potranno sanarsi gli effetti della nullità (per violazione della direttiva) dei rapporti costituiti prima dell'entrata in vigore della legge, e in secondo luogo perché l'operazione è solo parziale non garantendo la stabilizzazione di tutti i docenti e restando del tutto esclusa quella del personale tecnico-amministrativo.

Va peraltro segnalato che un freno alle azioni giudiziarie è contenuto nell'art. 32, comma 3, della l. n. 183/2010, nel testo modificato dall'art. 1, comma 11, della l. n. 92/2012, secondo cui il soggetto interessato deve impugnare la nullità del termine apposto al contratto entro 120 giorni dalla cessazione del rapporto e depositare il ricorso davanti al tribunale nei successivi 180 giorni<sup>773</sup>. Tutto ciò, beninteso, con la precisazione che per i contratti che si sono susseguiti senza soluzione di continuità o con interruzioni inferiori a 120 giorni, questi termini decadenziali decorrono dalla cessazione definitiva del rapporto di lavoro.

## 6. Il post sentenza Mascolo.

In seguito alla decisione della Corte di Giustizia vanno segnalate due sentenze della Cassazione,

<sup>771</sup>Trib. Sciacca 3 dicembre 2014 in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com); cfr. anche Trib. Torino 5 dicembre 2014, inedita.

<sup>772</sup> Analogo interrogativo può porsi per il personale sanitario del servizio sanitario nazionale, anch'esso escluso dall'applicazione del d. lgs. n. 368/2001.

<sup>773</sup> Sulla legittimità della retroattività della norma cfr. Corte cost. 21 maggio 2014, n. 155, in *MGL*, 2014, 564, con nota di P. PIZZUTI, *Contratto a termine e decadenza retroattiva: non è leso il principio di parità di trattamento*.

emesse a distanza di una settimana fra loro, che pervengono a risultati non univoci e tre sentenze del Tribunale di Napoli.

La prima sentenza della Cassazione, infatti, del 23 dicembre 2014<sup>774</sup> in materia di sanità, richiamando implicitamente la sentenza *Mascolo*, e argomentando da quelle *Papalia* e *Carratù*, con un *obiter dictum*, ha affermato che in caso di superamento del periodo di trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis* del d. lgs. n. 368/2001 occorre rendere «effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato». Sembrerebbe di capire che tale affermazione sarebbe supportata dalla considerazione della difficoltà di fornire la prova del danno subito a causa dell'utilizzo abusivo da parte del datore di lavoro pubblico di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. La Corte, pertanto, esclude la possibilità di una lettura dell'art. 36 del d. lgs. n. 165/2001 conforme alle indicazioni della Corte di Giustizia, pervenendo a negare che il danno vada qualificato come automatica conseguenza della violazione della direttiva e quindi risarcito indipendentemente dalla prova della sua effettiva sussistenza.

A tale conclusione è pervenuto anche il giudice di Napoli, che aveva proposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 1999/70/Ce con riguardo al personale della scuola, dichiarando la costituzione del rapporto a tempo indeterminato e condannando l'amministrazione a corrispondere al lavoratore le retribuzioni maturate nei periodi di interruzione del rapporto nonché a ricostruire integralmente la sua carriera. Il giudice affrontando la questione del divieto di conversione *ex tunc* del contratto nullo nel settore pubblico previsto dall'art. 36 d.lgs. 365/200, effettua un singolare distinguo, e, con un'operazione giuridicamente alquanto discutibile, afferma che nell'ipotesi di superamento del periodo di trentasei mesi non si avrebbe la sanzione della conversione dell'ultimo contratto ritenuto nullo, vietata nel settore pubblico, ma la «costituzione» automatica di un rapporto «con presunzione *iusuris et de iure* di stabilità dell'esigenza» cui l'assunzione era preordinata. Si tratterebbe, dunque, di una «sanzione esterna al contratto», avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di rapporti a termine.<sup>775</sup>

Da ultimo la Cassazione, con sentenza del 30 dicembre 2014<sup>776</sup>, ha statuito che in materia di pubblico impiego, la reiterazione o la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato in violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori benché non può, in ogni caso, determinare la costituzione o la conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato, ma comporta il diritto del lavoratore al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 36, comma 5 del d.lgs. n. 165 del 2001. Tale norma va interpretata, (sebbene con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico), nel senso di «danno comunitario», quale sanzione a carico del datore di lavoro, per la cui liquidazione la Corte propone di utilizzare, quale parametro, il criterio indicato dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, e cioè l'indennità in alternativa alla riassunzione prevista, in caso di licenziamento illegittimo nel settore privato per i rapporti sorretti dalla tutela obbligatoria.

<sup>774</sup> Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

<sup>775</sup> Trib. Napoli 21 gennaio 2015, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).

<sup>776</sup> Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).

La Corte perviene a tale risultato ritenendo che non sia possibile applicare il risarcimento nella misura indicata dall'art. 32 della l. n. 183/2010 in quanto la norma «riguarda le diverse ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato» ed esclude, inoltre, il ricorso al criterio dell'indennità in luogo della reintegrazione di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori «anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha nessuna attinenza con il lavoro pubblico». Quest'ultima affermazione non è chiara in quanto è pacifico che l'art. 18 (nella versione di cui alla l. n. 108/1990 o in quella introdotta dalla l. n. 92/2012) è comunque applicabile a tale settore. Forse la Corte ha inteso negare il ricorso in via analogica alla norma in quanto questa prevedendo la reintegrazione non potrebbe essere accostata, relativamente al regime sanzionatorio, alle ipotesi di contratti a termine abusivi per i quali nel lavoro pubblico sarebbe escluso ogni ipotesi di stabilizzazione.

Mettendo a confronto le sentenze citate risulta palese che la questione dell'applicazione di misure sanzionatorie volte a reprimere l'abuso alla successione dei contratti a termine sia ancora controversa. Si spera, perciò, nella decisione della Corte costituzionale che dovrà pronunciarsi sul rinvio da parte della Corte di Giustizia, tuttavia poiché i tempi probabilmente, non saranno brevi, considerato che il componente redattore della sentenza è stato eletto alla più alta carica istituzionale, sarebbe auspicabile un'operazione di raccordo fra i vari collegi della Sezione lavoro della Cassazione, ovvero un pronunciamento delle Sezioni Unite al fine di evitare futuri contrasti di giudicato.

## Il salario minimo legale\*

Valerio Speziale

1. Scenario: legge delega e contesto sovranazionale.	255
2. Il peso dell'art. 36 della Costituzione.	257
3. I «settori non regolati dai contratti collettivi».	259
4. La determinazione del compenso orario.	262
5. Spunti conclusivi.	264
Riferimenti bibliografici.	265

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 244/2015

## 1. Scenario: legge delega e contesto sovranazionale.

L'idea di salario minimo legale può essere avvicinata a quella di un *diritto eguale* per situazioni e lavori diseguali. Come ci ha insegnato Gianni Garofalo<sup>777</sup>, bisogna prestare molta attenzione al fenomeno della eterogenesi dei fini in tema di eguaglianza e retribuzione. Strumenti giuridici ed economici, validi *ex se*, talvolta non ottengono gli obiettivi prefissati, anzi rischiano di marcare le distinzioni tra lavoratori e di consolidare le diseguali attitudini individuali e le capacità di rendimento. Il salario minimo<sup>778</sup>, per sua natura, consiste nell'applicazione di un'eguale misura, ma l'attività dei diversi lavoratori è misurabile con lo stesso metro retributivo solo se essi sono sottoposti ad un eguale punto di vista cioè soltanto se considerati secondo una classificazione determinata, tradizionalmente affidata al contratto collettivo nazionale di categoria e corretta, in via interpretativa, dalla giurisprudenza.

Il progetto legislativo del Governo Renzi, apprezzabile per lo sforzo di fornire una garanzia a settori non coperti da accordi collettivi, sembra ispirato ad uno stretto principio di proporzione tra il diritto dei prestatori ed il lavoro ma deve fare i conti con una cornice sociale ed economica sovranazionale molto articolata. Dal punto di vista tecnico, si può osservare che la lettera g) del comma 7 dell'art. 1, L. n. 183/2014 prevede la *«introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato nonché, fino al loro superamento, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»*.

L'Italia è uno dei pochi paesi europei a non avere una legge sul salario minimo, insieme a Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Norvegia e Svezia<sup>779</sup>.

Nell'Unione Europea<sup>780</sup> il contesto giuridico ed economico è caratterizzato da fenomeni specifici, quali il decentramento della contrattazione collettiva a livello aziendale<sup>781</sup> e la riduzione dei salari

<sup>777</sup> Sulle «ambiguità dell'eguaglianza», v. GAROFALO, 2004, 113 ss.; v. anche ID., 1981, 77 ss., intervento al Convegno Aidlass sui «Problemi giuridici della retribuzione».

<sup>778</sup> Un disegno di legge (n. 895/1954) per l'introduzione del salario minimo è stato presentato da DI VITTORIO e altri ne sono stati avanzati nel corso della II legislatura. Sull'opportunità dell'istituzione nel nostro ordinamento di un salario minimo, v. TREU, 1979, 94-97; ROCCELLA, 1983, 231 ss.; ID., 1986, 19-96; ZOPPOLI, 1996, 357 ss.

<sup>779</sup> MAGNANI, 2014, 2; BOERI, LUCIFORA, 2014, 1. Su tali aspetti si veda soprattutto LEONARDI, 2014, 188 ss.

<sup>780</sup> SCHULTEN, 2014, 1 ss., ora in ID., 2014, 35 ss.

<sup>781</sup> KEUNE, 2011, 233 ss.; DEAKIN, 2013, spec. 558 ss.

garantiti dei contratti nazionali<sup>782</sup>. Inoltre, le indicazioni europee in materia sono ispirate ai principi di austerità retributiva<sup>783</sup>, auspicando il «congelamento o taglio ai salari minimi» e la «deindicizzazione degli stessi»<sup>784</sup>. Il tutto in un ambito nel quale la retribuzione è considerata un «fattore di competitività dei costi» e non come prefigura l'ILO un «fondamentale *labour standard*», tale da rafforzare «l'uguaglianza retributiva e favorire l'inclusione sociale»<sup>785</sup>. La mancanza di una legge sul salario minimo nel nostro paese è connessa alla funzione svolta dalla giurisprudenza, che sin dagli anni '50, con una interpretazione dell'art. 36 Cost. quale disposizione immediatamente precettiva, ha stabilito che la retribuzione sufficiente deve essere identificata con i minimi salariali previsti dai contratti collettivi nazionali dei vari settori produttivi<sup>786</sup>, creando, in questo modo, «un equivalente funzionale del salario minimo legale proprio di altri ordinamenti»<sup>787</sup>.

La stessa giurisprudenza, come è noto, ha previsto deroghe a questa regola, consentendo al giudice, con adeguata motivazione, di discostarsi dalle disposizioni dei CCNL in relazione a condizioni locali del mercato del lavoro e del costo della vita, alle retribuzioni praticate nella zona, alle dimensioni delle imprese o al suo carattere artigianale o «per conto terzi»<sup>788</sup>. E si è rilevato, anche in questo caso, come sia in corso, negli ultimi anni, «un 'trend ribassista'»<sup>789</sup>, legato all'opera «correttiva» della giurisprudenza. La mancanza di una legge sul salario minimo non ha però impedito la generale estensione dei livelli retributivi dei contratti collettivi nazionali. I minimi salariali, infatti, sono applicati all'80% dei lavoratori dipendenti, mentre il 20% di quelli esclusi costituisce una media, con «picchi di oltre il 40% in agricoltura, 30% delle costruzioni, oltre il 20% delle attività artistiche, di intrattenimento e nei servizi di hotel e ristorazione»<sup>790</sup>. Inoltre, anche per l'effetto della crisi è presente un 16% di lavoratori dipendenti qualificati come *working poors*<sup>791</sup>. Si è osservato che in Italia vi sono già alcune forme di salario minimo previste in forma diretta o indiretta, come nel caso del socio lavoratore (art. 3, comma 1, L. n. 141/2001)<sup>792</sup>, dell'equo compenso

<sup>782</sup> MAGNANI, 2014, 2 ss.; GUARRIELLO, 2014, 2; BAVARO, 2014a, 1 ss.

<sup>783</sup> KEUNE, VANDAELE, 2013, 88 ss.

<sup>784</sup> GUARRIELLO, 2014, 1, che sottolinea come queste regole non sono imposte soltanto ai paesi in evidente crisi finanziaria sottoposti alle regole enunciate dalla *Troika* nei *Memoranda of Understandings*, ma anche a tutti gli altri Stati «attraverso le CSRs utilizzate dalla Commissione nel quadro del semestre europeo».

<sup>785</sup> GUARRIELLO, 2014, 2.

<sup>786</sup> Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a TREU, 1979, 77 ss. e, in tempi più recenti, a RICCI, 2012; LEONARDI, 2014, 190, 204-205; MAGNANI, 2014, 5 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche), GUARRIELLO, 2014, 1; SANTONI, 2014, 111.

<sup>787</sup> LEONARDI, 2014, 205.

<sup>788</sup> Si vedano gli aa. citati nella nota 10.

<sup>789</sup> GUARRIELLO, 2014, 2. In tal senso anche LEONARDI, 2014, 208; RICCI, 2012.

<sup>790</sup> GUARRIELLO, 2014, 3, con indicazione di ulteriori riferimenti bibliografici. Si vedano anche BOERI, LUCIFORA, 2014 1-2; LEONARDI, 2014, 195 ss., 205, 206.

<sup>791</sup> GUARRIELLO, 2014, 3, con riferimento ai lavoratori poco istruiti o scarsamente qualificati, ai giovani, alle donne, ai *part timers*, ai lavoratori a termine occupati in agricoltura e nei servizi, nel mezzogiorno o in piccole imprese. LEONARDI (2014, 195 ss.), tuttavia, individua i *working poors* in una percentuale del 12,4%. BOERI, LUCIFORA (2014, 2) rilevano come «circa il 13 per cento dei lavoratori risulta avere un salario orario lordo inferiore al minimo contrattuale e rilevante per il settore di appartenenza, con punte superiori al 30 per cento nelle costruzioni e in agricoltura».

<sup>792</sup> BELLAVISTA, 2014, 747.

dei giornalisti (L. n. 233/2012)<sup>793</sup> o dei collaboratori a progetto (v. *infra*) e dei lavoratori in distacco<sup>794</sup>. Tuttavia in queste ipotesi non vi è la predeterminazione esatta di un compenso orario, come previsto da tutte le normative europee, ma solo il rinvio ai minimi salariali dei contratti collettivi per i lavoratori equiparabili dal punto di vista delle prestazioni svolte. In questo caso, dunque, il meccanismo è parzialmente diverso, perché richiede un giudizio di comparazione dell'attività lavorativa che lascia margini di discrezionalità, del tutto assenti nel caso in cui il compenso orario è predeterminato in cifra fissa dalla legge.

## 2. Il peso dell'art. 36 della Costituzione.

Le organizzazioni sindacali sono fortemente contrarie ad una legge sul salario minimo per varie ragioni tutte comprensibili. La normativa sul compenso orario molto difficilmente potrebbe recepire i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi<sup>795</sup>. Questo recepimento, se effettuato con la determinazione della retribuzione e senza automatico rinvio ai contratti, non porrebbe comunque problemi di costituzionalità, sia perché, secondo la Corte, non esiste una riserva normativa in materia da parte delle OO.SS.<sup>796</sup>, sia perché non vi sarebbe un'estensione generalizzata dell'autonomia collettiva in violazione dell'art. 39 Cost., bensì un'autonoma determinazione del salario da parte dello Stato, che utilizzerebbe i CCNL soltanto come parametro. Tuttavia, le retribuzioni previste dai contratti collettivi sono mediamente superiori a quelle che, nelle varie realtà europee, caratterizzano il compenso minimo<sup>797</sup>. Pertanto, con quasi certezza, i compensi orari sarebbero inferiori a quelli contrattuali, penalizzando i lavoratori. Infatti, a fronte di una disciplina legislativa come quella indicata ed al meccanismo di estensione ai sensi dell'art. 36 Cost. utilizzato dalla giurisprudenza, è plausibile ritenere che il nuovo "salario sufficiente" verrebbe identificato in quello legale, riducendo quindi le somme rivendicabili da coloro che non hanno l'applicazione diretta del CCNL<sup>798</sup>. Oltre a danneggiare i lavoratori, la normativa sul salario minimo avrebbe un

<sup>793</sup> BELLAVISTA, 2014, 752.

<sup>794</sup> SANTONI, 2014, 112; MAGNANI, 2014, 8 ss.; GUARRIELLO, 2014, 2.

<sup>795</sup> Si rinvia all'analisi di LEONARDI, che rileva come i salari minimi legali si discostano in misura considerevole dalla media nazionale di quelli contrattuali. Tra l'altro, il nostro paese è quello dove il salario minimo orario, calcolato sulla media di quelli dei CCNL, è tra quelli più alti d'Europa (2014, 193-194). Sarebbe quindi assai difficile poterlo confermare per legge.

<sup>796</sup> Si vedano le sentenze della Corte cost. n. 106 del 1962, 120 del 1963, 60 e 101 del 1968. Si rinvia, sul punto, a TREU, 1979, 74; ZOPPOLI, 1994, 93 ss.; MAGNANI, 2014, 14, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>797</sup> Il salario minimo, infatti, è fissato in «4,48 euro in Spagna, circa 7,50 euro nel Regno Unito (6.31 sterline) fino agli 8,5 euro della Germania ed i 9,35 euro della Francia» (BOERI, LUCIFORA, 2014, 2). Sul punto si veda anche MAGNANI, 2014, 17 e LEONARDI, 2014, 192 (con dati riferiti anche ad altri paesi europei). Il 16 gennaio 2014, il Governo britannico si è impegnato ad aumentare il salario minimo, che entro il 2015 deve passare da 6.31 a 7 sterline (8,5 euro) all'ora. Tuttavia, il dibattito europeo sulla questione delle retribuzioni minime era già stato riaperto a novembre 2013 dalla Cancelliera tedesca Angela Merkel, la quale aveva dichiarato l'istituzione in Germania di un salario minimo orario a partire dal 1° gennaio 2015. Il 4 luglio 2014, il *Bundestag* ha approvato a larga maggioranza l'introduzione della soglia oraria minima (detta «rafforzamento dell'autonomia tariffaria») ma sono previste eccezioni e soluzioni transitorie per alcuni settori. Attualmente 21 dei 28 Stati che compongono l'Unione europea prevedono un salario minimo nazionale. Sono: Belgio, Bulgaria, Croazia, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Regno Unito, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Ungheria. Gli importi delle retribuzioni minime sono lordi, comprendono cioè le imposte sul reddito e i contributi di sicurezza sociale, e variano da paese a paese. Questi stipendi cambiano molto a seconda dello Stato: si passa da 220 euro in Romania a 1.462 in Irlanda, fino ai 1.502 in Belgio e ai 1.922 euro in Lussemburgo; si veda BUSILACCHI, LEONARDI, 2014, spec. 25 ss. e il rapporto di European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOUND), a cura di AUMAYR-PINTAR, 2015.

<sup>798</sup> Ed è questa la conclusione a cui giungono, ad es., SANTONI, 2014, 111-112, e BAVARO, 2014a, 3.

forte effetto di depotenziamento della contrattazione collettiva. L'ampia utilizzazione dei CCNL – che riguardano, come si è visto, l'80% dei lavoratori – è conseguenza della estensione generalizzata dei minimi salariali da parte della giurisprudenza<sup>799</sup>. Oggi, infatti, le imprese applicano spontaneamente il contratto collettivo anche se non sono iscritte alle associazioni sindacali stipulanti in quanto la mancata adesione ai sindacati non incide sulla possibile estensione dei minimi salariali ai sensi dell'art. 36 della Costituzione. Tra l'altro, in molti casi (anche se non tutti), questa situazione spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non soltanto le retribuzioni. E questo spiega perché il grado di applicazione dei contratti è ben superiore alla quota di imprese e di lavoratori iscritti alle rispettive associazioni sindacali stipulanti i CCNL<sup>800</sup>. L'introduzione di un salario minimo inferiore a quello previsto dai contratti collettivi determinerebbe una "fuga" degli imprenditori dalle rispettive associazioni sindacali, al fine di evitare il vincolo delle retribuzioni più elevate imposte dalla applicazione diretta dei CCNL. Inoltre, verrebbe meno l'effetto di "trascinamento" che spinge le imprese ad applicare l'intero contratto collettivo e non solo i salari. Per evitare queste conseguenze, i sindacati «dovranno accettare di abbassare il salario minimo contrattuale nazionale, avvicinandolo sempre più al salario minimo legale»<sup>801</sup>. In questo modo, tra l'altro, si realizzerebbe quel complessivo effetto di riduzione generalizzata delle retribuzioni quale fattore di competitività auspicato dall'Unione Europea, in un contesto di forte penalizzazione dei lavoratori in considerazione dei salari già non molto elevati – rispetto agli altri paesi europei – attualmente garantiti dai contratti collettivi nazionali. Da questo punto di vista, dunque, la riforma potrebbe avere effetti di profonda alterazione dei rapporti tra ordinamento statale e sindacale<sup>802</sup>, ridurre fortemente il ruolo delle OO.SS. e determinare un ulteriore impoverimento dei redditi. Tuttavia, la soluzione adottata dalla legge delega non sembra prefigurare questa situazione. La normativa sul compenso orario va applicata *«nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»*.

La disposizione è quindi assai chiara: essa non potrebbe incidere sui lavoratori a cui si applica il contratto collettivo, ma soltanto nei casi in cui i CCNL non sarebbero esistenti. Da questo punto di vista, la funzione dei minimi salariali dei contratti collettivi non cambierebbe. Essi continuerebbero, infatti, ad avere applicazione diretta per le imprese iscritte. Inoltre, anche in relazione alla funzione parametrica ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, nulla muterebbe. Se infatti il salario minimo legale non riguarda le categorie caratterizzate dalla presenza dei CCNL, è evidente che la giurisprudenza dovrebbe necessariamente continuare ad operare come sino ad oggi è accaduto. Non può infatti essere qualificato come salario "sufficiente" quello che non ha un'applicazione generalizzata a tutto il sistema produttivo, ma limitato soltanto alle situazioni in cui l'autonomia collettiva non è presente. Per tale ragione vi sarebbero due meccanismi di applicazione dell'art. 36 Cost. Il primo opererebbe nei confronti dei lavoratori operanti in contesti produttivi nei quali vi è il contratto collettivo, non utilizzabile in via diretta per i limiti di efficacia soggettiva. Il secondo

<sup>799</sup> Per alcune considerazioni critiche, v. LISO, 1998, 218-221.

<sup>800</sup> Infatti, a fronte di una applicazione dei minimi salariali dei contratti collettivi pari all'80%, il tasso di sindacalizzazione nazionale è del 35% (LEONARDI, 2014, 191).

<sup>801</sup> BAVARO, 2014a, 3.

<sup>802</sup> BAVARO, 2014a, 2 ss.

riguarderebbe invece i settori non regolati dall'autonomia collettiva e avrebbe come punto di riferimento il salario legale<sup>803</sup>. Questa situazione, tra l'altro, non determinerebbe neanche l'effetto di "fuga" dal contratto collettivo in precedenza descritto e le altre modificazioni essenziali nell'ordinamento intersindacale (compresa la rinegoziazione "a ribasso" dei minimi dei CCNL per adeguarli a quello definito per legge). Le imprese, in presenza di un sistema non modificato di applicazione parametrica dell'autonomia collettiva per la determinazione dei salari minimi, non avrebbero nessun interesse ad "uscire" dal sistema di relazioni industriali. Anche se operassero in tal modo, infatti, correrebbero il rischio di essere ugualmente soggette ai minimi retributivi previsti dai contratti ai sensi dell'art. 36<sup>804</sup>.

Vi sarebbe quindi un sistema "duale", caratterizzato in via prevalente dalla presenza dei contratti collettivi applicati in via diretta e parametrica in base alla norma costituzionale, ed un altro settore, minoritario, garantito dal salario minimo legale<sup>805</sup>. Va anche detto, peraltro, che i 440 contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi regolano i rapporti di lavoro nella quasi totalità delle attività produttive del nostro paese. Pertanto sarà difficile identificare i «settori non regolati dai contratti collettivi» a cui dovrebbe applicarsi il compenso orario legale. Il rischio, dunque, potrebbe essere quello di una concreta inapplicabilità della normativa di attuazione per carenza dell'oggetto da regolare. Comunque, se in effetti sarà possibile identificare queste particolari categorie di dipendenti in aree produttive prive dell'intervento dell'autonomia collettiva, il salario minimo potrebbe svolgere una funzione importante per i «lavoratori vulnerabili»<sup>806</sup>, riducendo i *working poors* e favorendo un processo di inclusione sociale<sup>807</sup>.

### 3. I «settori non regolati dai contratti collettivi».

La disposizione della legge delega, nella parte in cui non prevede un salario minimo legale per tutti i lavoratori ma solo per quelli operanti nei settori dove l'autonomia collettiva è assente, è stata criticata<sup>808</sup>. A fondamento di questa tesi si sottolineano le alte percentuali di lavoratori che

<sup>803</sup> Si è sostenuto che «non si può pensare di avere due diverse soglie di limite minimo di sufficienza retributiva di rango costituzionale» (BAVARO, 2014a, 3). Non vedo in realtà ostacoli in tal senso. L'art. 36 delinea un parametro, quello della sufficienza, la cui definizione è rimessa alla legge ordinaria o alla interpretazione giurisprudenziale. Nulla vieterebbe, ad esempio, che la fonte primaria differenziasse la sufficienza del salario in relazione a diversi profili (ad es. in relazione ai settori produttivi) purché il trattamento differenziato fosse ragionevole alla luce del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Non si comprende dunque perché la legge stessa non potrebbe limitare il suo intervento legislativo solo a settori non regolati dai ccnl, lasciando alla giurisprudenza la possibilità di definire, in via interpretativa, una soglia più elevata di retribuzione sufficiente, giustificata dal ruolo e dal rilievo costituzionale (art. 39 Cost.) dell'autonomia collettiva.

<sup>804</sup> Non potrebbe dunque esservi il rischio descritto da BAVARO (2014a, 3): «dato il nostro sistema giuridico nel quale si può liberamente applicare o non applicare un contratto collettivo (appunto perché privo di efficacia giuridica vincolante per tutti), è facile prevedere che un numero sempre maggiore di imprese potrebbero trovare più conveniente non applicare il salario previsto dal contratto nazionale più rappresentativo e limitarsi ad applicare il salario minimo legale». Questa convenienza, alla luce della permanenza del meccanismo previsto dall'art. 36 della Costituzione descritto, non sussisterebbe realmente.

<sup>805</sup> Tra l'altro, se questo salario fosse vicino o addirittura superiore a quello previsto dai contratti collettivi "pirata", un ulteriore effetto positivo sarebbe costituito dal disincentivo alla diffusione di questi CCNL.

<sup>806</sup> SANTONI, 2014, 112.

<sup>807</sup> Questi effetti si sono realizzati, ad esempio, in Gran Bretagna e Francia, con benefici estesi proprio a categorie "deboli" di lavoratori (*part timers*, giovani, immigrati) e scarsamente sindacalizzati (LEONARDI, 2014, 198 ss.).

<sup>808</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 1 ss.

percepiscono somme inferiori ai minimi contrattuali<sup>809</sup>, auspicando quindi una normativa di generale applicazione. In realtà questi autori non comprendono quali effetti destrutturanti, già descritti, potrebbe avere questa opzione. D'altra parte, nel sistema attuale, i lavoratori non pagati in base ai minimi dei CCNL avranno sempre la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenere, ai sensi dell'art. 36 Cost. l'adeguamento salariale in base a quanto previsto dall'autonomia collettiva. Mentre, qualora vi fosse il salario minimo legale generalizzato a tutti i lavoratori, se essi non fossero pagati nonostante l'entità più ridotta del compenso – ipotesi possibile in considerazione della crisi economica e della impossibilità per molte imprese di sopportare anche costi salariali modesti – potrebbero rivendicare solo questa retribuzione inferiore e non quella del CCNL di riferimento. Per questa categoria di «lavoratori vulnerabili», quindi, non vi sarebbe alcun concreto vantaggio. L'assetto scaturente dalla introduzione di una normativa sul compenso orario minimo può certamente essere quello descritto in considerazione della interpretazione della disposizione contenuta nella legge delega<sup>810</sup>. Tuttavia le conseguenze sarebbero completamente differenti qualora si assumesse una interpretazione della disposizione che, di fatto, attribuisse al salario minimo legale il valore di parametro generale di determinazione della retribuzione in tutti i casi in cui non vi fosse l'applicazione diretta del contratto collettivo. In questo caso, infatti, se il compenso orario diventasse "l'unica" retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost., si determinerebbero tutti gli effetti di depotenziamento della contrattazione collettiva e di alterazione del sistema di relazioni industriali già descritti in precedenza, oltre all'abbassamento generalizzato delle retribuzioni dei lavoratori. A mio giudizio questa possibilità è esclusa dalla formulazione letterale della disposizione contenuta nel comma 7, lettera g) dell'art. 1. Si parla infatti di una legislazione operante nei settori «*non regolati dai contratti collettivi*». Il termine utilizzato lascia chiaramente intendere che la normativa deve riguardare lavoratori per i quali non è previsto alcun contratto collettivo e non quelli ai quali il CCNL non si applica in via diretta per i noti limiti di efficacia soggettiva. Per avvalorare una diversa interpretazione, la legge avrebbe dovuto utilizzare parole differenti (come ad esempio «*in caso di mancata applicazione di contratti collettivi*» o altre analoghe). Tuttavia soltanto il decreto delegato potrà sgombrare ogni dubbio. E sarebbe opportuno che, proprio per evitare qualsiasi equivoco, la normativa specificasse come il parametro di riferimento per la retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 dove esistono i contratti collettivi continuerà ad essere costituito dal CCNL. Una simile disposizione, tra l'altro, non porrebbe alcun problema di costituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost. Infatti, la legge non attribuirebbe ai contratti collettivi efficacia *erga omnes*, con il "recepimento materiale" costituito dalla generalizzazione, tramite fonte primaria o secondaria, dei contenuti di contratti collettivi come nel caso della L. n. 741/1959. In questo caso, in attuazione dell'art. 36 Cost., si limiterebbe a definire il parametro di individuazione della retribuzione sufficiente, dove i contratti collettivi non diventerebbero essi stessi "legge" né verrebbero recepiti in un atto normativo, ma costituirebbero soltanto un criterio di valutazione del principio di "giusta retribuzione" previsto dalla Costituzione. Se questa chiarezza del decreto delegato non vi fosse, l'eventuale effetto positivo della tutela di lavoratori marginali oggi non garantiti dalla contrattazione collettiva sarebbe totalmente annullato dalla destrutturazione del sistema di relazioni industriali e dalla riduzione delle retribuzioni

<sup>809</sup> V. supra testo e nota 10.

<sup>810</sup> Sulla falsariga di una «purposive interpretation», in tal senso si veda DAVIDOV, 2009, 581 ss.

già descritte. Verrebbe quindi confermata la linea di «austerità salariale»<sup>811</sup> perseguita dall'Unione Europea che, a mio giudizio, non potrà che peggiorare complessivamente gli *standards* retributivi, già non molto elevati, dei lavoratori italiani<sup>812</sup>.

Il livello del salario minimo orario, che, con riferimento ai paesi europei, oscilla tra i 4,48 Euro della Spagna ai 9,35 della Francia è molto importante. Se, in linea generale l'esistenza di una retribuzione per legge non determina effetti negativi per l'occupazione e ha conseguenze positive su salari e redditi<sup>813</sup>, l'entità del compenso orario è molto importante perché se è troppo elevato può avere ricadute negative sui livelli occupazionali, particolarmente per i giovani ed i lavoratori meno qualificati<sup>814</sup>, e, comunque, può scoraggiare l'applicazione dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi<sup>815</sup>. Si è proposta una articolazione del salario minimo correlata alle aree geografiche, con riferimento al costo della vita<sup>816</sup>, con una tesi che richiama le "gabbie salariali" osteggiate dalle organizzazioni sindacali. A parte l'opportunità o meno di un simile intervento, che forse potrebbe avere effetti occupazionali positivi in aree economicamente depresse (ma la questione è controversa, a meno che l'entità della retribuzione non fosse individuata ad un livello assai ridotto), una simile proposta sembra essere assai discutibile in relazione al salario minimo legale. Se, come è facile immaginare, esso sarà meno elevato rispetto alle medie dei contratti collettivi e riferito ad aree produttive nelle quali vi sono lavoratori "marginali", l'entità del compenso si collocherà a livelli alquanto ridotti. Una riduzione ulteriore su base territoriale rischierebbe di rendere le retribuzioni del tutto irrisorie. D'altra parte, questa articolazione collegata al territorio sarebbe un «*unicum* nel panorama comparato» e renderebbe ancora più complessa la normativa, in relazione alla individuazione delle zone salariali<sup>817</sup>. Va anche detto, infine, che la differenziazione retributiva non è prevista nella legge delega e dedurla come criterio implicito è assai difficile, visto che la finalità della legge, in questo caso, è tutelare i lavoratori privi della applicazione, diretta ed indiretta, della contrattazione collettiva e non quella di una ulteriore articolazione su base territoriale della retribuzione minima legale<sup>818</sup>. Un discorso analogo può essere fatto per la differenziazione del salario in relazione all'età o ad altri requisiti soggettivi, escludendo, ad esempio, alcune categorie di lavoratori<sup>819</sup>. A parte i problemi connessi alla violazione dei principi in tema di discriminazioni dirette ed indirette, a me sembra che, anche in questo caso, la delega non preveda nulla in merito e non consenta, per le ragioni già spiegate, questo tipo di operazioni,

<sup>811</sup> RICCI, 2011, 641; BAVARO, 2014b, 74.

<sup>812</sup> Infatti, «i nostri salari contrattuali scontano da tempo ormai una delle peggiori dinamiche del mondo industrializzato, con grave perdita – nel lungo periodo – sia del loro potere di acquisto che della quota complessiva del reddito nazionale» (LEONARDI, 2014, 206).

<sup>813</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 2 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche). Cfr. anche LEONARDI, 2014, 198.

<sup>814</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 2, con ulteriori indicazioni bibliografiche; ICHINO, 2014, 1, con citazione di altri studi in materia; GUARRIELLO, 2014, 3.

<sup>815</sup> È questo, ad esempio, il caso della Francia, dove il salario minimo legale (Smic) è di 1.380,07 euro al mese, con un livello che «induce molti datori di lavoro ad attestarsi esclusivamente su questo livello minimo, a scapito degli ulteriori incrementi previsti dalla contrattazione collettiva» (LEONARDI, 2014, 200).

<sup>816</sup> ICHINO, 2014, 2, che riprende una sua opinione già in precedenza espressa (Id., 2010, 744).

<sup>817</sup> MAGNANI, 2014, 16-17. In tal senso anche LEONARDI, 2014, 197.

<sup>818</sup> Dunque, in questo caso, il "silenzio" del legislatore delegante non potrebbe assumere il ruolo che ha assunto nel resto della L. n. 183/2014.

<sup>819</sup> MAGNANI, 2014, 17-18.

previste in altri paesi<sup>820</sup>.

#### 4. La determinazione del compenso orario.

Per quanto riguarda le modalità di determinazione e l'aggiornamento dell'entità del compenso orario, si propone di introdurre meccanismi di indicizzazione automatica<sup>821</sup> o, al contrario, di stabilire «*meccanismi gradualmente e non automatici di adeguamento alla crescita di produttività e di prezzi, attraverso una commissione indipendente*»<sup>822</sup>, come accade in Francia, Gran Bretagna e Germania<sup>823</sup>. Il secondo metodo dovrebbe essere teoricamente quello più adeguato, per evitare aumenti automatici che potrebbero avere effetti inflazionistici più evidenti per il noto meccanismo delle “aspettative”, che spinge le imprese ad aumentare i prezzi poco prima dell'incremento salariale. Tuttavia, in questo caso la situazione potrebbe essere diversa. Innanzitutto, è molto difficile misurare la produttività<sup>824</sup> a livello nazionale, e, quindi, sarebbe assai complesso poter effettuare l'adattamento dei salari. Inoltre, in considerazione del fatto che le retribuzioni minime riguardano una quota limitata di lavoratori, l'effetto inflazionistico connesso all'aumento automatico del compenso orario sarebbe molto limitato. Dunque, anche un sistema di indicizzazione con cadenza periodica e basato su parametri oggettivi (ad esempio le variazioni dei prezzi accertate dall'Istat) potrebbe essere certamente adottato. In questo secondo caso la “Commissione indipendente” – se fosse istituita – avrebbe una funzione più ridotta di monitoraggio della situazione.

La legge delega, peraltro, non regola nessuno degli aspetti indicati (sistema di adeguamento del salario minimo e Commissione). Tuttavia, poiché si tratterebbe di istituti che sono direttamente finalizzati a garantire la *ratio* della normativa (aggiornare il compenso orario minimo che è diretto ad assicurare condizioni di vita dignitose a lavoratori marginali), il “silenzio” del legislatore delegante non dovrebbe impedire “al Governo di legiferare”, perché si tratterebbe di norme che non sono «in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega»<sup>825</sup>.

La determinazione del compenso orario legale verrà effettuata «*previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*». Non vi sarà dunque alcuna forma di negoziazione<sup>826</sup> o di concertazione<sup>827</sup>. Tra l'altro quest'ultima tecnica di regolazione è assai lontana dal Governo Renzi, che ha più volte manifestato lo scarso valore attribuito allo stesso dialogo con le organizzazioni sindacali, con incontri assai brevi finalizzati soltanto ad informarle delle attività dell'Esecutivo e senza possibilità di una effettiva interlocuzione o tanto meno riconoscendo la possibilità di una sfera d'influenza. La “consultazione” servirà soltanto a sondare

<sup>820</sup> Ad esempio nel Regno Unito vi sono soglie minime diverse collegate all'età ed in Germania sono escluse alcune categorie di lavoratori. Cfr. MAGNANI, 2014, 17.

<sup>821</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 2; v., in passato, il meccanismo istituito dalla L. n. 38/1986, descritto da ALLEVA, 1987, 3 ss.

<sup>822</sup> GUARRIELLO, 2014, 4.

<sup>823</sup> MAGNANI, 2014, 19; BOERI, LUCIFORA, 2014, 2.

<sup>824</sup> BARBIERI, 2013, 273 ss.; CELLA, 2013, 285 ss.; DELL'ARINGA, 2013, 293 ss.

<sup>825</sup> Le parole citate nel testo sono quelle della Corte Costituzionale.

<sup>826</sup> BAVARO, 2014a, 3.

<sup>827</sup> GUARRIELLO, 2014, 4.

quale sia l'opinione dei sindacati, ma la decisione sarà del tutto indipendente dalle opinioni da loro espresse.

Il salario minimo dovrà essere esteso «*fino al loro superamento*» anche «*ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*»<sup>828</sup>. Per quanto attiene al lavoro a progetto, dopo la riforma del 2012, il compenso deve essere determinato in base a parametri specifici (qualità e quantità del lavoro; natura della prestazione e del contratto; minimi previsti dalla contrattazione di settore eventualmente esistente), e comunque non può essere inferiore a quello previsto dai CCNL per i lavoratori subordinati equiparabili. Pur in presenza di una formulazione legislativa «contorta ed in parte contraddittoria»<sup>829</sup>, la finalità della legge è quella di evitare che il corrispettivo del collaboratore sia inferiore ai minimi inderogabili previsti da una (eventuale) contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi o, in mancanza, per i lavoratori subordinati<sup>830</sup>. La delega, anche in questo caso, riguarderà soltanto i settori non regolati dai contratti collettivi. Dunque, per il contratto a progetto (che peraltro dovrebbe essere abrogato) la disposizione implicherà una normativa di attuazione che modificherà in modo sostanziale l'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. In sostanza la norma attuativa introdurrà un compenso minimo che opererà in mancanza di una specifica contrattazione collettiva per i lavoratori a progetto<sup>831</sup>. Se essa non esiste, invece di determinare il corrispettivo orario alla luce dei CCNL dei lavoratori subordinati equiparabili, entrerà in vigore il compenso minimo legale, che, come per i dipendenti, sarà presumibilmente inferiore. Il risultato sarà, dunque, quello di una riduzione di tutele per i collaboratori a progetto, che oggi non possono avere corrispettivi inferiori a quelli dei lavoratori subordinati e che, domani, avranno invece la minore remunerazione prevista dalla legge. In questo caso, dunque, la norma non avrà una funzione di “inclusione sociale” e di estensione di garanzie economiche a lavoratori marginali, ma ridurrà le tutele oggi esistenti.

Per quanto riguarda gli altri contratti di collaborazione coordinata e continuativa – sempre che il Governo non intenda eliminare completamente questa forma di lavoro autonomo – la situazione è in parte diversa. In questi settori la contrattazione collettiva esiste soltanto per alcune categorie molto speciali (agenti e rappresentanti di commercio, medici convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale o con case di cura private, co.co.co. che operano presso cooperative o altri enti, o a favore di Organizzazioni Non Governative ecc.). In alcuni casi, come per gli Accordi Economici Collettivi degli agenti e rappresentanti, nulla viene stabilito per le remunerazioni<sup>832</sup>. In altri, al contrario, vengono fissate tariffe di vario genere, come nel caso del CCNL per la disciplina dei rapporti dei medici di medicina generale o per i pediatri convenzionati con Servizio Sanitario Na-

<sup>828</sup> GAROFALO, 2008, 31 ss., favorevole a forme di protezione salariale minima per le categorie di prestatori di lavoro autonomo che si trovino in condizioni di debolezza economica.

<sup>829</sup> FERRARO, 2013, 134. Si veda anche PINTO, 2013, 223, che parla di «sintassi errata».

<sup>830</sup> Cfr. gli autori citati nella nota precedente.

<sup>831</sup> Pertanto, il salario minimo non si applicherà, ad esempio, per i collaboratori a progetto dei *call center* operanti in regime di *out-bound* per i quali esiste il CCNL stipulato il 1° agosto 2013 tra Assotelecomunicazioni – ASSTEL, ASSOCONTACT e la SLC – CGIL, FISTEL CISL, UILCOM – UIL. Questo contratto collettivo, infatti, regola anche i trattamenti economici dei collaboratori (rinviando al minimo tabellare dei CCNL per i dipendenti del settore telecomunicazioni).

<sup>832</sup> Lo stesso può dirsi per i co.co.co. disciplinati dal CCNL sottoscritto l'8 aprile 1998 da varie organizzazioni sindacali (CNAI; UCICI; UNAPI; ANILF; ANTI; CISAL; SAPE) per lo svolgimento di prestazioni di lavoro parasubordinato presso aziende, cooperative od organismi in genere.

zionale o per i collaboratori delle Organizzazioni Non Governative (ONG). Quando la contrattazione collettiva di settore prevede i corrispettivi, il compenso orario minimo non si applicherà. In altri casi non potrà in concreto svolgere alcuna funzione, perché le remunerazioni vengono stabilite non su base oraria ma – come nel caso degli agenti di commercio – con percentuali provvisorie che cambiano a seconda dell'attività svolta e rispetto alle quali la predeterminazione di una somma in cifra fissa non è coerente con le pratiche commerciali esistenti. Il salario minimo potrà quindi essere operativo solo dove non esistono minimi contrattuali, svolgendo un'utile funzione di garanzia e purché non sia troppo elevato e tale da collocare fuori mercato le prestazioni svolte da questi collaboratori.

È stato opportunamente osservato che per i co.co.co. la mancanza di un orario di lavoro ben definito renderebbe il salario minimo legato all'ora facilmente aggirabile<sup>833</sup>. In queste ipotesi, pertanto, sarebbe opportuno stabilire minimi retributivi mensili la cui violazione determinerebbe la trasformazione di questi contratti in rapporti di lavoro subordinato<sup>834</sup>. A parte quest'ultimo aspetto, che non può essere realizzato perché completamente al di fuori della delega, la proposta è ragionevole proprio per l'assenza, in capo ai collaboratori autonomi, di tempi di lavoro esattamente predefiniti.

## 5. Spunti conclusivi.

La nuova normativa potrebbe essere inserita «*eventualmente anche in via sperimentale*». Si tratta di una previsione utile e da realizzare, in primo luogo perché la sperimentazione consentirebbe di valutare l'impatto della nuova normativa su una struttura così delicata come quella delle relazioni industriali e su un tema così "sensibile" come la fissazione dei minimi salariali. Inoltre si potrebbe verificare se, in realtà, la nuova disciplina non sia tale da determinare i (possibili) effetti destrutturanti del sistema già descritti, soprattutto in relazione al ruolo della giurisprudenza e della contrattazione collettiva. Il carattere sperimentale, inoltre, sarebbe a maggior ragione ancora più necessario qualora il Governo decidesse di non chiarire in modo esplicito che la nuova normativa sul compenso orario minimo non può costituire il salario sufficiente ai sensi dell'art. 36 della Costituzione valido per tutti i lavoratori subordinati a cui non si applichi direttamente la contrattazione collettiva. In questo caso, infatti, i possibili effetti negativi della riforma potrebbero essere ancora più accentuati ed il monitoraggio sarebbe quindi particolarmente utile<sup>835</sup>.

Il salario minimo legale, per il suo contenuto, può diventare una medaglia a due facce<sup>836</sup>. Le misure di sostegno al lavoro non devono necessariamente assumere l'opaca consistenza del livellamento delle retribuzioni e dei compensi. L'eguale diritto non deve apparire un *cliché* ma va utiliz-

<sup>833</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 2; GUARRIELLO, 2014, 4.

<sup>834</sup> BOERI, LUCIFORA, 2014, 2.

<sup>835</sup> La sperimentazione viene fortemente propugnata da ICHINO, 2014, 2, pur se al diverso scopo di testare gli effetti di salari differenziati su base territoriale. Sul punto v. anche GUARRIELLO, 2014, 3.

<sup>836</sup> MARTINI, 2014, 11, secondo cui: «Da una parte, in un mercato del lavoro e in un sistema di imprese tendente sempre più alla polverizzazione, può risultare efficace in funzione *antidumping*, definendo cioè una soglia sotto la quale nessuno può scendere. [...] Dall'altra, è fin troppo evidente che una siffatta misura, soprattutto se pensata in versione generalizzata all'intero mondo del lavoro, non potrebbe che definire una soglia molto bassa, traducendosi in una misura di sistematico abbassamento dei livelli medi salariali».

zato per evitare l'aumento della povertà lavorativa, garantendo qualità e dignità dei posti di lavoro<sup>837</sup>. È auspicabile che il buon proposito di incentivare una legislazione sui minimi salariali non si traduca in una «mossa del cavallo»<sup>838</sup>, tale da compromettere i già delicati assetti raggiunti in sede di negoziazione collettiva e da 'spiazzare' i prestatori di lavoro subordinato ed autonomo.

Il rischio è quello ben descritto nelle pagine del *Metello* di Pratolini – tanto caro a Gianni<sup>839</sup> – dove la lotta dura per l'aumento del salario e per un miglioramento delle condizioni di lavoro si conclude sì con una vittoria dei lavoratori, ma parziale, striminzita, tanto da lasciare nel protagonista stesso un velo di amarezza per il duro prezzo pagato.

### Riferimenti bibliografici.

ALLEVA P. (1987). (voce) *Automatismi salariali*, *Digesto IV*, Sez. Comm., II, p. 3 ss.

BUSILACCHI G., LEONARDI S. (2014). *Presentazione. Reddito minimo e salario minimo: le ragioni di attualità e interesse*, *QRS*, 4, p. 19 ss.

AUMAYR-PINTAR C. (2015). *Statutory minimum wages in 2015, EurWORK topical update - Pay - Q4 2014*, <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditions/eurwork-topical-update-pay-q4-2014-statutory-minimum-wages-in-2015>.

BARBIERI M. (2013). *Un accordo senza respiro*, *DLRI*, 2, p. 273 ss.

BAVARO V. (2014a). *Jobs Act – Il salario minimo e le relazioni industriali, Il diario del lavoro*, <http://ildiariodellavoro.it> (24 ottobre 2014), p. 1 ss.

BAVARO V. (2014b). *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, *QRS*, 4, p. 61 ss.

BELLAVISTA A. (2014). *Il salario minimo legale*, *DRI*, 3, p. 741 ss.

BOERI T., LUCIFORA C. (2014). *Salario minimo e legge delega*, *Lavoce.info*, 26 settembre 2014, <http://www.lavoceinfo.it>, p. 1 ss.

CELLA G.P. (2013). *Produttività e relazioni industriali*, *DLRI*, 2, p. 285 ss.

COMMISSIONE EUROPEA (2012). *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Verso una ripresa fonte di occupazione*. Bruxelles, 18 aprile 2012, COM(2012) 173 final.

DAVIDOV G., *A Purposive Interpretation of the National Minimum Wage Act*, *MLR*, v. 72, 4, p. 581 ss.

<sup>837</sup> Così, COMMISSIONE EUROPEA, 2012, 11, la quale aggiunge che: «L'impatto del salario minimo tanto sulla domanda quanto sull'offerta può variare notevolmente da uno Stato membro all'altro, in funzione del livello stabilito, delle altre politiche del mercato del lavoro e delle sue istituzioni. Deve essere possibile poter adeguare in misura sufficiente i minimi salariali, con il coinvolgimento delle parti sociali, per rispecchiare gli sviluppi economici globali. In tale contesto salari minimi differenziati, già d'applicazione in diversi Stati membri, possono essere un mezzo efficace per sostenere la domanda di manodopera». In senso favorevole, già MAGNANI, 2010, 791. Tra gli economisti, per una posizione più articolata che invoca investimenti nella formazione dei lavoratori, affinché il provvedimento non resti lettera morta e non realizzi un livellamento verso il basso, PIKETTY, 2013; *contra* HEYER, 2014.

<sup>838</sup> LASSANDARI, 2014, 49 ss.

<sup>839</sup> GAROFALO, 2007, 425 ss.

- DEAKIN S. (2013). *Labour Standards, Social Rights and the Market: «Inderogability» Reconsidered*, *DLRI*, 4, p. 549 ss.
- DELL'ARINGA (2013). *L'accordo sulla produttività: quali prospettive per competitività e salari?*, *DLRI*, 2, p. 293 ss.
- FERRARO G. (2013). *Il lavoro autonomo*. In: CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino: Giappichelli, p. 128 ss.
- GAROFALO M.G. (1981). Intervento. In: *Problemi giuridici della retribuzione. Atti delle giornate di studio di Riva del Garda, 19-20 aprile 1980*. Annuario di diritto del lavoro / Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Milano: Giuffrè, p. 77 ss.
- GAROFALO M.G. (2004). *Le ambiguità dell'eguaglianza*. In: CHIECO P. (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari: Cacucci, p. 113 ss.
- GAROFALO M.G. (2007). *Sul Metello di Vasco Pratolini*, *DLM*, 2, p. 425 ss.
- GAROFALO M.G. (2008). *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, *DLRI*, 1, p. 21 ss.
- GUARRIELLO F. (2014). *Intervento nel Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, Seminari di Bertinoro – Dialoghi di Diritto del Lavoro tra cielo e mare – X edizione 23 – 24 ottobre 2014, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- HEYER E. (2014). *Salair minimal en Europe: quels pays le mettent en place et pourquoi?*, Intervista di CAMUS E., *Le Monde*, 21 febbraio 2014, [http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/01/21/salaire-minimum-en-europe-quels-pays-le-mettent-en-place-et-pourquoi\\_4351831\\_3214.html#3ASOdq2LQUFJPvDW.99](http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/01/21/salaire-minimum-en-europe-quels-pays-le-mettent-en-place-et-pourquoi_4351831_3214.html#3ASOdq2LQUFJPvDW.99).
- ICHINO P. (2010). *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 Cost.*, *RIDL*, 4, I, p. 719 ss.
- ICHINO P. (2014). *Minimum wage: perché non piace ai sindacati*, <http://www.pietroichino.it>, 11 febbraio 2014, p. 1 ss.
- KEUNE M.J. (2011). *Decentralising wage setting in times of crisis? The regulation and use of wage-related derogation clauses in seven European countries*, *European Labour Law Journal*, 2(1), p. 86 ss.; tr. it. *Decentramento salariale: la regolamentazione e l'uso di clausole di deroga sui salari in sette paesi europei*. *DRI*, 2, p. 333 ss.
- KEUNE M.J., VANDAELE K. (2013). *Wage Regulation in the Private Sector: Moving Further Away from a Solidaristic Wage Policy*. In: ARROWSMITH, J., PULIGNANO, V. (Eds.), *The Transformation of Employment Relations in Europe: Institutions and Outcomes in the Age of Globalisation*, New York: Routledge, p. 88 ss.
- LASSANDARI A. (2014). *Il reddito, il salario e la «mossa del cavallo»*, *RDSS*, 1, p. 49 ss.
- LEONARDI S. (2014). *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, *LD*, 1, p. 185 ss.
- LISO F. (1998). *Autonomia collettiva e occupazione*, *DLRI*, 2, p. 191 ss.
- MAGNANI M. (2010). *Il salario minimo legale*, *RIDL*, 4, I, p. 769 ss.
- MAGNANI M. (2014). *Il primo biennio della legislatura. Contratti di lavoro. Salario minimo*, testo alleato agli Atti del Convegno Le politiche del lavoro del Governo Renzi, Seminari di Bertinoro –

Dialoghi di Diritto del Lavoro tra cielo e mare – X edizione 23 – 24 ottobre 2014, <http://www.meetingsandcommunication.it/bertinoro>, p. 1 ss.

MARTINI F. (2014). *Buone intenzioni o cattivi esiti? Tra salario minimo e rilancio della contrattazione*, QRS, 4, p. 7 ss.

PIKETTY T. (2013). *Le Capital au XXI siècle*, Paris: Editions du Seuil, tr. it. ARECCO S., (a cura di) (2014) *Il Capitale nel XXI secolo*, Milano: Bompiani.

PINTO V. (2013). *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*. In: CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro – Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari: Cacucci, p. 199 ss.

RICCI G. (2011). *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, LD, 4 p. 635 ss.

RICCI G. (2012). *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino: Giappichelli.

ROCELLA M. (1983). *Il salario minimo legale*, PD, 1983, 2, p. 231 ss.

ROCELLA M. (1986). *I salari*, Bologna: Il Mulino, spec. Cap. I su *La dimensione minima del salario. Il salario minimo legale*, pp. 19-96.

SANTONI F. (2014). *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*. In: CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, n. 32/2014, p. 97 ss.

SCHULTEN T. (2014). *Contours of a European Minimum Wage Policy*, Friedrich-Ebert-Stiftung | Dept. for Central and Eastern Europe, Berlin, p. 1 ss., <http://library.fes.de/pdf-files/id-moe/11008.pdf>, ora in ID. (2014), *I contorni di una politica europea sul salario minimo*, QRS, 4, 35 ss.

TREU T. (1979). *Sub art. 36*. In: BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, I, Bologna – Roma: Zanichelli – Il Foro Italiano, p. 72 ss.

ZOPPOLI L. (1994). *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*. In: CARUSO B., ZOLI C., ZOPPOLI L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, I, Napoli: Jovene, p. 131 ss.

ZOPPOLI L. (1996). *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, DLRI, p. 357 ss.

## Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto\*

Alessandro Garilli

1. Certezza del diritto e razionalità economica.	269
2. La tutela risarcitoria ridotta e i limiti al potere decisionale del giudice.	270
3. Gli strumenti per contenere il ricorso giurisdizionale. La revoca del licenziamento.	271
4. L'offerta di conciliazione: l'ambito soggettivo.	273
5. L'offerta nel sistema tedesco.	274
6. Offerta di conciliazione ed esclusione per i neo assunti del rito speciale introdotto dalla legge m. 92 del 2012. Problemi di legittimità costituzionale.	275
7. Profili di contrasto con il diritto dell'Unione Europea.	276
8. Sedi protette e applicazione dell'art. 2113 c.c.	277
9. Natura, contenuto e limiti dell'offerta. La retribuzione di riferimento.	278
10. La procedura.	281
11. Gli altri tentativi (obbligatorie) di conciliazione.	282
12. Considerazioni conclusive.	283

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 245/2015

## 1. Certezza del diritto e razionalità economica.

Uno degli aspetti più significativi delle innovazioni contenute nel decreto legislativo 4 marzo 2015, n.23, che regola il contratto di lavoro a tutele crescenti, consiste, a mio avviso, nell'aver portato a compimento quella linea di politica del diritto, avviata da più di un decennio, che intende sottrarre al processo la sua funzione tipica di tutela dei diritti e di mediazione dei conflitti in uno dei punti più sensibili della nostra materia, vale a dire la protezione del lavoratore di fronte al licenziamento illegittimo <sup>(840)</sup>.

Questo indirizzo ha, come noto, radici nelle elaborazioni giuridiche di teorie economiche (a forte caratterizzazione ideologica), che propugnano la sostituzione del controllo giudiziario con un filtro monetario, al fine di consentire la rottura del contratto mediante il pagamento di una somma predeterminata (firing o severance cost) <sup>(841)</sup>. La compensazione monetaria assurge, secondo questa specifica e discussa concezione della certezza del diritto, a regola generale che sostituisce il principio dell'esecuzione in forma specifica. Va da sé che se si assegna al diritto la funzione prioritaria di perseguire e garantire il principio di razionalità economica, la dimensione valoriale della stabilità del posto di lavoro esula da ogni considerazione sul piano dell'effettività della tutela, o quantomeno subisce una forte compressione, venendo circoscritta nell'ambito di una ristretta cerchia di diritti fondamentali <sup>(842)</sup>. Tra questi non viene più annoverata la tutela incondizionata del posto di lavoro (di fronte ad un licenziamento illegittimo), ma esclusivamente le ipotesi di discriminazione e quelle, assimilabili da un punto di vista assiologico, di lesione dell'onore del lavoratore. Solo in questi casi, secondo una lettura che ha tentato di razionalizzare il sistema sanzionatorio della legge n. 92 del 2012, la soddisfazione del lavoratore creditore non può essere limitata all'equivalente pecuniario ma deve trovare realizzazione nella reintegrazione nel posto di lavoro <sup>(843)</sup>.

Alla base di questa costruzione stanno considerazioni di politica economica che riguardano le (presunte) rigidità del mercato del lavoro italiano, il cui tessuto normativo risulterebbe incoerente

<sup>(840)</sup> Cfr., da ultimo, V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del Diritto ed effettività delle tutele*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona" .IT - 215/2014, spec. pag. 13 e segg.

<sup>(841)</sup> Questa teorizzazione, com'è noto, si deve in particolar modo a Pietro Ichino, che ormai da molti anni sostiene l'esportazione del modello economico *principal agent* nel diritto del lavoro, valorizzando l'apporto di quest'ultimo nell'interpretazione della disciplina dei licenziamenti per motivi economici. Sul punto, cfr. P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *Lav. dir.*, 1998, pag. 309, ss., ma già ID., *Il lavoro e il mercato*, 1996, pag. 125 ss. Più in generale, sui rapporti tra economia e diritto del lavoro, cfr. U. ROMAGNOLI, *Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2005, pag. 527; S. DEAKIN - F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 587; P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, *ivi*, 1999, pag. 547; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *ivi*, 2001, pag. 3; M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 990; C. FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 291 ss.

<sup>(842)</sup> Cfr. P. TULLINI, *Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, pag. 37 ss. Per una riflessione a più voce sulla dimensione valoriale della stabilità cfr. il volume a cura di M. V. BALLESTRERO, *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007, ed *ivi*, in particolare, i contributi di M. V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, P. ALBI, *Stabilità del posto di lavoro e accezione "debole" del rapporto di lavoro*.

<sup>(843)</sup> Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Milano, 2012, pag. 792 e segg.; P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, pag. 292 e segg.

con le esigenze di flessibilità dell'impresa e poco attrattivo di investimenti produttivi dall'estero. Non a caso nella legge delega, i principi e criteri direttivi sulla riforma delle tipologie contrattuali e sul nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (rectius, a tutela ridotta per il licenziamento illegittimo e con indennizzo crescente in relazione all'anzianità di servizio), piuttosto che indicare linee di carattere tecnico-giuridico, enfatizzano generici obiettivi di sviluppo economico ed occupazionale (v. l'art. 1, comma 7, dove si parla di coerenza delle forme contrattuali con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo, nazionale e internazionale, e dell'esigenza di rendere più conveniente il contratto a tempo indeterminato)<sup>(844)</sup>. Né vanno trascurate le pressioni provenienti dagli organismi europei e internazionali che, nel perseguimento di una politica economico-finanziaria depressiva della spesa pubblica, hanno ritenuto tra le cause della crisi che attanaglia il Paese una serie di disfunzioni sistemiche tra cui viene annoverata la rigidità del mercato del lavoro in generale e quella in uscita in particolare<sup>(845)</sup>.

A queste indicazioni si aggiunge la critica all'applicazione giurisprudenziale delle nozioni generali e delle sanzioni per il licenziamento illegittimo – esplicita sia nel d. lgs. n. 276 del 2003 sia soprattutto nella legge n. 183 del 2010 – che riguarda in ultima analisi il ruolo del giudice nella “dimensione del costituzionalismo contemporaneo”<sup>(846)</sup>, accompagnata dal refrain dell'eccesso ingovernabile del contenzioso e dalla necessità di introdurre misure deflative. Punto quest'ultimo di per sé condivisibile, ma non altrettanto può dirsi dei rimedi apprestati per contrastare il fenomeno: basti ricordare la farraginosità delle regole procedurali previste per il tentativo facoltativo davanti la commissione di conciliazione e l'eccesso di conseguenze negative sul processo previste nel caso di suo fallimento (comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio e della condanna alle spese), nonché la sottovalutazione del ruolo delle parti sociali nell'arbitrato irrituale, ravvisabile nella possibilità, senza la mediazione sindacale, di svincolare il lodo arbitrale dal rispetto non solo dei diritti di origine contrattual-collettiva, ma anche delle norme imperative di legge<sup>(847)</sup>. L'impressione generale che si trae da questi interventi è stata ben chiarita dal Messaggio del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010 di rinvio alle Camere, ai sensi dell'art. 74, comma 1, Cost., della legge trasmessa per la promulgazione il 3 marzo 2010 (che, con modifiche, verrà poi pubblicata con il n. 183 del 4 novembre 2010), nel quale si sottolinea criticamente che essi intendono conseguire per via traversa il risultato di deregolare il diritto del lavoro, valorizzando l'autonomia privata individuale, peraltro poco efficacemente assistita.

## 2. La tutela risarcitoria ridotta e i limiti al potere decisionale del giudice.

Nella riforma la discrezionalità del giudice è circoscritta alla fase relativa all'accertamento della legittimità del licenziamento e (con penetranti condizionamenti) alla qualificazione del vizio, ma

<sup>(844)</sup> Cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto II La legge delega sul mercato del lavoro*, in *Working Paper ADAPT*, 7 gennaio 2015, n. 168.

<sup>(845)</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di disciplina del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT*, n. 233/2014, pag. 5 e segg.

<sup>(846)</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, pag. 233 e segg.; B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, *ivi*, pag. 245 e segg.; O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico*, *ivi*, pag. 235 e seg. Il dibattito muove da un saggio di R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, *ivi*, 2012, pag. 461 e segg., seguito da MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Quale giudice del lavoro? (Replica a un saggio di Riccardo Del Punta)*, *ivi*, pag. 719 e segg.

<sup>(847)</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2011, pag. 399.

viene negata per la modulazione della sanzione: questa è infatti predeterminata in misura fissa dal legislatore in relazione all'anzianità di servizio, senza alcuna considerazione delle situazioni previste dall'art. 18 St. lav. (nel testo sostituito dalla legge n. 92 del 2012) e cioè il "numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti". È data così certezza al costo della separazione, sottraendo al giudice il potere di quantificare (con onere di specifica motivazione) l'indennità nell'ambito di una forbice.

Peraltro deve osservarsi che la quantificazione rigida si applica anche nei confronti dei datori di lavoro che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 18, oltre che alle organizzazioni di tendenza, in quanto la nuova disciplina è estesa ad entrambe le ipotesi (ma solo per la prima l'ammontare dell'indennità è dimezzato) <sup>(848)</sup>. E ciò, secondo alcuni, eccederebbe i limiti della delega <sup>(849)</sup>; questa però, nella parte in cui indica principi e criteri direttivi per la revisione della disciplina sul licenziamento da applicare al "contratto a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio", ha portata generale, poiché non contiene alcuna precisazione sull'ambito di applicazione <sup>(850)</sup>.

Coerente con il descritto indirizzo di politica del diritto sarebbe stata l'introduzione della clausola di opting out bilaterale, cioè la possibilità conferita al datore di lavoro, al di fuori dall'ipotesi di licenziamento discriminatorio, di sostituire la reintegrazione con un'indennità (in modo quindi simmetrico a quanto già previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e dagli art. 2, comma 3, e 3 comma 2 del disegno legislativo). Pare che qualcosa di simile era stata prevista nella prima bozza del decreto legislativo, dove la "trasformazione della reintegrazione in un'indennità di venti mensilità sarebbe automaticamente scattata dopo un determinato periodo di inottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione <sup>(851)</sup>. La contrarietà della minoranza del PD e dello stesso Presidente della Commissione lavoro della Camera ha comportato l'eliminazione della disposizione.

### 3. Gli strumenti per contenere il ricorso giurisdizionale. La revoca del licenziamento.

Entro i limiti del tema oggetto di indagine, che riguarda le tecniche di prevenzione del conflitto,

<sup>(848)</sup> Cfr., per un commento, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 236/2015.

<sup>(849)</sup> Cfr. L. MARIUCCI, *Jobs act, brutti doni natalizi*, in *www.eguaglianzaelibertà*, 26.12.2014. Dubbi di legittimità costituzionale possono invece sollevarsi nei confronti delle disposizioni che estendono il nuovo regime ai lavoratori già occupati presso datori di lavoro che superino le soglie di cui all'art. 18 St. lav. a seguito di assunzioni successive all'entrata in vigore del decreto, e ai casi (non presenti nello schema di decreto inviato alle Camere per i prescritti pareri) di conversione di contratti a tempo determinato e di apprendistato in contratti a tempo indeterminato, in quanto la delega limita la disciplina alle nuove assunzioni.

<sup>(850)</sup> Sul contratto a tutele crescenti cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, *ivi*, n. 213/2014; M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes* -, n. 3/2014; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660*, in *ADAPT Labour Studies e-Book Series*, n. 32/2014, pag. 124.

<sup>(851)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in *www.pietroichino.it*

vanno segnalati due strumenti che, pur essendo strutturalmente diversi, possono essere ricondotti nell'alveo delle misure che favoriscono il datore di lavoro, consentendogli un ulteriore contenimento del costo del licenziamento illegittimo.

Il primo, già introdotto nell'ordinamento dalla riforma attuata con la legge n. 92 del 2012, è rappresentato dalla revoca del licenziamento<sup>(852)</sup>. Il testo dell'art. 5 del decreto legislativo riproduce alla lettera il contenuto del comma 10 dell'art. 18 St. lav., con tecnica legislativa opinabile, ma coerente con l'impianto complessivo del decreto, che intende regolare in modo nettamente separato ed autonomo i licenziamenti per i neo assunti.

Si tratta di una disciplina speciale volta a favorire il c.d. ripensamento del datore di lavoro, il quale tardivamente e a seguito dell'impugnazione abbia preso contezza dell'illegittimità del licenziamento effettuato e quindi intenda revocarlo senza però incorrere nelle conseguenze dell'atto dannoso. Ciò non gli sarebbe consentito secondo l'ordinaria disciplina della revoca, considerata per diritto comune una mera proposta del datore di lavoro diretta alla ricostituzione ex nunc del rapporto, con la conseguenza che, anche se accettata, il lavoratore, che abbia impugnato in termini il licenziamento<sup>(853)</sup> avrà comunque diritto al risarcimento dei danni (in misura minima e tranne il caso in cui il rapporto non si sia interrotto<sup>(854)</sup>). In mancanza di accettazione, anche per fatti concludenti<sup>(855)</sup>, permane inoltre il diritto al pagamento, su richiesta del lavoratore, dell'indennità in luogo di reintegrazione<sup>(856)</sup>. La tutela del diritto già acquisito dal lavoratore all'applicazione delle sanzioni, in conseguenza del licenziamento di cui venga accertata successivamente l'illegittimità, viene meno con la nuova disciplina, che configura la revoca quale diritto potestativo (o forma di esercizio del potere datoriale) a cui il prestatore soggiace. Con la conseguenza che il rifiuto a riprendere il lavoro da parte di questi costituisce inadempimento contrattuale con applicazione di sanzioni disciplinari correlate alla sua gravità.

La norma prescrive che la revoca "effettuata" (rectius, portata a conoscenza del lavoratore) entro quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnazione del licenziamento comporta il ripristino del rapporto senza soluzione di continuità, con il diritto del lavoratore alla sola retribuzione maturata nel periodo precedente la revoca. Nel silenzio della disposizione si deve ritenere che non sia richiesta la forma scritta, in ragione dell'autonomia negoziale dell'atto rispetto al licenziamento<sup>(857)</sup>.

È stato efficacemente osservato<sup>(858)</sup> che la nuova fattispecie "consente al lavoratore che abbia intimato un licenziamento in qualche modo viziato di stare alla finestra e di vedere se il lavoratore intenda contestarlo o meno"; e solo in caso affermativo di esercitare il diritto potestativo alla

<sup>(852)</sup> Cfr., sul punto, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 547; I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in *Dir. Prat. Lav.*, suppl., n. 33/2012, pag. 77.

<sup>(853)</sup> Cass. 9 ottobre 2006, n. 21648, in *Guida al lav.*, 2006, fasc. 50, pag. 45.

<sup>(854)</sup> Cass. 1 luglio 2004, n. 12102, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, pag. 722.

<sup>(855)</sup> Cass. 10 maggio 2005, n. 9717, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, pag. 761.

<sup>(856)</sup> Cass. 3 gennaio 2011, n. 36, in *Guida al lav.*, 2011, fasc. 8, pag. 55; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3043, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, pag. 247, con nota di L. FRANCESCHINIS.

<sup>(857)</sup> Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, pag. 2314; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20901, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007,8, pag. 615, con nota di F. ROCCATO. *Contra*, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Torino, 2012, pag. 44.

<sup>(858)</sup> Cfr. C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 586.

revoca, con l'unica ripercussione di dovere corrispondere al lavoratore la retribuzione corrispondente a un periodo che non supera i settantacinque giorni, senza potere richiedere il risarcimento di ulteriori eventuali danni. Nel caso invece che la revoca sia tardiva, gli esiti saranno quelli di cui si è detto.

Nel regime vigente per i rapporti di lavoro costituiti in data anteriore al decreto legislativo, la revoca agevolata trova applicazione solo nell'ambito di riferimento dell'art. 18 St. lav. (che copre anche i licenziamenti collettivi), e pertanto restano esclusi i licenziamenti effettuati dai datori di lavoro sotto soglia, ad eccezione dei disciplinari o nulli e di quelli intimati senza l'osservanza della forma scritta. In effetti, l'obiettivo perseguito era di eliminare le conseguenze sanzionatorie collegate alla reintegrazione, particolarmente gravose per il datore di lavoro. Con l'art. 5 del d.lgs. n. 23 del 2015 la fattispecie è estesa anche ai datori di lavoro che non raggiungano le soglie stabilite dall'art. 18, conseguendo pertanto generali possibilità applicative. Ma sembra difficile pensare che essa sia ancora conveniente nel quadro dell'abbattimento delle tutele: basti pensare che nelle ipotesi di maggior ricorso alla revoca, e cioè quando il licenziamento è inficiato da vizi formali (carenza di motivazione) e relativi alla procedura di cui all'art. 7 St. lav., la condanna del datore di lavoro è ridotta ad una sola mensilità per ogni anno di servizio, con il limite minimo di due e massimo di dodici; e che tali importi sono dimezzati per le c.d. piccole imprese <sup>(859)</sup>.

#### 4. L'offerta di conciliazione: l'ambito soggettivo.

Ben altra rilevanza ha l'innovativo strumento di conciliazione concepito dal legislatore delegato all'art. 6 quale alternativa alla giurisdizione statale <sup>(860)</sup> - anzi, come icasticamente affermato dal legislatore, ideato "al fine di evitare il giudizio" - il cui elemento caratterizzante consiste nella previsione di un consistente incentivo statale alla conciliazione, tale da renderla allettante per entrambe le parti. L'importanza che il Governo annette alla disposizione è rinvenibile nella previsione specifica di un monitoraggio della sua attuazione, da conseguire attraverso l'obbligo a carico del datore di lavoro di indicare nella comunicazione telematica di cessazione del rapporto l'avvenuta o non avvenuta conciliazione.

La disposizione prevede la totale decontribuzione fiscale (oltre che previdenziale, come negli altri casi di condanna giudiziale senza reintegrazione) dell'importo che il datore di lavoro offra al lavoratore, entro i termini di impugnazione del licenziamento, in un ammontare dimezzato rispetto a quello che verrebbe liquidato dal giudice, e quindi pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, e comunque in una misura non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità. L'offerta della somma, sotto forma di assegno circolare, deve avvenire in una delle sedi che rendono la conciliazione inoppugnabile. La sua accettazione da parte del lavoratore in tale sede comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia ad un'eventuale impugnazione.

<sup>(859)</sup> Analoghe considerazioni sulla scarsa convenienza economica della revoca in I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, cit., pag. 82.

<sup>(860)</sup> Sul dibattito Europeo in merito agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. Int. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2003, 743 ss.; E. SEVERIN, *What Place is there for Civil Mediation in Europe?*, in G. ALPA-R. DANOVÌ (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, pag. 3 ss.; H. KIERSE-H. W. MICKLITZ, *Comment on the Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, ivi, pag. 297.

La disposizione si applica ai lavoratori che rivestono la “qualifica” (rectius, categoria legale) di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo; in sostanza, copre l'intero ambito di applicazione del provvedimento e riguarda tanto i licenziamenti individuali che quelli collettivi. Pertanto restano esclusi i dirigenti (perché non indicati dall'art. 1), per i quali potrà provvedere, come di consueto, la contrattazione collettiva, ma senza la possibilità di estendere l'incentivo della defiscalizzazione. Esclusi devono ritenersi pure tutti i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, e non solo quelli i cui rapporti di impiego sono regolati dal diritto amministrativo. Valgono qui le considerazioni svolte da chi ha affrontato il tema dell'incompatibilità del decreto con la disciplina speciale del licenziamento disciplinare e di quello economico (individuale e collettivo) vigente per tale settore<sup>(861)</sup>. A ciò deve aggiungersi che lo strumento dell'offerta conciliativa si pone in insanabile contrasto con l'art. 97 della Costituzione. Non può infatti essere consentito - perché contrario alla tutela dell'interesse pubblico alla legalità, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici - che una pubblica amministrazione possa licenziare un proprio dipendente senza una previa valutazione della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Vale la pena di ricordare che nei confronti del dirigente pubblico “i profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare” danno luogo a responsabilità nei casi di dolo o colpa grave (art. 55 sexies, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001), e che eguale responsabilità è prevista anche quando il dirigente aderisca alla transazione della lite in sede di conciliazione facoltativa o giudiziale (art.410, comma 8, c.p.c.).

##### 5. L'offerta nel sistema tedesco.

Il modello ispiratore dell'art. 6 è contenuto nella legge Hartz 4 della Repubblica Federale di Germania, entrata in vigore l'1 gennaio 2005<sup>(862)</sup>. Ma lo schema qui è diverso: anzitutto, il tipo tedesco si applica soltanto ai licenziamenti economici (“urgenti esigenze aziendali”) e non anche alle ipotesi di licenziamenti discriminatori e disciplinari come invece nell'enunciato normativo italiano. Il che è più ragionevole in quanto solo in tale caso il contemperamento tra libertà d'impresa e tutela del prestatore di lavoro giustifica la previsione dell'indennizzo monetario quale esclusivo rimedio al licenziamento ingiustificato. Inoltre l'offerta dell'indennizzo – di norma pari al 50 per cento dell'ultima retribuzione mensile per ogni anno di lavoro - deve essere contenuta nella comunicazione del licenziamento (che deve anche indicare con precisione la causale economica), al fine di consentire al lavoratore di valutare se avviare l'azione giudiziaria (da proporre a pena di decadenza entro tre settimane). In mancanza di ricorso l'offerta si ha per accettata<sup>(863)</sup>. Resta ferma la possibilità del prestatore di lavoro di proporre, entro una settimana dalla comunicazione del licenziamento, reclamo al consiglio di aziendale (quando esso sia stato costituito nell'unità

<sup>(861)</sup> Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, cit.

<sup>(862)</sup> Il testo può essere letto in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, III, pag. 93 e segg. Per un commento cfr. M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, *ivi*, I, 365. Più di recente, S. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di) *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, pag. 93 e segg.

<sup>(863)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La “flessibilità in uscita” nei paesi europei e la riforma italiana*, in Id. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, cit., pag. 285 ss.; M. WEISS-M. SCHMDT, *German employment law*, in R. BLANPAIN (a cura di), *International encyclopaedia for labour law and industrial relations*, suppl. 340, Kluwer, 2008, p. 133, par. 305.

produttiva), il quale, se ritiene le doglianze fondate, è obbligato ad esperire il tentativo di conciliazione (e, qualora gli venga richiesto, comunicare per iscritto il proprio parere). Dunque si tratta di una procedura la cui sfera di applicazione è più circoscritta, non è prevista alcuna forma di incentivazione a carico della finanza pubblica, ed in cui è garantita al lavoratore una congrua pausa di riflessione per vagliare le condizioni dell'offerta.

#### 6. Offerta di conciliazione ed esclusione per i neo assunti del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012. Problemi di legittimità costituzionale.

Nella Relazione illustrativa presentata dal Governo per i pareri parlamentari è detto che la disciplina dell'offerta di conciliazione costituisce un congegno innovativo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, senza alcuna chiarificazione sulle motivazioni che hanno indotto il Governo ad introdurlo. In effetti, del nuovo strumento non vi è alcun riferimento specifico nella legge delega. Si può comunque ritenere che la previsione rientri nell'obiettivo genericamente indicato nell'art. 1, comma 7, lett. b) di rendere "più conveniente il contratto a tempo indeterminato rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti". Non a caso il finanziamento dello strumento, calcolato sulla perdita presunta per l'erario dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, è a carico del fondo destinato a sostenere la riforma degli ammortizzatori sociali, delle politiche attive, dei servizi per il lavoro e delle attività ispettive, per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nonché al fine di consentire la riduzione degli oneri diretti e indiretti del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Tenendo conto di quanto sia corta la coperta per finanziare tutte queste attività – che dovrebbero bilanciare la flessibilità in uscita – (2.200 ml. di euro per ciascuno degli anni 2015 e 2016 e 2000 ml. a decorrere dal 2017), la sottrazione di risorse (sia pure ridotte) per incentivare l'offerta conciliativa lascia perplessi.

Senza dubbio l'indicazione contenuta nella legge delega è indefinita quanto agli istituti oggetto dell'intervento. La questione non riguarda l'incostituzionalità della delega per violazione dell'art. 76 Cost.<sup>(864)</sup>, ma i limiti alla discrezionalità del legislatore delegato. Va al riguardo considerato l'orientamento della Consulta, secondo cui tale discrezionalità "è più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega, sicché la valutazione dell'eccesso di delega va fatta in rapporto alla ratio della delega, onde stabilire se la norma delegata sia con questa coerente"<sup>(865)</sup>. Ora, tenuto conto di tale costante indirizzo, e della indeterminatezza della delega, si può ritenere che l'offerta di conciliazione si ponga quale "coerente sviluppo e completamento della scelta espressa dal legislatore delegante e delle ragioni ad essa sottese"<sup>(866)</sup>, in quanto si inserisce tra le misure di promozione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, perseguendo la finalità di favorire una riduzione del costo del recesso. Deve anche tenersi presente che la conciliazione è facoltativa e che il rifiuto della proposta transattiva è processualmente irrilevante, a differenza di quanto previsto per il tentativo di conciliazione davanti

<sup>(864)</sup> Su cui da ultimo V. SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., pag. 9.

<sup>(865)</sup> Corte cost., 10 marzo 2014, n. 47; Corte cost., 5 giugno 2013, n. 119, in *Lav. Prev. Oggi*, 2013, pag. 279; Corte cost., 19 dicembre 2006, n. 429, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, 2007, pag. 1343; Corte cost. 31 maggio 2000, n. 163, in *Giust. Civ.*, 2000, pag. 2529; Corte cost. 4 maggio 1990, n. 224, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2027.

<sup>(866)</sup> Corte cost., 6 aprile 1993, n. 141, in *Giurcost.it*.

la commissione presso le direzioni territoriali del lavoro <sup>(867)</sup>.

Fondata è invece la questione di costituzionalità della norma (art. 11) che esclude l'applicazione ai nuovi assunti del rito speciale introdotto dall'art. 1, commi 47 e ss. della legge n. 92 del 2012. L'intentio del legislatore è chiara: la spinta verso l'utilizzazione dell'offerta conciliativa deve essere accompagnata dalla disincentivazione del processo, e quindi tanto meglio se questo si svolgerà in tempi non brevi. Ma tale scopo (che non sembra certo commendevole) non può essere legittimamente perseguito perché è incostituzionale, sia sotto il profilo dell'eccesso di delega, in quanto la legge n. 183 del 2014 è priva di disposizioni di carattere processuale, sia (soprattutto) per la irragionevole violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (in correlazione con gli artt. 24 e 111 Cost.). Non è che qui si vuole enfatizzare la bontà del nuovo rito, a cui non sono mancate fondate critiche da parte della dottrina e dei giudici <sup>(868)</sup>. Tuttavia è indiscutibile che esso ha introdotto un canale accelerato, con cui, a compensazione della riduzione delle tutele sostanziali per il licenziamento illegittimo, è stata assicurata nella sfera di applicazione dell'art. 18 St. lav. (e quindi anche nelle ipotesi di tutela risarcitoria) una tutela sommaria ed urgente che prescinde dall'accertamento del *periculum in mora* <sup>(869)</sup>.

Non vi sono giustificazioni alla disparità di trattamento sul piano delle garanzie processuali. Infatti, premesso che la disciplina processuale deve essere omogenea per tutte le controversie aventi rapporti contrattuali della stessa natura<sup>(870)</sup>, il nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato non si differenzia sotto il profilo tipologico in nulla rispetto a quello vigente. Né il diverso regime sanzionatorio può costituire elemento scriminante in quanto è estraneo alla qualificazione del contratto.

## 7. Profili di contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

Altro problema è se, pur essendo facoltativa, l'offerta di conciliazione non incida negativamente su diritti sostanziali del lavoratore, in quanto disincentiva, specie per il lavoratore che versa in condizioni di indigenza, il ricorso giurisdizionale anche al di fuori dei casi di licenziamento economico individuale. La possibilità di utilizzare lo strumento riguarda infatti tutti i tipi di licenziamento, e quindi abbraccia pure quello discriminatorio (o altrimenti nullo) e le eccedenze di personale.

<sup>(867)</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, cit., pag. 411.

<sup>(868)</sup> Cfr. F. P. LUISO, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in *www.judicium.it*; D. BORGHESI, *I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, Diritto e prat. Lav, spec.*, 2012, p. 14 ss.; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, pag. 407 e segg.

<sup>(869)</sup> Cfr. M. DE CRISTOFORO-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 l. n. 92/2012*, Padova, 2013, pag. 377.

<sup>(870)</sup> Cfr. Corte cost., 5 giugno 2003, n. 199, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 541, con nota di L. ZOPPOLI, *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo nel lavoro pubblico: ancora una sentenza tranquillizzante*, in cui la Consulta giustifica la procedura di accertamento pregiudiziale su questioni concernenti l'efficacia, la validità e l'interpretazione delle clausole del contratto collettivo di comparto di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, poiché tra lavoro pubblico e lavoro privato "non può parlarsi di una totale identità di situazioni che renderebbe irrazionale ogni diversità di disciplina processuale", tenuto conto in particolare delle peculiarità del contratto collettivo pubblico. Cfr. inoltre Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 85, in *www.giurcost.org*.

I commentatori più critici nei confronti della riforma hanno parlato in proposito di “detassazione del paternalismo” per rimarcare l’incentivazione alla sottomissione de facto del lavoratore al potere arbitrario di recesso del datore di lavoro<sup>(871)</sup>. Ovviamente diversa è l’opinione dei laudatores legis, secondo cui si tratta di “uno strumento aggiuntivo al quale ricorrere, e quindi un vantaggio... che ha in sé la funzione di offrire una sorta di risarcimento - in termini di parità di trattamento che il lavoratore assunto con un nuovo contratto a tempo indeterminato riceve a bilanciare il superamento, solo per lui, dell’art. 18”<sup>(872)</sup>. Tale convenienza farebbe addirittura venire meno ogni dubbio di legittimità costituzionale della disciplina<sup>(873)</sup>.

Ma in verità qualche fondata riserva sulla legittimità della norma si può avanzare sotto il profilo della sua non conformità alle direttive comunitarie in materia di discriminazione.

L’art. 18 della direttiva n. 2006/54 Cee fa carico agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti “le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori”. L’obbligo di procedure giurisdizionali o amministrative appropriate, anche tramite associazioni interessate, è poi sancito dalle direttive n. 2000/43 e n. 2000/78 sulle discriminazioni non di genere<sup>(874)</sup>. La violazione di tali prescrizioni potrebbe ravvisarsi nel fatto che lo Stato interviene per rendere più conveniente l’offerta conciliativa, favorendo così la ridotta monetizzazione dell’illecito, e quindi facendo venir meno l’effetto dissuasivo della reintegrazione o di un risarcimento adeguato alla lesione del bene protetto.

Analoghe perplessità possono sollevarsi in ordine all’estensione – nonostante i pareri contrari delle Commissioni Lavoro di Camera e Senato - dell’ambito di applicazione dell’istituto ai licenziamenti collettivi. Benché la direttiva n. 1998/59 sia carente di previsioni specifiche, la Corte di Giustizia<sup>(875)</sup> ha affermato che le sue violazioni devono comportare, sulla base dei principi di leale collaborazione e di efficace trasposizione, l’applicazione di sanzioni con “carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva”. Non v’è chi non veda come il meccanismo escogitato dal legislatore possa ulteriormente (e cioè in aggiunta alla già ridotta tutela in giudizio), spingere i datori di lavoro a trasgredire la procedura sindacale preliminare di informazione e consultazione o a violare i criteri di scelta, eliminando lavoratori indesiderati.

## 8. Sedi protette e applicazione dell’art. 2113 c.c.

Un altro aspetto da prendere in esame è quello dell’indisponibilità del diritto alla tutela del posto di lavoro. Beninteso, la questione riguarda l’indisponibilità relativa con conseguente applicazione dell’art. 2113 c.c., risultando ormai abbandonata la tesi di diritti a tutela rafforzata per i quali si avrebbe la nullità assoluta dei negozi abdicativi indipendentemente dal contesto in cui si esprima la volontà del lavoratore<sup>(876)</sup>. È noto che secondo la Cassazione, la rinuncia all’impugnazione del

<sup>(871)</sup> Cfr. L. MARIUCCI, *Jobs act, brutti doni natalizi*, cit.

<sup>(872)</sup> Così la Relazione del Senatore Sacconi all’XI Commissione sullo schema del decreto legislativo), reperibile in [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

<sup>(873)</sup> Ancora in questi termini la Relazione del Senatore Sacconi, cit.

<sup>(874)</sup> Cfr. M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Padova, 2012, pag. 328 e segg. e 350 e segg.

<sup>(875)</sup> Cgce, 8 giugno 1994, n. 383/92, in *Dir. Lav.*, 1994, II, pag. 290.

<sup>(876)</sup> Cfr. per tutti, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1990, spec. Cap.II

licenziamento (e all'esercizio dell'azione giudiziaria) non ricade nell'area protetta dall'art. 2113 c.c., in quanto, anche nell'ipotesi in cui si abbia diritto alla reintegrazione, si verte in materia di diritti disponibili. "L'orientamento si fonda sul rilievo che la stabilità del posto di lavoro, se garantita, lo è da leggi o da disposizioni collettive che sicuramente non sono derogabili dalla privata autonomia" nel momento genetico dell'acquisizione del diritto; "e tuttavia l'ordinamento, riconoscendo al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro (art. 2118 c.c.), non consente di attrarre la sua situazione giuridica soggettiva, di fronte all'esercizio del potere di recesso del datore di lavoro nel novero di quelle cui si applica il disposto dell'art. 2113 c.c."<sup>(877)</sup>. L'argomento su cui si fa prevalentemente leva è dunque quello delle dimissioni, a cui la dottrina aggiunge l'altro del diritto potestativo all'impugnazione, osservando che, così come si è liberi di impugnare, si può anche manifestare la volontà di non impugnare anche prima della scadenza del termine di sessanta giorni. Ciò però non risolve in modo appagante il problema se il negozio abdicativo fuori dalle sedi indicate dall'art. 2113 c.c. (e dall'art. 82 del d.lgs. n. 276 del 2003) sia annullabile nel termine di impugnazione indicato dalla legge <sup>(878)</sup>. La soluzione affermativa deve, a mio avviso, ritenersi preferibile specie dopo che nell'ordinamento sono state introdotte norme a protezione della libera volontà del lavoratore nei casi di dimissioni e risoluzione consensuale (art. 4, comma 16, legge n. 92/2012) e dopo l'espunzione dal testo della legge n. 183 del 2010 della materia dei licenziamenti dalla clausola arbitrale <sup>(879)</sup>. Un'ulteriore conferma si rinviene nella previsione legislative in materia di discriminazioni, per la cui tutela è consentito avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti collettivi e dall'art. 410 c.p.c. (art. 4, d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003; art. 36 d.lgs. n. 198 del 2006), dovendo implicitamente ritenersi invalida la transazione effettuata fuori dalle sedi protette. Ed anche il licenziamento discriminatorio può essere oggetto dell'offerta conciliativa.

La eadem ratio tra tali istituti e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, e l'esigenza di assicurare il rispetto della norma inderogabile, giustificano dunque la rimessione alle sedi conciliative individuate dall'art. 6 dello di disegno di legge. Non si tratta perciò, come è stato affermato <sup>(880)</sup>, di un inutile "appesantimento" della procedura, ma della necessità di assistere adeguatamente il lavoratore nella scelta se rinunciare o meno a diritti inderogabili. La soluzione è dunque condivisibile.

Non va peraltro trascurato che l'accettazione dell'offerta dà luogo all'applicazione di benefici fiscali e contributivi e che quindi trattandosi di materia che attiene alla finanza pubblica e alla previdenza (sottratta perciò alla disponibilità delle parti) è indispensabile un controllo da parte di organismi qualificati.

### 9. Natura, contenuto e limiti dell'offerta. La retribuzione di riferimento.

Deve ritenersi che la richiesta del tentativo, contenente tutti gli elementi atti ad individuare con precisione l'offerta - con riguardo all'anzianità di servizio, all'ultima retribuzione globale di fatto

<sup>(877)</sup> Cass. 24 marzo 2004, n. 5940, in *Lav.Prev. Oggi*, 2004, pag. 920; Cass. 18 marzo 2014, n. 6265, *inedita*.

<sup>(878)</sup> Cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., pag. 26.

<sup>(879)</sup> Cfr. L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, pag. 415 e segg.

<sup>(880)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, cit.

percepita e all'ammontare dell'indennizzo - una volta inoltrata ad una delle sedi protette e comunicata al lavoratore, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento, ottemperi alla prescrizione dell'art. 6. Quindi è irrilevante il momento di accettazione della proposta mediante il ritiro dell'assegno circolare, che potrà avvenire in tempi più o meno brevi a seconda della sede prescelta. A conclusioni opposte deve pervenirsi se l'offerta è generica o incompleta.

Poiché si tratta di obbligazione a carico del solo proponente l'offerta, ai sensi dell'art. 1333 c.c., deve intendersi irrevocabile quando sia giunta a conoscenza del lavoratore e quindi questa, una volta accettata l'offerta, potrà agire per l'adempimento. Anche in tale caso l'accettazione comporterà la rinuncia tacita per fatti concludenti all'impugnazione del licenziamento, ma, non essendovi la consegna al lavoratore dell'assegno circolare così come prescrive la legge, è dubbia l'esenzione fiscale.

È compito dell'organismo di conciliazione valutare se l'offerta sia conforme a quanto indicato dalla norma, sia per l'individuazione della retribuzione da prendere a base del calcolo, sia per il periodo di servizio prestato. E ciò non solo al fine di tutelare il prestatore di lavoro, ma anche per certificare la corretta applicazione delle esenzioni fiscali e contributive.

L'art. 6 riproduce la stessa formula prevista dagli artt. 3 e 4 in ordine alla commisurazione dell'indennità, e cioè essa deve essere liquidata sulla base della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. A differenza delle altre ipotesi però qui è omesso l'aggettivo "ultima", ma verisimilmente si tratta di una svista del Governo legislatore; e tuttavia in questa versione il testo è più coerente con il criterio che utilizza la retribuzione per il calcolo del t.f.r. Lo schema di decreto legislativo inviato al Parlamento si avvaleva invece della formula "ultima retribuzione globale di fatto" percepita dal lavoratore, identica a quella contenuta nell'art. 18 St. lav., nel testo sostituito dalla legge n. 92 del 2012, e nell'art. 8 della legge n. 604 del 1966. La modifica è stata apportata dal Governo su sollecitazione della Commissione Lavoro del Senato (parere dell'11 febbraio 2015), la quale si era limitata a richiedere una precisazione della nozione.

In effetti era stato osservato che questa contiene "margini di indeterminatezza" e che inoltre nella disposizione non era chiaro il "riferimento temporale da considerare" (se all'ultimo mese o all'ultimo anno). E si era suggerito di applicare "la retribuzione di riferimento per la determinazione dell'indennità di mancato preavviso, sulla quale l'interprete dispone di una abbondante elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, giunta ormai a risultati che possono considerarsi sufficientemente definitivi"<sup>(881)</sup>.

La soluzione prescelta è stata invece diversa, e cioè come detto di utilizzare la nozione di retribuzione rilevante ai fini del calcolo del t.f.r. individuata dall'art. 2120, comma 2 (nel testo sostituito dall'art. 1 della legge n. 297 del 1982). Ciò però lungi dal risolvere i problemi prospettati, è causa di ulteriori dilemmi, che possono ascriversi, in primo luogo, alla diversa natura e funzione del t.f.r. rispetto all'indennità di cui si discute.

---

<sup>(881)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Domande e risposte sul contratto a tutele crescenti*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

Anzitutto, la disposizione codicistica rimette la determinazione della retribuzione parametro ai contratti collettivi (senza specificare i soggetti sindacali stipulanti e i livelli degli accordi) e, solo in assenza di espressa e chiara previsione da parte di questi <sup>(882)</sup>, individua una nozione legale di retribuzione. Tale forma di deregolazione contrattata è stata introdotta dal legislatore della novella del 1982 con l'intento di favorire l'eventuale implementazione della retribuzione corrente ottenuta mediante l'esclusione di voci retributive dalla base di calcolo del t.f.r. e, nel contempo, di affermare il primato della contrattazione collettiva in materia di retribuzione, sia diretta che differita.

È evidente che le motivazioni sottese a questa indicazione del legislatore non possono essere applicate all'indennità risarcitoria prevista per i casi di licenziamento illegittimo e per l'offerta di conciliazione. Da ciò il dubbio se il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del t.f.r. contenuto nel decreto vada inteso come riferimento esclusivo alla nozione legale e non a quella contrattuale. Se dovesse prevalere l'interpretazione letterale, configgente con quella teleologica, le previsioni dei vigenti contratti collettivi dovrebbero comunque ritenersi non applicabili in quanto riguardano un istituto (i licenziamenti) totalmente estraneo al t.f.r. e a questo assimilato, ai fini della retribuzione parametro, in virtù di una legge successiva di cui i contratti collettivi non hanno potuto tenere conto. Per il futuro è stato osservato che grava sulla contrattazione collettiva “una pesante responsabilità” in quanto essa, “escludendo singoli istituti dal calcolo del trattamento di fine rapporto, finirebbe per rendere più leggere, per il datore di lavoro, le conseguenze di un suo comportamento illecito” <sup>(883)</sup>.

La nuova nozione poi lascia aperti i dubbi interpretativi relativi vuoi al periodo di riferimento, vuoi agli elementi retributivi computabili. Sul primo punto infatti non è chiaro se gli elementi variabili vadano calcolati sull'anno solare o su quello civile, e ciò ha conseguenze diverse quando il rapporto si interrompe in corso d'anno. Sul secondo, deve osservarsi che la nozione di retribuzione parametro per calcolare il t.f.r. presenta problemi applicativi forse più ardui di quelli che sorgono per individuare la retribuzione globale di fatto <sup>(884)</sup>. Anzitutto, l'art. 2120 c.c. fa riferimento ai compensi corrisposti a titolo non occasionale, e tale requisito, secondo un'opinione condivisa in dottrina e giurisprudenza, è più favorevole per il lavoratore, perché meno rigoroso di quello della continuità dell'erogazione: la non occasionalità configura infatti una “qualità intrinseca” della somma corrisposta dal datore di lavoro (il titolo o causa dell'erogazione), “a prescindere dalla cadenza della corresponsione”: viene così esclusa dal computo del t.f.r. ogni somma che non ha la sua causa nel sinallagma genetico del contratto e quindi “per ragioni rispetto alle quali il rapporto di lavoro si presenti come mera occasione”<sup>(885)</sup>. Ma siffatto criterio non è risolutivo nella

<sup>(882)</sup> Cfr. Cass., 21 luglio 2014, n. 16591.

<sup>(883)</sup> F. SCARPELLI, Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), p. 9.

<sup>(884)</sup> Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Bologna, 2013, pag. 314 ed *ivi* per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

<sup>(885)</sup> Cass., 19 giugno 2004, n. 11448 che include i compensi per festività non fruiti in quanto ricadenti di domenica; cfr., inoltre, Cass., 3 aprile 2007, n. 8293, sulla computabilità dello straordinario abituale nel quadro dell'organizzazione del lavoro anche se svolto in quantità diverse.

sua concreta applicazione, presentando notevoli margini di incertezza <sup>(886)</sup>.

Un altro problema riguarda il caso in cui il lavoratore destini una parte del t.f.r. a forme pensionistiche complementari (anche attraverso il silenzio assenso): egli vedrà ridursi di tale quota l'indennità giacché, secondo la più recente giurisprudenza, i versamenti effettuati al fondo pensioni non hanno natura retributiva ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale <sup>(887)</sup>. Evidente è il possibile effetto di scoraggiamento verso la previdenza complementare su cui il legislatore ha invece puntato per bilanciare le difficoltà finanziarie della previdenza obbligatoria.

Non è invece previsto che l'indennità risarcitoria sia "onnicomprensiva" così come disposto dall'art. 18 nuovo testo ai commi 5 e 6 (richiamati dal comma 7) per le ipotesi di tutela solo indennitaria; e dunque è sorta questione se l'indennità assorba anche gli ulteriori danni (non patrimoniali e previdenziali), oltre quello determinato in modo presuntivo e forfettizzato per la rottura del vincolo contrattuale <sup>(888)</sup>. Ma il dubbio non concerne l'offerta conciliativa, perché la sua accettazione comporta l'automatica rinuncia all'impugnazione del licenziamento (anche se già proposta), e di conseguenza non sarà più possibile agire (o proseguire il giudizio) per l'accertamento dell'illegittimità del recesso, che costituisce il presupposto per il risarcimento.

## 10. La procedura.

La disposizione nulla dice in ordine alla procedura da seguire, limitandosi ad indicare le sedi in cui deve perfezionarsi l'offerta. Si discute se trovino applicazione le modalità previste per le diverse sedi, e in particolare se occorra conformarsi alla complessa procedura per la conciliazione davanti le commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro. Sembra più aderente all'obiettivo che la norma si prefigge (risolvere celermente la controversia sulla legittimità del licenziamento, scoraggiando il lavoratore dall'azione in giudizio), ritenere che essa lasci libertà di forma: è sufficiente che il datore di lavoro presenti l'istanza presso uno degli organismi di conciliazione, il quale poi dovrà convocare le parti che potranno farsi assistere o essere rappresentate secondo le consuete regole. Non vi sono ragioni per escludere l'applicazione della disposizione di cui all'art. 410, c. 2, c.p.c., secondo cui la comunicazione della richiesta inoltrata alla commissione di conciliazione (e non presso le altre sedi) interrompe la prescrizione e sospende, fino a venti giorni successivi alla conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza, quindi anche dell'impugnazione del licenziamento qualora questa non sia ancora stata effettuata.

Davanti all'organo prescelto, il datore di lavoro dovrà poi consegnare al lavoratore l'assegno circolare. Questo mezzo di pagamento (che può accostarsi all'offerta reale<sup>(889)</sup>): assicura al lavoratore l'immediata disponibilità della somma e previene possibili azioni nel caso di inadempimento. Anche con questo espediente si è voluto "blindare" la conciliazione.

La norma fa salva la possibilità di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge (e cioè dalle disposizioni di cui agli artt. 410 e ss. c.p.c. e dall'art. 82 del d.lgs. n. 276 del 2003), ma solo quella conforme alle prescrizioni indicate consente di accedere alle agevolazioni.

<sup>(886)</sup> V. la casistica in G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto (artt. 2120-2122)*, in P. SCHLESINGER-F. BUSNELLI, *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2009, p. 48 ss.

<sup>(887)</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 3 luglio 2013 n. 16587.

<sup>(888)</sup> C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., pag. 72.

<sup>(889)</sup> Cass., sez. III, 14 agosto 2014, n. 17975, *inedita*, sul pagamento del prezzo nel riscatto agrario.

L'offerta di conciliazione potrà perciò essere presentata dal datore di lavoro nel corso dell'espletamento del tentativo, purché entro il termine perentorio di 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento. Qualora la transazione riguardi altre questioni, o l'offerta non sia stata effettuata nei termini o superi il quantum dell'indennità fissata dalla legge, le relative somme, o quella parte di esse in eccedenza, saranno escluse dell'esenzione fiscale (art.6, comma 1, ultimo periodo aggiunto su suggerimento della Commissione Lavoro del Senato). Analoghe considerazioni valgono per il caso in cui l'offerta venga proposta all'udienza di discussione della causa, essendo peraltro qui pressoché impossibile il rispetto del termine di legge.

### 11. Gli altri tentativi (obbligatori) di conciliazione.

Resta espressamente escluso per i nuovi assunti l'esperimento della procedura preventiva di conciliazione obbligatoria introdotta dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 per i licenziamenti individuali motivati da ragioni oggettive<sup>(890)</sup>.

La scelta del Governo di lasciare invariata la disciplina sostanziale e processuale di cui alla legge n. 92 del 2012, e di costruire un sistema parallelo di tutele per i neo assunti a tempo indeterminato, comporta la vigenza del tentativo preventivo per i lavoratori il cui rapporto è stato costituito in data anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo. Lo strumento ha raggiunto risultati positivi e quindi ci si potrebbe domandare perché non sia stato esteso ai licenziamenti dei nuovi assunti.

La ragione sta in ciò, che il legislatore della riforma ha ritenuto (con scelta assai discutibile) di accomunare sotto il profilo sanzionatorio le ipotesi di licenziamento disciplinare e di licenziamento economico, e quindi di introdurre per entrambe un rapido strumento alternativo al processo che spinga il lavoratore ad accettare l'indennizzo rinunciando all'impugnazione e all'azione in giudizio. Diversa è la ratio dell'art. 7: con esso si è voluta introdurre una procedura parallela a quella prevista per i licenziamenti collettivi, che obbliga il datore di lavoro ad una comunicazione preventiva dell'intenzione di licenziare per favorire una composizione della controversia finalizzata a prevenire il licenziamento o quantomeno ad attenuarne le conseguenze mediante la previsione di accesso all'Aspi nel caso di risoluzione consensuale (in deroga alla disciplina generale) e l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di somministrazione, di intermediazione o di supporto alla ricollocazione professionale<sup>(891)</sup>. Lo schema di decreto legislativo relativo alla revisione della disciplina in caso di disoccupazione involontaria aveva escluso dall'applicazione del nuovo contratto di ricollocazione (art. 17) l'ipotesi di estinzione del rapporto a seguito dell'accettazione dell'offerta di conciliazione da parte del lavoratore, in quanto la disposizione prevedeva che l'accesso al beneficio era subordinato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento per g.m.o. o collettivo. E qui ovviamente l'accertamento è precluso. Il Governo ha però accolto le indicazioni formulate dalle Commissioni parlamentari e il testo del d. lgs. n. 22 del 2015 ha esteso l'accesso alla ricollocazione a tutti i soggetti disoccupati, indipendentemente dalle cause di estinzione del

<sup>(890)</sup> Nel testo sostituito dall'art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, e modificato dall'art. 7, comma 4, del d.l. n. 76 del 2013, conv. nella l. n. 99/2013, che ha eliminato dal tentativo obbligatorio il licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Deve altresì ritenersi che la norma non trovi applicazione per il caso di violazione dell'art. 2110 c.c. perché secondo l'opinione prevalente tale ipotesi costituisce fattispecie autonoma di recesso. Cfr. Cass. 7 febbraio 2011, n. 2971, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2011, pag.202.

<sup>(891)</sup> Cfr. T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in *Boll.Adapt*, 23 luglio 2012; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario*, Torino, 2013, pagg. 260.

rapporto di lavoro, e quindi ha oviato a tale lacuna. Resta comunque il fatto che nel caso dell'offerta è escluso il confronto tra le parti, con l'intervento attivo della commissione e delle organizzazioni sindacali, ai fini della valutazione dei motivi del recesso e delle modalità di risoluzione della controversia, anche ricorrendo a misure alternative al licenziamento; anzi, lo strumento persegue lo scopo opposto, e cioè di favorire la cessazione del rapporto di lavoro.

L'offerta conciliativa è estesa ai lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro sotto la soglia dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, per i quali, in coerenza con quanto previsto per la condanna in sede giudiziale, l'indennità è dimezzata e non può superare il limite di sei mensilità. Sorge però il problema se per questi lavoratori sia ancora vigente la previsione dell'art. 5 della legge n. 108 del 1990, che ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione seguito da eventuale arbitrato (è incerto se le parti possano chiedere la decisione secondo equità ex art. 412 ter c.p.c.). Si riteneva che tale disposizione fosse stata assorbita dall'introduzione in via generale della conciliazione obbligatoria ad opera del d.lgs. n. 80 del 1998. Dopo la riforma del 2010, con la quale il legislatore è ritornato al precedente sistema della conciliazione facoltativa, è dubbio se la disposizione sia ancora vigente e quindi si estenda ai nuovi assunti, e ai lavoratori già occupati nel caso in cui il datore di lavoro abbia superato i limiti dimensionali di applicazione della legge n. 604 del 1966 a seguito di nuove assunzioni a tempo indeterminato <sup>(892)</sup>.

Si potrebbe però sostenere l'incompatibilità intrinseca dell'art. 5 della legge n. 108 del 1990 con l'offerta di conciliazione. Ma la questione sarebbe mal posta perché, se è vero che modalità e tempi delle due ipotesi sono diversi e discordanti, va tuttavia tenuto presente che l'offerta conciliativa è affidata alla discrezionalità del datore di lavoro ed è finalizzata esclusivamente all'applicazione degli incentivi, mentre il tentativo obbligatorio costituisce condizione di procedibilità dell'azione da parte del lavoratore. Ne consegue che se il datore non fa l'offerta o questa non è accettata, il lavoratore dovrebbe pur sempre esperire il tentativo, il quale però, essendo l'esito negativo praticamente scontato, si risolverebbe in un inutile allungamento dei tempi per la proposizione del ricorso.

## 12. Considerazioni conclusive.

La coerenza dell'offerta di conciliazione con il sistema complessivo delineato dalla riforma della disciplina dei licenziamenti per i lavoratori neo assunti è indiscutibile. E dunque le critiche vanno semmai rivolte all'impianto della delega e del decreto attuativo. Ad esse pertanto si rimanda, esulando dai limiti dell'indagine. Ciò però non può esimerci dall'osservare che l'istituto contribuisce, e non poco, ad abbassare la tutela del lavoratore scoraggiandolo, grazie ad un discutibile incentivo statale, dall'esercitare in giudizio l'azione rivolta a fare valere l'illegittimità del licenziamento. Il che è tanto più criticabile in quanto la possibilità dell'offerta conciliativa riguarda anche i licenziamenti discriminatori o altrimenti nulli o inefficaci, nonché i licenziamenti collettivi. Di questo si è detto nel corso dell'analisi, in cui inoltre ci si è soffermati su alcuni problemi interpretativi che possono complicarne l'attuazione.

<sup>(892)</sup> Cfr., in senso negativo, P. LAMBERTUCCI, *La nuova disciplina della conciliazione delle controversie di lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro): prime riflessioni*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 581. Più in generale, L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione pregiudiziale*, in D. BORGHESI - L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Bologna, 2013, pag. 2 e segg.

Sarebbe pertanto opportuno limitare la sfera di applicazione della norma alla sola ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, coordinandola con la conciliazione preventiva e obbligatoria prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966, che andrebbe estesa anche ai datori di lavoro sotto soglia (e qui abrogando espressamente l'art. 5 della legge n. 108 del 1990). L'offerta in tal caso dovrebbe restare in facoltà del datore di lavoro, il quale potrebbe effettuarla al momento della comunicazione (alla sede competente e al lavoratore) dell'intenzione di procedere al licenziamento, indicandone le ragioni e le eventuali proposte di assistenza alla ricollocazione del lavoratore. Si realizzerebbe in tal modo la piena convergenza con il modello tedesco, da cui il legislatore nostrano ha inteso trarre ispirazione. E in questa direzione andrebbe infine eliminato il beneficio fiscale. Ma ciò ovviamente richiederebbe un cambiamento di passo oggi impensabile.

## Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti\*

Stefano Giubboni

1. Premessa.	286
2. Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.	287
3. Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.	293
4. Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza.	296
5. Conclusioni.	299

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 246/2015

## 1. Premessa.

Il testo finale del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 20 febbraio senza tener conto nella sostanza dei rilievi formulati nel parere delle competenti commissioni parlamentari, configura un modello contrattuale molto diverso da quello che poteva immaginarsi alla luce delle prime discussioni sul *Jobs Act* e della stessa ridondante previsione anticipatoria introdotta, contestualmente alla liberalizzazione dei contratti a termine di durata non eccedente i trentasei mesi, dall'art. 1, comma 1, legge n. 78 del 2014<sup>893</sup>. È bene infatti ricordare che, nell'originario disegno di legge delega presentato dal Governo (AS n. 1428 del 2014), la lettera b) dell'art. 4 si limitava a prevedere, nel contesto della redazione di un testo organico semplificato di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, l'eventuale possibilità di introdurre ulteriori tipologie «espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti». Il testo finale della delega approvata con la legge n. 183 del 2014 è, però, sul punto, significativamente diverso: l'art. 1, comma 7, lettera c), infatti, autorizza senz'altro la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

La differenza principale sta evidentemente in ciò: che mentre la formulazione originaria – sia pure nel contesto d'una delega praticamente in bianco specie sul decisivo profilo della disciplina del licenziamento – prefigurava, per quanto ambiguamente, l'introduzione in via sperimentale di un distinto sottotipo contrattuale, da affiancare in funzione di razionalizzazione alla folta tipologia esistente, senza tuttavia sovrapposizioni con il tipo generale dell'art. 2094 cod. civ., la legge n. 183 del 2014, riferendosi genericamente alle nuove assunzioni a tempo indeterminato, consente, invece, una tale sovrapposizione (e, per così dire, una tale «confusione tipologica») col formante contrattuale basilare del lavoro subordinato.

Tra il testo di delega iniziale e quello approvato in via definitiva dal Parlamento si è così consumata quella «commedia degli inganni» – come si è osservato con amara ironia<sup>894</sup> – che ha consentito al Governo di restituirci, oggi, un contratto a tutele crescenti totalmente trasfigurato nella sua funzione e nella sua natura. Che non è più, evidentemente, quella di una nuova e distinta tipologia

<sup>893</sup> Cfr. per tutti M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 23, 2014, nonché – volendo – S. Giubboni, *Il ridisegno delle tipologie contrattuali nel Jobs Act*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, pp. 368 ss.

<sup>894</sup> L. Mariucci, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in corso di pubblicazione in *Quaderni di Rassegna sindacale*.

contrattuale, volta a promuovere l'inserimento stabile nel mercato del lavoro attraverso una temporanea attenuazione della tutela contro i licenziamenti in una prima fase (per quanto lunga)<sup>895</sup> del rapporto, salva comunque l'applicazione della ordinaria tutela ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori al suo termine, secondo uno schema ancora in qualche modo riconducibile all'idea di contratto unico volgarizzata per primi in Italia da Tito Boeri e Pietro Garibaldi<sup>896</sup>. Ma che diviene, per contro, nient'altro che il comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ex art. 2094 cod. civ., che verrà tuttavia a caratterizzarsi – per tutti (e soltanto) i nuovi assunti (datori di lavoro privati) a partire dalla data di entrata in vigore del decreto attuativo – per la permanente riduzione del livello delle garanzie contro i licenziamenti illegittimi.

Un contratto che, più in particolare, si caratterizzerà per la radicale regressione nella intensità dei rimedi apprestati contro il licenziamento ingiustificato, concretizzantesi non solo (e vorrei dire non tanto) nella riduzione ad ambiti del tutto eccezionali della reintegrazione nel posto di lavoro, ma soprattutto nella complessiva contrazione della misura delle indennità risarcitorie, che in certi casi saranno davvero irrisorie (addirittura inferiori alla indennità sostitutiva del preavviso mediamente prevista dai contratti collettivi di categoria)<sup>897</sup>.

## 2. Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

È dunque questa – sapientemente dissimulata dietro una formula ingannevole e falsificatoria – la natura del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti: una disciplina dei licenziamenti fortemente regressiva anche rispetto a quella già depotenziata dalla legge n. 92 del 2012, applicabile solo ai nuovi assunti e che soltanto per costoro comporterà, in pratica, la sostanziale cancellazione della tutela reale in caso di recesso datoriale illegittimo (visto che la tutela

<sup>895</sup> In quanto verosimilmente non inferiore alla durata massima di tre anni prevista, per il nuovo contratto a termine «acausale», dal testo (novellato dalla legge n. 78 del 2014) dell'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368 del 2001, e da ultimo confermata (assieme alle facoltà di deroga che ne consentono l'allungamento) dall'art. 17, comma 1, dello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, licenziato dal Governo il 20 febbraio 2015 sempre in attuazione della legge n. 183 del 2014.

<sup>896</sup> Cfr. T. Boeri, P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008. L'ovvia differenza, rispetto a tale proposta (come a qualunque ipotesi analoga di contratto unico a protezioni crescenti), è che essa avrebbe implicato una parallela restrizione delle condizioni d'uso delle forme di lavoro temporaneo, a partire da quella effettivamente più rilevante del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (v. per tutti, anche per ampi riferimenti al dibattito comparato e ai disegni di legge in tal senso presentati in Italia, in particolare da Pietro Ichino, G. Casale e A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford-Portland e Ginevra, 2014, spec. p. 55). Mentre il Governo Renzi si è mosso, a partire dal decreto-legge n. 34 del 2014 (convertito nella citata legge n. 78), nella opposta direzione di un contestuale, forte aumento della flessibilità sia «in entrata» che «in uscita», la prima perseguita proprio attraverso la sostanziale liberalizzazione delle assunzioni con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (ormai assoggettate a limiti solo quantitativi), la quale non è certamente compensata dal superamento del contratto di lavoro a progetto, prefigurato dagli artt. 48 e 49 dello schema di decreto legislativo sul riordino delle tipologie contrattuali (il quale, peraltro, amplia, con l'art. 52, la possibilità del ricorso al lavoro accessorio: forma di *mini-job* all'italiana di quintessenziale precarietà).

<sup>897</sup> Con la conseguenza che i dirigenti – categoria esclusa per legge (anche) dalla nuova disciplina del licenziamento valevole per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (art. 1, comma 1, del decreto attuativo) – godranno, normalmente, in forza del contratto collettivo applicabile al loro rapporto di lavoro, di una tutela economica di gran lunga più intensa contro i licenziamenti privi di giustificazione, considerando la disciplina sulla durata del preavviso e l'importo, crescente con l'anzianità di servizio, della indennità supplementare. E tale tutela risulta ancor più vantaggiosa nel caso di licenziamento dovuto allo stato di crisi dell'impresa datrice, visto che in tale ipotesi la contrattazione collettiva del settore industriale collega il diritto alla indennità supplementare direttamente alla esistenza della ragione giustificativa oggettiva del recesso.

ripristinatorio-reintegratoria, strutturalmente associata a quella risarcitoria, pur attenuata, prevista in tal caso dal testo novellato dell'art. 18 dello Statuto, diventerà come tale applicabile solo ai rapporti di lavoro instaurati anteriormente alla entrata in vigore del decreto attuativo).

Il d. lgs. n. 23 del 2015 traduce questa opzione della legge delega con disposizioni che, specie se lette insieme a quelle dedicate al complessivo riordino delle tipologie contrattuali e alla revisione della disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 cod. civ., appaiono rigorosamente coerenti con quella strategia di «svalutazione interna competitiva»<sup>898</sup>, che è stata – al di là delle pur significative varianti nazionali – l'unica vera politica comune del lavoro negli anni della grande crisi europea. Il *Jobs Act* può anzi vantare, al riguardo, un grado di coerenza con la chiara matrice economica neoclassica di tali prescrizioni di *policy* (che per l'Italia rintracciano a tutt'oggi la loro formulazione più limpida e icastica nella famosa lettera indirizzata il 5 agosto 2011 dagli allora presidenti di BCE e Banca d'Italia al Governo Berlusconi) che non poteva certamente esibire la legge Fornero, visto che questa esprimeva ancora un compromesso politico-parlamentare, sul quale erano pur faticosamente riuscite ad incidere le stesse forze sindacali. Oggi, abolita definitivamente non si dice una prassi di tipo concertativo (estranea anche all'*iter* che ha portato all'emanazione della legge n. 92 del 2012), ma qualunque traccia di cosiddetto «dialogo sociale» (nel quale il decisore politico dovrebbe almeno sentirsi culturalmente impegnato a un esercizio di ascolto e di presa in considerazione delle opinioni del sindacato), il *Jobs Act* esprime – certamente nella disciplina baricentrica del contratto a tutele crescenti e del riordino delle tipologie contrattuali – una linea di univoca opzione politico-regolativa: una «scelta di campo» precisa, perché precisamente consentanea alla tutela di interessi coincidenti – praticamente senza mediazioni – con quelli patrocinati (senza sforzo) da Confindustria<sup>899</sup>.

Quelle prescrizioni di *policy* – frutto d'una rappresentazione quasi caricaturale del noto *trade-off* istituito in teoria (ma senza alcuna autentica convalida empirica) tra (tutela degli) *insiders* e (occupazione degli) *outsiders*<sup>900</sup> – non avrebbero potuto invero contare su una traduzione più coerente e lineare da parte del legislatore delegato. La reintegrazione nel posto di lavoro (con la correlata tutela risarcitoria piena) – ovvero il rimedio che Pietro Ichino impropriamente riconduce alle cosiddette *property rules*<sup>901</sup>, ma che in realtà realizza, anche nel rapporto di lavoro, il risarci-

<sup>898</sup> Sia sufficiente, sul punto, il rinvio – oltre che allo straordinario e impressionante affresco analitico di W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinvita del capitalismo democratico*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2013 – a A. Schäfer, W. Streeck (a cura di), *Politics in the Age of Austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013.

<sup>899</sup> Lo si desume anche dalle scarse informazioni che riescono a trapeolare sull'opaco processo di *drafting* normativo. V. sul punto le giuste sottolineature critiche di F. Carinci, *Il Jobs Act, atto II: legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015, pp. 1 ss.

<sup>900</sup> V. da ultimo la documentatissima analisi critica di V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, rispettivamente pp. 344 ss. (parte prima) e 447 ss. (parte seconda), ove ampi riferimenti anche alla dottrina economica.

<sup>901</sup> V. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 792 ss. La improprietà del riferimento – che rimanda al celebre studio di G. Calabresi e A.D. Malamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, vol. 35, n. 6, pp. 1089 ss. – è, da un punto di vista comparatistico, ben evidenziata da L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 661 ss., spec. p. 680. E

mento in forma specifica (art. 2058 cod. civ.) che di norma assiste nel sistema civilistico l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali<sup>902</sup> – è eccezionalmente riservata all'area, anche di fatto marginale, del licenziamento discriminatorio o affetto da vizio di nullità (espressa) (art. 2, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

Non è peraltro chiaro se, nel riferirsi alle ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», il legislatore delegato abbia in realtà inteso allargare la sfera applicativa della tutela reintegratoria piena, che nella previsione dell'art. 18, comma 1, come novellato dalla legge n. 92 del 2012, risulta in effetti individuata in modo più analitico (e, dunque, apparentemente più circoscritto), da un lato attraverso il puntuale riferimento ai divieti di discriminazione presenti nell'ordinamento, e, dall'altro, con l'espresso richiamo del motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

Il mancato riferimento a tale norma codicistica sembra invero poter autorizzare una interpretazione delle ipotesi di nullità del licenziamento per violazione dei divieti di discriminazione tipizzati dall'ordinamento maggiormente (e finalmente) conforme alla nozione oggettiva della fattispecie discriminatoria, come noto accolta dalle fonti e dalla giurisprudenza comunitarie<sup>903</sup>, superando così l'augusta concezione soggettivizzante ancora oggi fatta propria dalla prevalente giurisprudenza nazionale con l'esigere la prova, da parte del lavoratore ricorrente, del motivo illecito determinante la condotta del datore di lavoro<sup>904</sup>. Ciò che potrebbe dare maggior vigore applicativo alla tutela antidiscriminatoria, sinora rimasta ristretta nella pratica dentro spazi davvero angusti, con la conseguente espansione dell'utilizzo del rimedio della tutela reintegratoria piena, senza necessità di accedere a quelle forzature interpretative che giungono a predicare, in sostanza, una inammissibile equiparazione tra licenziamento propriamente discriminatorio e licenziamento soltanto ingiustificato<sup>905</sup>.

---

si veda anche G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 617 ss.

<sup>902</sup> Cfr. Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, che ha magistralmente chiarito che l'art. 2058 cod. civ., applicabile anche all'illecito contrattuale, «attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento per equivalente alla subordinata condizione che risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2)» Sicché, anche in omaggio al noto principio, iscrivibile nel raggio dell'art. 24 Cost., per cui «il processo civile deve dare per quanto è possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935, ristampa del 1965, p. 390), «la tutela reintegratoria è più vicina alle scelte di valore del legislatore in tema di responsabilità contrattuale», onde vanno intese come eccezionali rispetto a tali le scelte le norme che escludono o limitano la tutela specifica offerta dall'art. 18 dello Statuto, anche perché, diversamente, «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma». Cfr., su tutto ciò, la seminale ricostruzione di M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

<sup>903</sup> Cfr. per tutti A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, vol. cinquantesimo del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, CEDAM, Padova, 2010, spec. pp. 49 ss.

<sup>904</sup> Cfr. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo del 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., pp. 65 ss., sul punto p. 71.

<sup>905</sup> Secondo l'ipotesi formulata da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 527 ss., ma rimasta del tutto isolata anche in dottrina.

È per altro verso innegabile che, riferendosi, oltre che alla nullità del licenziamento in quando discriminatorio, «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», l'art. 2, comma 1, del decreto possa essere inteso – come si è subito suggerito da parte di qualche commentatore – nel senso di voler restringere ai soli casi di nullità per l'appunto espressa (cioè esplicitata come sanzione della violazione del precetto primario) la invocabilità del rimedio reintegratorio pieno. Ma tale indubbia suggestione letterale non può essere enfatizzata sino al punto di forzare il valore della coerenza del sistema, che esige di considerare operante anche ai fini di cui all'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015 (come pure dell'art. 18, comma 1, dello Statuto) il principio generale che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento civilistico. Onde anche sotto tale profilo la formula del rinvio agli altri casi di nullità previsti dalla legge – che compare nel testo dell'art. 2, comma 1 – potrebbe consentire, ove estensivamente intesa, una applicazione del rimedio della reintegrazione in forma specifica oltre le ipotesi strettamente tipizzate. Senza trascurare che, ove si volesse limitare ai soli casi di nullità in senso stretto espressa l'applicabilità della reintegrazione ex art. 2, comma 1, del decreto legislativo (o ex art. 18, comma 1, dello Statuto), ben potrebbe ritenersi operante, per i casi di nullità implicita, il rimedio residuale e generale della cosiddetta reintegra di diritto comune, come si è ad esempio già argomentato – in sede di interpretazione della riforma del 2012 – con riferimento alla ipotesi del licenziamento collettivo viziato dalla carenza del presupposto giustificativo sostanziale o «causale» (della riduzione, trasformazione o cessazione dell'attività lavorativa)<sup>906</sup>.

Oltre che nei casi di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato la forma orale, l'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 23 del 2015 rende applicabile la disciplina della reintegrazione, di cui ai commi precedenti, anche nelle ipotesi in cui il giudice accerti «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68»<sup>907</sup>. Sul punto, la disciplina del contratto a tutele crescenti è, almeno all'apparenza, per un verso migliorativa di quella di cui l'art. 18 dello Statuto e, per un altro, significativamente peggiorativa.

È migliorativa laddove dà opportunamente accesso<sup>908</sup>, nelle ipotesi di assenza di giustificazione del licenziamento appena considerate, alla tutela reintegratoria piena (ovvero alla stessa tutela prevista dall'art. 2 per i casi di discriminazione e nullità); mentre l'art. 18, comma 7, primo periodo, dello Statuto contempla, per tali ipotesi, soltanto «l'effetto reintegratorio attenuato»<sup>909</sup>. È, invece, apparentemente (e immotivatamente) peggiorativa là dove non contempla, a differenza del comma 7 dell'art. 18, l'ipotesi del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., che, pertanto, almeno secondo la tesi che ammette l'applicazione della tutela reintegratoria

<sup>906</sup> Cfr. U. Carabelli, S. Giubboni, *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 391 ss., sul punto p. 405.

<sup>907</sup> Su tali ipotesi di licenziamento illegittimo rinvio a S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *Rivista critica dir. lav.*, 2008, pp. 427 ss.

<sup>908</sup> Proprio in ragione dei forti nessi con la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori disabili (su cui sia consentito l'ulteriore rinvio a S. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 289 ss.).

<sup>909</sup> P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediario ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., pp. 381 ss., qui p. 384.

piena solo per le fattispecie di nullità espressamente previste dalla legge, dovrebbe ora ricadere, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, nel campo di applicazione, congegnato come tendenzialmente generale e residuale, della tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3 del decreto legislativo<sup>910</sup>. Ma se si condividono gli spunti offerti poc'anzi a proposito del trattamento dei casi di nullità anche implicita, dovrebbe concludersi che il rimedio invocabile contro il licenziamento nullo, perché intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., resta nondimeno quello previsto dall'art. 2 del decreto attuativo (o, in alternativa, quello della reintegrazione di diritto comune).

Una tutela reintegratoria attenuata (sul modello dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori) è infine prevista dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Si avrà modo di svolgere qualche osservazione di taglio esegetico su tale disposizione più avanti, quando se ne tratteranno i profili di (evidente) incostituzionalità. Per ora preme rilevare che, con questa disposizione, il legislatore delegato completa le previsioni con le quali intende fissare il confine entro cui è eccezionalmente consentita la reintegrazione, tanto ad effetti pieni (art. 2), quanto, appunto, ad effetti risarcitori attenuati (art. 3, comma 2).

Al di là di tale confine, il lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti conoscerà, in caso di licenziamento illegittimo, solo il rimedio di tipo indennitario, forte o debole a seconda dei casi. E così, nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) o per giusta causa, il giudice dovrà dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso e condannare il datore al pagamento di una indennità – non assoggettata a contribuzione previdenziale – pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

La tutela indennitaria debole spetta, invece, ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012) o della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto<sup>911</sup>: casi nei quali il giudice, dichiarato estinto il rapporto alla data

<sup>910</sup> V. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 71.

<sup>911</sup> Non anche, invece, nei casi in cui il licenziamento per motivi oggettivi sia intimato con violazione della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012), visto che l'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 23 del 2015 dichiara espressamente inapplicabile tale disposizione ai licenziamenti economici dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti. La ragione di tale scelta del legislatore delegato – apparentemente incomprensibile, visto il buon esito deflattivo avuto dalla procedura conciliativa preventiva dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 – va con ogni probabilità ricollegata alla fiducia riposta sul meccanismo dell'offerta di conciliazione introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo. Tale disposizione prevede, infatti, che, in tutti i casi di licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, al fine di evitare il giudizio il datore di lavoro, entro il termine di 60 giorni stabilito per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, possa offrire al prestatore, nelle sedi a ciò qualificate dall'art. 2113, comma 4, cod. civ. e dall'art. 76 del d. lgs. n. 276 del 2003, un importo – non costituente reddito imponibile ai fini Irpef e non assoggettato a contribuzione previdenziale – di ammontare pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo prevede espressamente il dimezzamento di tali importi (e comunque la fissazione del tetto massimo di sei mensilità) nel caso di licenziamento intimato dalle piccole imprese che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, dello Statuto.

del recesso, condanna il datore al pagamento di una indennità sempre calcolata nel modo anzidetto, ma in una misura che non potrà essere inferiore a due e superiore a dodici mensilità (e cioè pari alla metà della tutela indennitaria forte contemplata per le fattispecie di insussistenza dei presupposti sostanziali del giustificato motivo o della giusta causa addotta dal datore di lavoro).

Per le piccole imprese che non raggiungono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto – cui è sempre inapplicabile il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori attenuati di cui all'art. 3, comma 2, del decreto – l'anzidetto ammontare delle indennità risarcitorie è dimezzato e non può in ogni caso superare le sei mensilità, che è come noto il limite massimo ordinario previsto dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. In tal modo il decreto legislativo (art. 9, comma 1) ridetermina *in peius*, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, i contenuti della stessa tutela obbligatoria ordinaria valevole per le piccole imprese, abbassando contemporaneamente la soglia minima (che per i vizi procedurali del licenziamento scende a una sola mensilità di retribuzione) e quella massima (che appunto non può superare in nessun caso le sei mensilità, laddove la legge n. 604 del 1966 consente, per i lavoratori con anzianità elevata, di raggiungere il tetto delle 14 mensilità).

Le organizzazioni di tendenza – ovvero i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto – sono generalmente assoggettati dall'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 alla nuova disciplina, nei termini appena riepilogati.

L'art. 10 estende al licenziamento collettivo – come definito dagli artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991 – la medesima disciplina applicabile al licenziamento individuale intimato in carenza di giustificato motivo oggettivo. E dunque, salvo il caso davvero di scuola del licenziamento collettivo intimato oralmente (per il quale vale ovviamente il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni ai sensi del comma 1 dell'art. 2), sia in caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223 del 1991, sia in caso di violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della medesima legge, dovrà applicarsi il regime indennitario «forte» previsto dall'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015 (con indennizzo risarcitorio commisurato, in relazione alla anzianità di servizio del lavoratore, tra un minimo di quattro ad un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto). La scelta in tal senso compiuta dal legislatore delegato – sui cui si erano in particolar modo appuntati i rilievi critici delle commissioni parlamentari, del tutto ignorati dal Governo – esclude dunque la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro già prevista dalla legge n. 92 del 2012 in favore del lavoratore licenziato in violazione dei criteri di selezione di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, parificando, sul piano dei rimedi, tale vizio sostanziale del recesso alle ipotesi di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, di tale ultima legge.

Completa il disegno della disciplina del licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti l'art. 11 del decreto, che rende inapplicabili le disposizioni di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, ovvero lo speciale rito previsto dalla legge Fornero per i licenziamenti comunque rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto. Su tale scelta – che estende al piano processuale la disparità di trattamento che affligge i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti nell'accesso ai rimedi sostanziali contro il licenziamento illegittimo – debbono aver pesato una serie di considerazioni, in parte certamente collegate alla pessima prova fornita dal cosiddetto «rito Fornero», fonte di irrisolte incertezze interpretative su aspetti

centrali della relativa disciplina<sup>912</sup>. Ma anche in questo caso, come per la scelta di escludere l'applicabilità della procedura conciliativa di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966<sup>913</sup>, la ragione principale va probabilmente rintracciata nella circostanza che, essendo stata marginalizzata la tutela reintegratoria ed essendo stata depotenziata quella indennitaria, il lavoratore avrà nella normalità dei casi convenienza ad evitare l'alea del giudizio accettando la somma offertagli dal datore di lavoro mediante consegna di assegno circolare ai sensi dell'art. 6, comma 1, del decreto legislativo, visto che solo in tal caso potrà avvalersi dell'allettante incentivo della detassazione contestualmente stabilito dalla disposizione<sup>914</sup>.

### 3. Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti rappresenta certamente il punto culminante di quel «ripiego inesorabile della logica statutaria»<sup>915</sup>, che caratterizza più in generale l'impianto controriformista del *Jobs Act*. Lo spettacolare arretramento delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato, che tale ripiego comporterà per i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti, è quasi rivendicato dal legislatore delegato come il passaggio inevitabile a una nuova costituzione materiale del lavoro, nella quale l'attuazione dell'art. 4 implica inesorabilmente la destrutturazione dello statuto protettivo e garantistico novecentesco quale unica condizione per un mercato del lavoro più efficiente e, ad un tempo, più equo e inclusivo.

Una scelta di questo tipo – consentanea alle raccomandazioni di riforma strutturale formulate all'interno di quel pervasivo coacervo di politiche neoliberiste che chiamiamo benignamente *governance* economica europea<sup>916</sup> – presuppone naturalmente una precisa consapevolezza di quel sostanziale indebolimento delle nervature valoriali costituzionali classiche del diritto del lavoro nazionale, che rappresenta il precipitato forse più evidente della crisi della stessa «capacità ordi-

<sup>912</sup> V., tra i primi e per tutti, G. Amoroso, *Rito speciale per le controversie in tema di licenziamento*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013, pp. 560 ss.; G. Vidiri, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 39 ss.

<sup>913</sup> V. *supra*, nota 19.

<sup>914</sup> La fiscalizzazione del costo del licenziamento (illegittimo) – che viene in tal modo prevista, sia pure al fine di alleggerire il contenzioso giudiziario (art. 6, comma 2, d. lgs. n. 23 del 2015) – corre peraltro il rischio di incentivare comportamenti opportunistici di «azzardo morale» da parte delle imprese. Queste, infatti, godendo del contestuale vantaggio della sostanziale decontribuzione triennale previsto dalla legge di stabilità per il 2015 per i lavoratori assunti a tempo indeterminato entro la fine di questo anno, potrebbero trovare comunque conveniente licenziare il prestatore di lavoro entro il triennio dall'assunzione, visto che in tal modo il «costo di separazione», già di per sé assai modesto, verrebbe praticamente pagato pressoché per intero dallo Stato.

<sup>915</sup> A. Tursi, *L'articolo 18 e il «contratto a tutele crescenti»*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 4, pp. 923 ss., qui p. 926.

<sup>916</sup> Un insieme di strumenti cui sembra ben attagliarsi la definizione di «neomedievalismo istituzionale» coniata in altro contesto da S. Rodotà, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 347, e che si può impiegare qui per segnalare il dominio di regimi di *governance* a legittimazione tecnocratica che si impongono operando al di fuori delle garanzie del costituzionalismo democratico e delle stesse strutture della *rule of law* comunitaria. Tra le analisi più precise e penetranti di questo fenomeno v. P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford e Portland (Oregon), 2014, pp. 19 ss.; C. Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in J.E. Fossum, A.J. Menéndez (eds.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, ARENA Report n. 2/2014, Oslo, 2014, pp. 279 ss., nonché A.J. Menéndez, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, ECOLAS Ediciones, Léon, 2013.

nante» della Carta fondamentale e dello svuotamento di normatività che corrode lo statuto costituzionale dei diritti sociali<sup>917</sup>. Sennonché il *Jobs Act*, nel suo radicalismo contro-riformatore, estremizza questa logica dichiaratamente postmoderna sino al punto di entrare comunque in contraddizione con taluni postulati fondamentali dell'ordine costituzionale del lavoro.

In effetti, come ho avuto già modo di osservare altrove<sup>918</sup>, il contratto a tutele crescenti genera due campi di tensione con i principi costituzionali: uno di portata generale, o se si vuole «sistemico», suscettibile di per sé di mettere in discussione la tenuta complessiva del disegno del *Jobs Act*, e che proprio per questo, implicando una lettura particolarmente esigente e «sostanzialistica» della Costituzione, difficilmente riuscirà ad aprirsi varchi nella linea di prudentissima deferenza alle scelte del legislatore ordinario da tempo consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali; l'altro, invece, limitato ad aspetti specifici ma nondimeno molto significativi della controriforma dei licenziamenti. Per tale motivo conviene pragmaticamente muovere da questo secondo ordine di profili di costituzionalità, per lasciare alle conclusioni valutazioni più ampie e problematiche sugli scenari dischiusi dal primo. E come hanno già fatto altri commentatori del *Jobs Act*<sup>919</sup>, è opportuno anzitutto partire dalle diverse questioni di coerenza con i pur laschi criteri direttivi stabiliti dalla legge delega, che certamente il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti solleva.

Non si intende riprendere qui la problematica generale – certamente non nuova, ma che l'approvazione con voto di fiducia della legge n. 183 del 2014 ha tuttavia senz'altro esacerbato – di una tendenza, come ha ben osservato Guazzarotti, alla accelerazione e alla distorsione verticistica delle procedure parlamentari<sup>920</sup>, che appare tanto più grave quando si sia in presenza, come nella specie, di una delega a vastissimo spettro e largamente indeterminata, che consegna al Governo la riscrittura a tema libero praticamente dell'intero diritto del lavoro italiano. La previsione di delega sul contratto a tutele crescenti, cui soltanto preme qui dedicare attenzione, riesce, infatti, a esibire, grazie alle integrazioni apportate al testo irresistibilmente ambiguo dell'originario disegno governativo, un livello di determinatezza che consente di fissare alcuni confini sicuri, oltre i quali la decretazione delegata può dirsi, con ragionevole certezza, illegittima «per eccesso» ai sensi dell'art. 76 Cost.

Ed il confine più nitidamente tracciato dall'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 è proprio quello che vuole la disciplina del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti riferibile (soltanto) alle «nuove assunzioni», alla stregua di una scelta frutto – sul punto – di un preciso compromesso politico. Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti, in cui si esaurisce l'*ubi consistam* del contratto a tutele crescenti, travalica, tuttavia, illegittimamente, per come risulta definito dall'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, tale confine, in almeno due direzioni diverse.

---

<sup>917</sup> In questi termini, pressoché testualmente, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 32 ss.

<sup>918</sup> V. S. Giubboni, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 16 del 2015, disponibile in <http://www.eticaeconomia.it>.

<sup>919</sup> V. in particolare l'ampia analisi di A. Guazzarotti, *Riforma del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2014.

<sup>920</sup> Ivi, p. 1.

Lo fa, anzitutto, chiaramente eccedendo la delega, laddove, con la previsione che compare ora nel comma 3 dell'art. 1, estende la nuova disciplina dei licenziamenti ai dipendenti già in forza nelle piccole imprese che superino, mediante assunzioni con contratti a tutele crescenti, la soglia occupazionale prevista per l'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto. Il travisamento della delega sta nel fatto che, sia pure con l'intento di incentivare nuove assunzioni nelle piccole imprese, eliminando per queste il possibile disincentivo derivante dall'ingresso (per i rapporti di lavoro già in essere) nell'area di applicabilità dell'art. 18, il decreto applica la nuova disciplina del licenziamento anche ai lavoratori già assunti. Ma ciò è impedito dal chiaro criterio direttivo della delega.

È semmai da osservare come un tale risultato sarebbe stato in astratto conseguibile dal legislatore escludendo i neoassunti con contratto a tutele crescenti dal computo dell'organico utile ai fini della determinazione della soglia occupazionale rilevante per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto, opzione tuttavia praticabile ove tale contratto fosse stato configurato come sottotipo sperimentalmente rivolto a favorire l'inserimento stabile nel mercato del lavoro, secondo la primissima indicazione in tal senso offerta dal disegno di legge governativo. Sennonché questa diversa via risulta oggi parimenti sbarrata dalla configurazione del contratto a tutele crescenti non già come sottotipo contrattuale ma come ordinaria forma di assunzione a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., ovvero come forma comune di rapporto di lavoro (art. 1, comma 7, lettera b, della legge n. 183 del 2014).

Eccede la delega, per ragioni analoghe, anche la norma inserita nel secondo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, che estende l'applicazione delle relative previsioni anche nei casi di conversione, pur successiva alla entrata in vigore del decreto, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. La violazione della delega sta in ciò: che la «conversione» – come la chiama impropriamente il decreto, pur in continuità terminologica con l'art. 32 della legge n. 183 del 2010 – è cosa evidentemente diversa, *per definitionem*, dalla nuova assunzione. A prescindere dalla circostanza che l'ordinamento conosce effetti di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato sia *ex tunc* che *ex nunc*<sup>921</sup>, ciò che accomuna tale figura – distinguendola dalla «nuova assunzione» – è che essa implica sempre l'accertamento della nullità parziale della clausola appositiva del termine ad un contratto già instaurato tra le parti, come condizione della trasformazione del medesimo. Ciò che, *mutatis mutandis*, vale anche per la «conversione» (o riqualificazione) del contratto di apprendistato, che peraltro costituisce già un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 167 del 2011).

Prospettano poi questioni, per così dire più sottili, di eccesso, o forse meglio di difformità dalla delega, anche altre previsioni del decreto. Non, però, a ben vedere, la previsione, contenuta nel già evocato art. 10, con cui il legislatore delegato ha armonizzato la disciplina del licenziamento collettivo a quella dettata dall'art. 3 per il licenziamento individuale (anche plurimo) per giustificato motivo oggettivo, escludendo sempre, per entrambe le fattispecie, la tutela reintegratoria

<sup>921</sup> V. rispettivamente i commi terzo e quarto dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, su cui, da ultimo e per tutti, M.L. Vallauri, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 323 ss., spec. p. 342.

(salvo ovviamente che non si rientri nelle diverse ipotesi della violazione dei divieti di discriminazione o della intimazione del recesso in forma orale). Quella previsione pare infatti coerente con la delega non fosse altro perché questa si riferisce espressamente ai «licenziamenti economici», espressione senz'altro idonea a ricomprendere entrambe le *species*, che del resto la prevalente dottrina ritiene senz'altro accomunate, dopo la legge n. 223 del 1991, sotto il profilo causale o sostanziale<sup>922</sup>.

Esibisce, invece, una assai dubbia compatibilità con la delega – che espressamente esige l'applicazione della tutela reintegratoria (sia pure ad effetto risarcitorio attenuato) per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» – la previsione di cui all'art. 3, comma 2, del decreto, con la quale come visto il legislatore delegato consente la tutela reale solo nelle ipotesi, non specificamente determinate<sup>923</sup>, di recesso datoriale per ragioni soggettive nelle quali «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», senza che sia consentita al giudice qualsivoglia valutazione sulla «sproporzione» della sanzione estintiva del rapporto. Poiché, però, in tal caso è anzitutto la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa, con il suo espresso divieto del controllo di proporzionalità, a porsi in insanabile contraddizione con i principi costituzionali, pare opportuno riservare l'analisi dei profili di illegittimità di tale norma al paragrafo successivo.

#### 4. Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza.

La norma del secondo comma dell'art. 3 ha una genesi ideologica che non si fatica a individuare in quella irresistibile insofferenza verso la (ineliminabile)<sup>924</sup> discrezionalità valutativa del giudice che caratterizza – più di altri – gli approcci ispirati alla razionalità strumentale della *law and economics*<sup>925</sup>, costruiti sul mito moderno di un diritto certo in quanto calcolabile, misurabile, esattamente predeterminabile *ex ante* perché interamente iscrivibile dentro la logica apodittica del verso/falso o quella matematica del calcolo numerico.

È evidentemente questa la logica che anzitutto sorregge la scelta di commisurare meccanicamente all'anzianità di servizio del lavoratore l'entità della indennità risarcitoria, escludendo tutti gli altri criteri contemplati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e dallo stesso art. 18 dello Statuto, come novellato dalla legge Fornero, i quali sono irriducibili ad un mero esercizio di misurazione quantitativa ed esigono viceversa valutazioni di carattere più o meno discrezionale (come, tipicamente, quella che investe il comportamento o le condizioni delle parti). Ed è ovviamente sempre

<sup>922</sup> Cfr. solo O. Mazzotta, *Licenziamento collettivo*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 766 ss.

<sup>923</sup> Come, invece, sarebbe avvenuto, in coerenza con la previsione di delega, ove fosse stata effettuata la scelta, inizialmente ipotizzata dallo stesso Governo, di limitare la reintegrazione alle ipotesi in cui fosse stata accertata l'illegittimità del licenziamento intimato sulla base dell'addebito – rivelatosi appunto inconsistente – di fatti di rilevanza penale, con implicito rinvio alle corrispondenti (e sicuramente determinate) fattispecie legali. Ma una scelta del genere avrebbe evidentemente conservato un'ampia sfera di apprezzamento valutativo in capo al giudice, e per questo è stata scartata dal Governo, che ha così preferito la formula riportata nel testo, che quella discrezionalità vuole completamente eliminare bandendo il controllo di proporzionalità sulla sanzione.

<sup>924</sup> V. solo le dense e pungenti pagine di R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

<sup>925</sup> «Una teoria giuridica senza il diritto», nella fulminante definizione critica di E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, Walter Eucken Institut - Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

questa la logica che – escludendo qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla infrazione disciplinare – impone al giudice di limitare l'accertamento ai fini dell'applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del mero «fatto materiale», quale accadimento verificabile nel mondo della esperienza sensoriale, cui solo si attaglia l'alternativa vero/falso.

Per la verità, questa logica aveva provato come noto a farsi strada già nella interpretazione del nuovo art. 18 dello Statuto, ove una parte della dottrina si era consistentemente applicata a dimostrare che la insussistenza, semplice o manifesta, del fatto addebitato o posto a base del licenziamento, di cui ai commi 4 e 7 della disposizione, dovesse essere inteso come fatto materiale, e non giuridico, oggettivo o reificato al punto da escludere – secondo i più rigorosi – qualunque considerazione del profilo psicologico dell'agente nella realizzazione della condotta (la coscienza e la volontà dell'evento, il dolo o la colpa, lieve o grave che fosse)<sup>926</sup>. La tesi era stata tuttavia subito confutata – con insuperabili argomenti testuali, sistematici e «costituzionalmente orientati» – da un non meno consistente filone dottrinario<sup>927</sup>, al quale era presto giunto il conforto – sempre decisivo – della dominante giurisprudenza di merito<sup>928</sup> formatasi sul nuovo art. 18<sup>929</sup>.

La ventura ha tuttavia voluto che proprio nei giorni in cui i tecnici del Governo erano all'opera per vergare il testo del decreto attuativo, la Corte di Cassazione – con un *obiter dictum* peraltro del tutto contraddittorio rispetto alla *ratio* della decisione, coerente con la prevalente interpretazione giurisprudenziale<sup>930</sup> – abbia inteso precisare che «il nuovo art. 18 ha tenuta distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione»; conseguendone che la «reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza

<sup>926</sup> La più rigorosa illustrazione della tesi si trova in A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 415 ss., poi seguito – ancorché con significative sfumature – da altri autori, tra i quali: R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 613 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ivi*, 2013, pp. 66 ss. (quest'ultimo, però, con posizione in certo modo intermedia tra le contrapposte tesi).

<sup>927</sup> Cfr. *ex multis* F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 773 ss.; *Id.*, *Ripensando il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2013, pp. 461 ss. A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, pp. 785 ss.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 521 ss.; ma soprattutto E. Ghera, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, pp. 425 ss., e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 1 ss., e *Id.*, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, pp. 1345 ss.

<sup>928</sup> Ma un cenno adesivo era giunto, sia pure in *obiter dictum*, da Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10550.

<sup>929</sup> Già a partire dalla primissima ordinanza del Tribunale di Bologna, 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1049 ss., con commenti, oltre che di R. De Luca Tamajo (*supra cit.* alla nota 34), 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 posti dal sistema*; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*. Una rassegna completa e aggiornata della giurisprudenza si trova in V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, *cit.*, spec. pp. 369 ss.

<sup>930</sup> V. infatti il commento di M. De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1279 ss.

marginari per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale». Con la ulteriore conseguenza, per l'appunto, «che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato»<sup>931</sup>.

L'eco di questo *obiter* è sin troppo scoperta nel testo dell'art. 3, comma 2, del decreto<sup>932</sup>, e come un «dilettante di sensazioni»<sup>933</sup> il legislatore delegato si è volentieri lasciato suggestionare da questa inattesa apertura della Cassazione alla teoria del fatto materiale, della cui esistenza o inesistenza *in rerum natura* il giudice sarebbe chiamato a prender atto, senza potersi avventurare nei terreni proibiti delle valutazioni di proporzionalità (cioè di ragionevolezza)<sup>934</sup>. Sennonché, a prescindere dalla questione se una tale interpretazione sia compatibile (e a nostro avviso certamente non lo è) con il testo del novellato art. 18 dello Statuto, resta il fatto che oggi, per come il legislatore delegato ha lessicalmente formulato il secondo comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015, ci troviamo di fronte a previsione normativa sicuramente abnorme perché manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l'art. 3 Cost.

Impedendo qualunque valutazione sulla proporzionalità tra infrazione e sanzione espulsiva – valutazione che è ontologicamente immanente al sistema disciplinare (art. 2106 cod. civ.), e che per gli stessi lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti dovrà quantomeno valere ai fini dell'applicazione delle sanzioni conservative – l'art. 3, comma 2, ammette anzitutto l'aporia logica che possa essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di un minuto), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e quindi lecito, perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 3, legge n. 604 del 1966) o di giusta causa (art. 2119 cod. civ.). La intrinseca irrazionalità della previsione ridonda poi – nei casi in cui un certo accadimento materiale possa nella sua oggettività rivestire una astratta valenza disciplinare ai fini del licenziamento – in una violazione inevitabile del principio di eguaglianza, laddove impone al giudice, precludendogli il controllo di proporzionalità, di trattare allo stesso modo (con l'esclusione del rimedio reintegratorio) situazioni che possono essere sostanzialmente diverse (per i profili soggettivi e psicologici che connotano la condotta dell'agente, per la esistenza di cause di giustificazione o esimenti, e così via). D'altra parte, per come è congegnata, la norma è palesemente illegittima anche perché finisce per svuotare di qualunque rilievo (in contrasto, oltre che con l'art. 3, con l'art. 39, comma 1, Cost.) le previsioni contenute (tanto sotto il profilo della tipizzazione degli illeciti, quanto sotto quello della corrispondente graduazione delle sanzioni) nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro.

La insanabile irrazionalità della norma è poi addirittura esaltata da quelle tesi che attribuiscono all'impiego della formula, volutamente ambigua, alla cui stregua la tutela reale è eccezionalmente ammessa «esclusivamente nelle ipotesi» in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», il significato di invertire, addossandolo a

<sup>931</sup> Così Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1381 ss., qui p. 1385.

<sup>932</sup> V. anche F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 77.

<sup>933</sup> Per evocare altrettanto liberamente il celebre e suggestivo giudizio di Croce sulla poetica dannunziana.

<sup>934</sup> V. soltanto F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 17 ss.

quest'ultimo, l'onere della prova in ordine al presupposto per l'accesso al rimedio reintegratorio, gravando ormai sul datore di lavoro, ex art. 5 della legge n. 604 del 1966, solo l'onere di provare la giustificatazza «semplice» del licenziamento. L'aberrazione delle regole sul riparto – in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. – consisterebbe qui nello scaricare sul lavoratore l'onere della prova del fatto negativo, quando è ipotizzabile che in molti casi il ricorrente non avrà neppure interesse a contestare l'esistenza in sé del fatto storico, di cui contesta soltanto la qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, ovvero la radicale irriducibilità alle nozioni legali dettate – anche per la giustificazione del licenziamento dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti – dagli artt. 3 della legge 604 del 1966 e dall'art. 2119 cod. civ.

In realtà l'intero impianto concettuale del decreto sul contratto a tutele crescenti – qui in piena coerenza con la delega – è costruito sulla rottura del principio di uguaglianza e di solidarietà nei luoghi di lavoro<sup>935</sup>, con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto (come, appunto, il diverso momento di decorrenza di rapporti di lavoro pur identici sotto ogni profilo sostanziale)<sup>936</sup>.

Una tale lacerazione dei principi fondativi del diritto del lavoro giunge ad esiti che ci appaiono ingestibili persino sul piano pratico nel caso del licenziamento collettivo, la cui irrazionale disciplina è stata anche per questo oggetto di vane raccomandazioni nel parere espresso sul decreto attuativo dalle commissioni parlamentari. Estendendo la nuova disciplina sull'indennizzo correlato alla anzianità di servizio anche ai licenziamenti collettivi (come pur astrattamente autorizzato a fare dalla legge delega), il legislatore delegato permette, tuttavia, che – a fronte dei medesimi vizi procedurali o sostanziali di uno stesso licenziamento per riduzione di personale, che coinvolge contemporaneamente vecchi e nuovi assunti – solo i primi possano avvalersi delle tutele processuale e sostanziale garantita dall'art. 18 dello Statuto come riformato dalla legge Fornero, relegando i secondi alla ridotta tutela indennitaria consentita in generale dal contratto a tutele crescenti, da attivare in giudizio avvalendosi del rito ordinario.

## 5. Conclusioni.

La scelta di flessibilizzare il mercato del lavoro italiano con la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo (a seconda che si tratti di vecchi o di nuovi assunti) avrà esattamente l'effetto di internalizzare in via strutturale all'interno dell'impresa quel dualismo che il legislatore

<sup>935</sup> E nella radicale messa in discussione di principi fondativi del diritto del lavoro come l'eguaglianza sostanziale e solidarietà si compie davvero un «cambiamento di paradigma», che lo «sfregio della stabilità» già inferto dalla legge Fornero aveva solo avviato: cfr. M. Napoli, *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. XI. Sulla stessa linea G. Loi, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 3 ss., commentando i potenziali effetti destrutturanti dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011.

<sup>936</sup> Come giustamente sottolinea F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 68, «cheché si creda e si dica sulla praticabilità di un duplice regime dei licenziamenti nel settore privato, con la coesistenza a fianco a fianco di dipendenti trattati diversamente solo in ragione della data di assunzione, questa sembra escludersi in radice per il settore pubblico privatizzato in forza dell'art. 97 Cost., chiamato a suo tempo in causa per legittimare *vis-à-vis* dell'art. 39, comma 4, Cost., la prevista efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di comparto».

si propone di contrastare. E già per questo, per questa intrinseca inidoneità rispetto allo scopo asseritamente perseguito, una tale disparità (strutturale e permanente) di trattamento tra lavoratori non soddisfa il criterio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.<sup>937</sup>. La differenza di trattamento – oltre che inadeguata e non necessaria rispetto allo scopo – appare, d'altra parte, del tutto sproporzionata, e dunque insuscettibile di soddisfare il più specifico *test* di bilanciamento imposto dal giudizio di ragionevolezza<sup>938</sup>, poiché, diversamente dalle iniziali ipotesi di contratto a tutele crescenti come sottotipo rivolto a favorire l'inserimento stabile nel lavoro subordinato con una deroga solo transitoria alla ordinaria disciplina dei licenziamenti, il decreto introduce una differenziazione di statuto protettivo radicale e permanente, senza realizzare un riallineamento delle tutele al raggiungimento di una certa anzianità di servizio.

La scelta del legislatore delegato in favore di una brutale monetizzazione «al ribasso» delle conseguenze del licenziamento illegittimo non individua pertanto un punto di ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo. L'unico interesse realmente protetto finisce per essere quello del datore di lavoro alla certezza di costi contenuti e predeterminabili *ex ante*, mettendo fuori gioco una volta per tutte la discrezionalità valutativa del giudice.

Sotto tale profilo, la tensione con i principi costituzionali non sta tanto (o soltanto) nel sostanziale abbandono della tutela reintegratoria, che non è costituzionalmente necessitata, ancorché nella già evocata, importante pronuncia n. 141 del 2006 le Sezioni Unite della Cassazione abbiano avvertito che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»<sup>939</sup>. L'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inidonea a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria.

L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisfa certamente – quantomeno per i lavoratori con minore anzianità – un tale requisito minimo di effettività, situandosi largamente al di sotto degli *standard* minimi previsti dalle fonti internazionali e sovranazionali. Il parametro più esigente e significativo – rilevante come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – è al riguardo senz'altro quello offerto dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea, per il quale è possibile fare affidamento su una consolidata stratificazione di indirizzi interpretativi da parte del comitato di esperti indipendenti<sup>940</sup>.

<sup>937</sup> Cfr. in termini M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 95.

<sup>938</sup> Cfr. *ex multis* F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 30 ss.; P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pp. 481 ss.

<sup>939</sup> V. *supra*, nota 10.

<sup>940</sup> Si rinvia al riguardo all'attenta analisi di G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., pp. 623 ss., che osserva come l'importante Convenzione n. 158 del 1982 dell'OIL in materia di licenziamento – non essendo stata ratificata dall'Italia – a rigore non possa avere invece rilievo nel nostro ordinamento, probabilmente neppure per il tramite del diritto dell'Unione europea (e, in particolare, della previsione di cui all'art. 6, par. 1, del TUE). L'autore avverte, peraltro, come «il dialogo tra gli organismi deputati a garantire il rispetto dei diritti fondamentali» (ivi, p. 625) – che nel caso della Carta sociale europea non hanno natura propriamente giurisdizionale – possa nondimeno favorire una circolazione di *standard* di tutela anche al di là dei limiti formali di applicazione che connotano i singoli strumenti utilizzati. Si tratta di tendenza ben nota, rafforzata dai processi di globalizzazione giuridica, indagata ormai da una ricca letteratura: v. più di recente tra gli altri G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Il diritto dell'Unione europea non sembra invece offrire ancoraggi altrettanto utili, essenzialmente a causa dei noti limiti applicativi della Carta dei diritti fondamentali alla stregua dell'art. 51. La disciplina del contratto a tutele crescenti si muove, in effetti, pressoché per intero al di fuori del campo applicativo del diritto dell'Unione europea (e quindi della Carta), salvo forse che per la previsione di cui all'art. 10 in tema di licenziamenti collettivi, che – destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59 – può ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l'art. 30 della Carta di Nizza.

La lotta per il diritto – per la riconquista di un diritto del lavoro nel quale possa ancora riconoscersi il seme progettuale dell'art. 3, comma 2, Cost. – non potrà tuttavia essere affidata soltanto alla dialettica giudiziaria e al pur inevitabile vaglio di costituzionalità del *Jobs Act*. Gli istituti della solidarietà sono – ieri come oggi – il frutto della forza rivendicativa e progettuale di soggetti storici reali<sup>941</sup>: sarà anzitutto compito del lavoro organizzato e del sindacato saper ritrovare – rinnovandosi – questa forza, proprio nel momento in cui sembra averla perduta.

---

<sup>941</sup> Cfr. da ultimo S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 27 ss.

## La clausola di pace: variazioni sul tema\*

Franco Liso - Luisa Corazza

1. Introduzione e delimitazione dell'indagine.	303
2. Le parti collettive possono conferire una proiezione normativa alla clausola di pace?	306
3. La clausola di pace concretizza una ablazione o una regolazione del diritto di sciopero?	309
4. La clausola di pace e i non iscritti al sindacato: inscindibilità e corrispettività del contratto collettivo; principio di maggioranza e bilanciamento tra principi costituzionali.	311

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 247/2015

## 1. Introduzione e delimitazione dell'indagine.

Negli anni recenti il volto del diritto sindacale italiano si presenta profondamente modificato, soprattutto ad opera dell'autonomia collettiva, che dal 2011 in poi è intervenuta con una serie di accordi che toccano nel vivo l'argomento del presente scritto.

Il tema della tregua sindacale attira oggi l'interesse crescente della dottrina, come è dimostrato dalla fiorente letteratura sul punto e dalla disciplina introdotta in materia dal Protocollo 28 giugno 2011, dall'Accordo quadro 31 maggio 2013 e dal Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Di questa nuova stagione si sono intravisti i germi già nella riforma della contrattazione del 2009, nella quale sono stati riproposti gli strumenti della tregua sindacale uniti a meccanismi di conciliazione e arbitrato per garantire il corretto funzionamento del sistema contrattuale (Accordo quadro 22 gennaio 2009; accordo interconfederale Confindustria 15 aprile 2009). Ma è soprattutto con gli accordi del gruppo Fiat del 2010-2012 che il tema della pace sindacale si è imposto all'attenzione delle parti sociali e della dottrina<sup>942</sup>.

Con l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e, infine, il Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014, che dei due accordi precedenti costituisce attuazione, il sistema di contrattazione collettiva si è avviato verso un percorso tendente ad una progressiva regolazione, in cui il governo del conflitto collettivo svolge un ruolo di primo piano. Attraverso questo gruppo di accordi, per quanto in un settore determinato dell'economia italiana, l'autonomia collettiva si è dotata di un sistema fondato, tra l'altro, sulla regolazione per via negoziale del diritto di sciopero.

Dopo un primo intervento, di carattere interpretativo, contenuto nell'accordo del 28 giugno 2011 - in cui le parti si sono preoccupate di confinare all'ambito delle parti collettive l'efficacia della eventuale clausola di pace contenuta negli accordi aziendali - le clausole di pace, con gli accordi del 2013 e del 2014, sono entrate a far parte del contenuto degli accordi nazionali. In questi ultimi due accordi è stata introdotta una clausola di pace che appare dotata di particolare forza vincolante. La contrattazione di livello interconfederale sancisce infatti un impegno delle parti a dare piena applicazione agli accordi e a non promuovere iniziative di contrasto agli stessi: con la clausola di pace contenuta in tali accordi, si pone un impegno "a monte" che vincola le parti anche in assenza di clausole di tregua esplicitamente stipulate all'interno dei contratti collettivi conclusi in attuazione del protocollo. La clausola di pace diviene così elemento integrante del sistema, in

<sup>942</sup> Tra i tanti, v. V. Bavaro, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'“archetipo” Fiat di Pomigliano*, QRS, 2010, n. 3, 340; R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità delle relazioni industriali*, RIDL, 2010, I, 807; P. Tosi, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro. Il sistema collettivo*, ADL, 2010, 1089; V. Bavaro, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, DLRI, 2011, 313; F. Carinci, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, ADL, 2011, I, 11; P. Chieco, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, L. Mariucci, *Prime note sul caso Fiat: anomalia o modello?*, e G. Proia, *Clausole di responsabilità e clausole integrative*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori, diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, Napoli, 2011, I; L. Corazza, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, RIDL, 2011, I, 617; R. De Luca Tamajo, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, RIDL, 2011, III, 113; F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, DLRI, 2011, 331; M. Magnani, *Da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, Iustitia, 2011, n. 1; G. Proia, A. Zoppoli, *Clausole di responsabilità e clausole integrative*, in *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, a cura di F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2011, 235 e 244; E. Ghera, *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, Franco Angeli, Milano, 2012, 627 ss.

modo che, anche laddove essa non venga esplicitamente prevista dal contratto nazionale, la stessa dovrà comunque ritenersi implicita<sup>943</sup>.

Il percorso di “riscoperta” delle clausole di pace sindacale si è dunque compiuto con gli ultimi accordi del 2013 e del 2014, ed è arrivato a sancire la centralità del tema della tregua nel sistema della contrattazione collettiva<sup>944</sup>.

Il presente scritto si propone di sottoporre a verifica la radicata opinione per cui la clausola di pace sindacale possa vincolare solo le parti collettive e non i singoli lavoratori.

Gli argomenti a sostegno della tesi per cui la clausola di pace sindacale può produrre effetto solamente nei confronti delle parti collettive sono stati nel tempo ampiamente ripresi e ripetuti in dottrina, tanto da essere quasi completamente assorbiti dalla manualistica corrente<sup>945</sup>, fino a costituire veri e propri “tabù”. Vale la pena, tuttavia, avanzare perplessità su queste consolidate convinzioni, le quali, al vaglio di una più attenta riflessione, appaiono per la verità confutabili.

Prima di argomentare queste perplessità conviene fare una precisazione: così come generalmente si esclude che nel nostro ordinamento possa parlarsi della clausola di pace come effetto naturale del contratto collettivo<sup>946</sup>, parimenti deve escludersi che l'eventuale previsione espressa

<sup>943</sup> Questa è la lettura della clausola di pace contenuta nel Protocollo del 31 maggio 2013 proposta da F. Liso, *Brevi note sul protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, Working Paper ADAPT, n. 144/2013; tale lettura è confermata da quanto riproposto nel Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 secondo L. Corazza, *Il conflitto collettivo nel testo unico sulla rappresentanza: prime note*, DRI, 2014; parla di *procedimentalizzazione debole* che dovrà operare solo per tentare di prevenire il conflitto e non anche per quanto attiene le modalità di esercizio del diritto di sciopero, A. Maresca, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, DLRI, 2014, 568; di diverso avviso è invece M. Barbieri, *Il testo unico alla prova delle norme giuridiche*, DLRI, 2014, 577.

<sup>944</sup> Sugli accordi del 2013 e 2014 v., tra i tanti, F. Carinci, *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, DRI, 2014, 333; A. Viscomi, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013*, RIDL, 2013, I, 773; A. Zoppoli, *Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, DLM, 2013, 249; A. Maresca, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il protocollo d'intesa del 31 maggio 2013*, RIDL, 2013, I, 709; L. Corazza, *Il conflitto collettivo nel testo unico sulla rappresentanza*; P. Tosi, *Il protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013*, DRI, 2013, p. 638; F. Liso, *Brevi note sul protocollo Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del maggio 2013*, cit.; A. Maresca, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, cit.; M. Barbieri, *Il Testo Unico alla prova delle norme giuridiche*, cit.; V. Bavaro, *Note sul testo unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, [www.dirittisocialiecittadinanza.org/27.1.2014](http://www.dirittisocialiecittadinanza.org/27.1.2014); P. Lambertucci, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, RIDL, 2014, 237; F. Scarpelli, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, DRI, 2014, 687.

<sup>945</sup> È opinione diffusa che la clausola di tregua sindacale possa vincolare solo le parti collettive e non i singoli lavoratori. Quanto questa prospettiva sia radicata nella cultura giuslavoristica italiana è dimostrato dalle affermazioni che ricorrono sul punto nella manualistica, v. soprattutto G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1982, p. 169 ss.; Mazzotta, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 123 ss.; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto sindacale*, Utete, Torino, 2013, p. 264 ss.; M.V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 273 ss.; R. Pessi, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 195 ss.; è significativo che questa tesi sia stata sostenuta anche da chi ha svolto una delicata attività consulenziale a favore della Fiat nella stipula degli accordi (R. De Luca Tamajo, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, cit.). Per una diversa prospettiva, Magnani, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2013, 149 ss.; Giugni (*Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, p. 148) correttamente esclude il vincolo nei confronti dei singoli lavoratori, ma sulla base della pragmatica considerazione che nell'esperienza delle nostre relazioni industriali non è intenzione delle parti produrre quel vincolo.

<sup>946</sup> Costituisce opinione minoritaria quella che ritiene che la tregua costituisca un effetto implicito della stipula del contratto collettivo (v. ad esempio A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. I. Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2005, p. 240). La risalente dottrina riteneva di poterla dedurre dalla applicazione dei principi civilistici al contratto collettivo (esplicito in tal senso L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, Jus, 1975, 167, ora in Idem, *Diritti e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985; ripreso poi da Ichino, *Il contratto di lavoro, Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 157). È tuttavia nel tempo

di una clausola di pace possa di per sé produrre effetti di vincolo anche in capo ai singoli lavoratori<sup>947</sup>. Anche questa proiezione, infatti, non può che essere oggetto di una previsione esplicita, se è vero l'argomento che, essendo il diritto di sciopero garantito con la massima latitudine, senza che sia intervenuta una disciplina di legge ad imporre una siffatta limitazione, essa non può che essere riconducibile ad una espressa previsione dell'autonomia collettiva. Peraltro occorre prendere atto che nell'esperienza delle nostre relazioni industriali le organizzazioni sindacali non hanno mai percorso una strada siffatta (e se ne ha una conferma nelle recenti vicende degli accordi interconfederali sopra citati)<sup>948</sup>.

Dobbiamo chiederci tuttavia se, per le parti sociali, questa sia una strada obbligata. In altri termini, sono rinvenibili, nel nostro ordinamento, ostacoli alla previsione esplicita di clausole di pace sindacale mirate a produrre effetti non solo nei confronti delle parti collettive, ma anche nei confronti dei singoli lavoratori? È appena il caso di precisare che affrontiamo un problema allo stato solo teorico, perché, come si è detto poco fa, va preso atto che nella sua esperienza il sindacato

---

prevalsa l'impostazione che segnala, nel diritto sindacale, la necessità di fare riferimento alla prassi delle relazioni intersindacali, contro una lettura strettamente civilistica (v. soprattutto G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, RGL, 1972, 325; rifiuta una lettura deduttivistica di contratto collettivo, fondata sui principi del diritto civile, anche Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, DLRI, 1990, 690 ss.; sul tema v. anche L. Nogler, *Pacta sunt servanda e "contratti" collettivi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008).

Di recente, prendendo spunto da alcuni passi contenuti nel celebre saggio di Giugni (G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960) si è sostenuta la tesi che la clausola di pace debba considerarsi connaturata alla configurazione dell'ordinamento intersindacale (in questo senso v. E. Ghera, *Titolarità del diritto di sciopero. Tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, cit., p. 627 ss.; P. Ichino, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in P. Ichino, a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 52; G. Pino, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 42). In verità in quel saggio il tema della clausola di pace sembra solo sfiorato e posto come problema da approfondire. Se è vero che in una nota (n. 43 di p. 135) si affermava che la previsione esplicita della clausola di pace in alcuni accordi non necessariamente dovesse implicare che la sua mancanza negli altri accordi potesse costituire "un argomento decisivo per escluderne l'esistenza, come volontà implicita delle parti, o, meglio, come elemento della stessa causa del contratto" (aggiungendosi peraltro che "quest'ultima soluzione, concorde nella dottrina tedesca, presuppone .. la soluzione di complessi problemi costruttivi"), è altrettanto vero che qualche anno dopo, in una recensione alla monografia di Ghezzi sulla responsabilità delle associazioni sindacali Giugni considerava la clausola di pace implicita come inesistente "non sembrandomi possibile ricavare per via extra-testuale un così oneroso limite all'autonomia sindacale" (RTDPC, 1965, p. 304).

Rivaluta l'obbligo implicito di pace sindacale con riferimento ai sindacati, che stipulano il contratto *iure proprio* e ne risultano pertanto vincolati L. Nogler, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna 2014, il quale critica l'impostazione di Ghezzi (G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, Giuffrè, 1963) mettendo in discussione la lettura del dato comparatistico dell'ordinamento tedesco. Ora, se anche si può condividere l'idea che Ghezzi sopravvaluti la mancanza nell'ordinamento tedesco di una espressa formalizzazione del diritto di sciopero ai fini della giustificazione dell'esistenza in quell'ordinamento di una clausola implicita di pace sindacale, non si può negare tuttavia che la formalizzazione di quel diritto nel nostro ordinamento costituzionale abbia costituito elemento ragionevolmente ostativo ad una operazione di configurazione di un obbligo di pace implicito costruito sulla logica civilistica della pace come contenuto essenziale di qualsiasi patto ed abbia anche ostacolato la possibilità di prospettare quella clausola come riconducibile alla volontà della parti.

<sup>947</sup> In questo senso sembrano invece orientati Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit., p. 687; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 157.

<sup>948</sup> L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 relativamente al contratto aziendale esplicitamente afferma che eventuali clausole di pace concordate a quel livello sono impegnative solo nei confronti delle parti collettive. Tale formula non è stata riprodotta dall'accordo del 2013 per il contratto nazionale, e nel Testo unico del 2014 è richiamata solo con riferimento alla contrattazione aziendale. È pertanto questione aperta se si possa comunque pervenire per via di interpretazione alla stessa conclusione per i contratti nazionali (in questo senso v. F. Liso, *Libertà sindacale, rappresentanza e conflitto nel «trittico» degli accordi interconfederali*, RIDL 2014, I, 577; analogamente F. Carinci, *Adelante Pedro, con iudicio, dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'art. 19, lett. b) St.)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 179/2013; o se, piuttosto, la stessa non sia da ritenersi confinata alla sfera della contrattazione aziendale (in questo senso Corazza, *Il conflitto collettivo nel testo unico sulla rappresentanza*, cit.).

italiano non ha mai voluto formalizzare clausole di pace impegnative nei confronti dei singoli lavoratori, al limite spingendosi solo ad obbligarsi, su questo versante, ad esercitare un dovere di influenza<sup>949</sup>.

In genere, si suole affermare che una proiezione normativa della clausola di pace sarebbe preclusa dal nostro ordinamento, in primo luogo, perché lo sciopero è un diritto del singolo lavoratore e quindi i sindacati non avrebbero competenza a disporne<sup>950</sup>; in secondo luogo, perché le clausole di pace rappresenterebbero comunque una forma di ablazione e non di disciplina del diritto di sciopero<sup>951</sup>.

## 2. Le parti collettive possono conferire una proiezione normativa alla clausola di pace?

La prima affermazione costituisce un vero e proprio “tabù”: la titolarità individuale del diritto di sciopero invocata escluderebbe la competenza del contratto collettivo a regolare le condizioni del suo esercizio, perché i sindacati non potrebbero disporre di un diritto di cui sarebbe titolare il singolo lavoratore<sup>952</sup>. Questi resterebbe libero di scioperare nonostante la presenza della clausola di pace che potrebbe vincolare solo le parti collettive.

Presso la dottrina italiana, è stata dominante, a partire dagli anni '60, l'opinione che ascrive al singolo lavoratore la titolarità del diritto di sciopero<sup>953</sup>. A nostro avviso, per affermare la possibilità di una valenza normativa della clausola di pace non è necessario demolire la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero e affermare la tesi della titolarità collettiva<sup>954</sup>. A ben vedere, la

<sup>949</sup> Sotto questo profilo, la constatazione di Ghezzi (G. Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua (variazioni critiche e metodologiche)*, RTDPC, 1967, I, 149) con riferimento agli esempi riscontrati nella contrattazione collettiva dell'epoca è ancora valida.

<sup>950</sup> Ghezzi, Romagnoli, *Diritto sindacale*, cit., 169; Ballestrero, *Diritto sindacale*, cit., 273. In un recente scritto (M.V. Ballestrero, A proposito della titolarità del diritto di sciopero, in AA. VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, Torino, 2013, p.395) si afferma l'incompetenza dell'autonomia collettiva a disciplinare il conflitto anche con l'argomento fondato sulla riserva di legge: “la legge, e solo la legge, potrebbe “autorizzare” la contrattazione collettiva a dettare regole di esercizio del diritto”. L'autrice ripropone in questo modo lo schema dell'ordinamento francese, dove la riserva di legge prevista dalla Costituzione è intesa in senso assoluto. È tuttavia da tempo riconosciuta una divergenza tra il sistema italiano e quello francese, che pure contiene la medesima formulazione costituzionale («Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent», Constitution de la IV<sup>e</sup> République, Preambule, allinea 7), e dove tuttavia la riserva di legge è intesa in senso assoluto, vincolante quindi non solo gli interventi di fonti secondarie, ma anche quelli provenienti dalla contrattazione collettiva; cfr. Cass. soc. 7 june 1995; in dottrina O. Leclerc, “L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève”, *Revue du droit du travail*, 2008, 739 ss. Presso di noi, invece, la riserva di legge contenuta nell'art. 40 è da tempo ricostruita come riserva di legge relativa, che non preclude l'intervento della disciplina collettiva laddove non vi siano limitazioni introdotte da una disciplina di legge imperativa, v. già Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, MGL, 1971, 374; v. anche Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit. p. 708; M. Dell'Olio, *Lo sciopero e la norma*, DL, 1988, p. 337; per una ricostruzione del dibattito v. G. Pino, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2005, 55 ss.

<sup>951</sup> Ballestrero, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, cit. p. 394.

<sup>952</sup> «Fino a quando resterà in piedi il “dogma fondato sulla ragione” della titolarità individuale del diritto di sciopero, la forza vincolante di una clausola di tregua sindacale non potrà essere sostenuta: l'astensione collettiva, a tutela di interessi dei lavoratori, continuerà ad essere uno sciopero “coperto” dalla garanzia costituzionale dell'art. 40, di cui non è consentito al sindacato disporre»; così Ballestrero, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, cit., p. 394.

<sup>953</sup> V. per tutti, di recente, F. Carinci, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, DLRI, 2009, 423.

<sup>954</sup> V. U. Romagnoli, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, DLRI, 581; M. Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione del settore privato e pubblico*, Atti del IX congresso nazionale di diritto del lavoro, Fiuggi 8-10 aprile, Giuffrè, Milano, 1989; più di recente, Pino, *Conflitto e autonomia collettiva*, cit.; A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006; Ghera, *Titolarità del diritto di sciopero*, cit., p. 632.

soluzione della questione della titolarità individuale o collettiva del diritto di sciopero<sup>955</sup> non sembra preliminare né risolutiva<sup>956</sup> ai fini dell'inquadramento del nostro problema. Infatti, ammettendo che si possa parlare di titolarità collettiva, rimarrebbe comunque una insopprimibile rilevanza della dimensione individuale rappresentata dal potere di scelta che il singolo ha di aderire o meno allo sciopero (anche se attivato da un'organizzazione sindacale diversa da quella alla quale è iscritto).

Peraltro, anche ammettendo che si debba parlare di titolarità individuale, è tutto da provare che questo implichi che l'organizzazione sindacale possa trattare di questa materia solo nella parte obbligatoria del contratto collettivo e sia invece incompetente a toccarla nella parte normativa<sup>957</sup>.

Volere esplicitamente considerare il diritto di sciopero del singolo lavoratore come espressione di una sua incomprimibile posizione di libertà, al fine di escludere una competenza dell'organizzazione sindacale a regolare la materia dello sciopero, equivale a compiere un'inaccettabile operazione che - se è consentito dirlo - appare come contro natura: porre i sindacati su di un piano e i lavoratori su di un piano del tutto distinto. Il sindacato, invece, non è altra cosa rispetto ai lavoratori; è lo strumento attraverso il quale essi provvedono alla tutela dei propri interessi. Iscrivendosi al sindacato il singolo lavoratore mette a disposizione di quest'ultimo la quota di potere che è in suo possesso in quanto soggetto legittimato ad esprimere conflitto mediante l'astensione dalla prestazione lavorativa nel contesto di un'azione promossa dal gruppo. Se lo sciopero è un fatto collettivo e non individuale e se il suo esercizio è funzionale alla tutela dell'interesse collettivo espresso dal gruppo, non c'è ragione alcuna per affermare un'incompetenza di quest'ultimo ad una regolazione del conflitto che esplicitamente coinvolga il comportamento dei singoli che ad esso fanno capo. L'utilizzo del conflitto costituisce elemento costitutivo della ragione sociale

<sup>955</sup> Il dilemma della titolarità individuale o collettiva ricorda il problema se venga prima l'uovo o la gallina. Nessuno nega che entrambi i momenti (quello della dimensione individuale e quello della dimensione collettiva) debbano essere presenti perché si possa parlare di sciopero. È limitativo parlare di titolarità individuale perché l'astensione dal lavoro, per poter essere esercitata legittimamente, deve comunque essere qualificata dalla presenza di un elemento che supera la dimensione individuale, la quale pertanto si configura, su questo versante, come un diritto di partecipazione. È improprio parlare di titolarità collettiva in quanto l'organizzazione sindacale lo sciopero può solo organizzarlo, la sua attuazione dipendendo dalla adesione dei lavoratori alla sua iniziativa. In altri termini, la presenza dell'organizzazione sindacale, più o meno strutturata, è componente essenziale della fattispecie dello sciopero, ma certamente l'organizzazione non è centro di imputazione di tutte le posizioni soggettive che compongono il contenuto del diritto. Sulla prospettiva della "titolarità congiunta" che non si esaurisce nella sola dimensione individuale né in quella esclusivamente collettiva, v. L. Nogler, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, cit.

<sup>956</sup> Che la questione della titolarità non sia risolutiva è dimostrato dal fatto che in passato vi è stato chi, pur sostenendo la tesi della titolarità collettiva (ad esempio il Ghezzi de *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, cit.), non ne faceva certo discendere che il sindacato potesse compromettere la posizione dei singoli lavoratori e chi, pur assumendo invece la prospettiva della titolarità individuale, riteneva che il sindacato potesse farlo (ad esempio, Giugni nelle recensione a Ghezzi, argomentando dall'articolo 2113 cc.).

<sup>957</sup> Si potrebbe affermare che tutte le posizioni soggettive del lavoratore coinvolte nella relazione lavorativa (e quindi anche il potere che egli ha in quanto titolare del diritto di sospendere la prestazione lavorativa partecipando ad uno sciopero) costituiscono materia sulla quale naturalmente si esercita il potere negoziale dell'organizzazione sindacale, ovviamente nei limiti eventualmente posti dalla legge. Il fatto che esse abbiano la particolarità di essere garantite dalla Costituzione non sposta i termini della questione. Già conosciamo diritti costituzionali del lavoratore che sono correntemente oggetto di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva (ad esempio la retribuzione e le ferie). Anche altri diritti individuali hanno rilievo costituzionale, eppure costituiscono naturale oggetto di disciplina da parte dell'autonomia collettiva. Ciò perché rientra nella naturale competenza di quest'ultima fissare regole in ordine alla prestazione lavorativa e da questa prospettiva si può ben dire che la clausola di pace prefigura un'ipotesi in cui non si ritiene giustificata l'assenza dal lavoro.

dell'organizzazione sindacale. Il potere di quest'ultima riposa non solo sulla sua capacità di organizzare il conflitto ma anche nella sua capacità di governarlo. Sembra dunque paradossale che debba ipotizzarsi una incompetenza dell'organizzazione sindacale a disciplinarlo con effetti di vincolo in capo ai singoli, laddove sembra del tutto naturale che il sindacato possa utilizzare la sua risorsa conflittuale (derivante dalla sommatoria degli apporti di potere conflittuale da parte dei componenti del gruppo) sul tavolo negoziale per ottenere quella regolazione collettiva che costituisce la ragione primaria per la quale ciascun lavoratore si è iscritto<sup>958</sup>. I piani, infatti, vanno tenuti nettamente distinti. Una disciplina dello sciopero convenuta sul piano dell'autonomia individuale sarebbe di per sé antisindacale in quanto lesiva della libertà sindacale. Lo stesso non può certamente dirsi, invece, per una disciplina del diritto di sciopero che sia convenuta sul piano collettivo.

Peraltro, se si dà per scontato<sup>959</sup> che il sindacato sia legittimato a condizionare, attraverso la propria disciplina interna, il comportamento dei propri membri nella materia di cui qui si discute, non si vede perché le stesse regole, trasferite nel contratto collettivo, debbano diventare illecite<sup>960</sup>. Le ragioni che inducono a sostenere che il sindacato ben può disciplinare il conflitto attraverso una disciplina interna dovrebbero parimenti valere anche in questo caso.

Ovviamente qui le conseguenze della regolazione avrebbero ben altro peso, dal momento che il comportamento deviante del lavoratore comporterebbe non solo una responsabilità nei confronti del gruppo, ma anche la violazione di un impegno contemplato dal contratto collettivo e quindi un inadempimento nei confronti del datore di lavoro.

Si può dire che questo sia lesivo della libertà sindacale del singolo? Così è secondo Ballestrero, la quale, facendo integralmente combaciare libertà sindacale e diritto di sciopero nella loro dimensione individuale, asserisce che non possa essere condizionato l'esercizio del diritto di sciopero derivandone altrimenti una lesione della libertà sindacale e del valore del pluralismo in esso implicito.

Che il diritto di sciopero costituisca un elemento strettamente connesso al principio di libertà sindacale è certamente fuori discussione, in quanto ne garantisce l'effettività, ma è discutibile che una disciplina del primo (perché, come vedremo tra poco, di disciplina si tratta e non di ablazione del diritto) implichi necessariamente una compromissione della seconda. Una tale corrispondenza è negata dalla stessa Costituzione, la quale esplicitamente prevede che il diritto di

<sup>958</sup> Il fatto che il lavoratore non possa disporre a livello individuale del suo diritto di partecipazione allo sciopero non è ragione per ritenere che la stessa incapacità debba necessariamente riprodursi nella dimensione collettiva (così, invece, Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, cit., 175 ss.: "ammessa l'illegittimità, di una rinuncia o di una limitazione del diritto di sciopero contenuta in un contratto individuale ...non si comprende, tecnicamente, come mai la stessa situazione di vincolo (con identico contenuto e nei confronti dello stesso creditore) possa risorgere ed essere considerata più benevolmente, solo perché ne cambia la fonte (che peraltro, nel divenire da individuale collettiva, non muta, nel vigente ordinamento, in ragione della natura degli interessi tutelati, la sua natura di atto di autonomia privata)...". I piani, infatti, vanno tenuti nettamente distinti. Una disciplina dello sciopero convenuta sul piano dell'autonomia individuale sarebbe di per sé antisindacale in quanto lesiva della libertà sindacale. Lo stesso non può certamente dirsi, invece, per una disciplina del diritto di sciopero che sia convenuta sul piano collettivo.

<sup>959</sup> Come fa lo stesso Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, cit., 172.

<sup>960</sup> Questa contraddizione è messa in evidenza da Magnani *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit., 707, secondo la quale "se si trattasse di un diritto inalienabile anche nei confronti del sindacato, allora bisognerebbe coerentemente escludere anche ciò che viene comunemente accettato e cioè la rilevanza di limitazioni convenzionali al suo esercizio sul piano meramente endoassociativo."

sciopero possa essere disciplinato, senza che possa derivare alcuna limitazione della libertà sindacale in capo al singolo lavoratore. Quindi, non si può dire che il lavoratore vincolato ad astenersi dal conflitto in virtù di una clausola di pace perda per ciò stesso la propria libertà, né che in questo modo venga minacciato il pluralismo sindacale. Egli rimane ovviamente sempre libero di uscire dalla propria organizzazione, di aderire ad un'altra o di costituirne un'altra; questo suo diritto di libertà non viene minimamente scalfito dal fatto che egli - godendo dei benefici che il suo gruppo di appartenenza è riuscito ad acquisire in virtù dell'esercizio del suo potere negoziale - rimanga obbligato a rispettare la clausola di pace fino alla sua scadenza.

In conclusione, affermare l'incompetenza del sindacato a vincolare i singoli con riferimento al conflitto, è un'operazione volta più che a garantire la libertà sindacale, a comprimerla. Una disciplina del conflitto da parte dell'organizzazione sindacale con effetti di vincolo in capo ai singoli lavoratori andrebbe considerata come ampiamente legittimata proprio dal principio di libertà dell'organizzazione sindacale, la quale autodetermina i propri comportamenti in funzione della tutela dell'interesse collettivo espresso dal gruppo.

### 3. La clausola di pace concretizza una ablazione o una regolazione del diritto di sciopero?

La seconda affermazione, secondo la quale la clausola di pace non potrebbe avere effetti normativi perché implicherebbe comunque una ablazione del diritto di sciopero in capo al suo titolare, è controvertibile su più piani.

In primo luogo, sul piano tecnico può essere riproposta la distinzione tra regolazione e disposizione del diritto di sciopero nei termini già a suo tempo formulati da Giorgio Ghezzi, secondo il quale "altro è sopprimere un diritto soggettivo altro è disciplinarne negozialmente le condizioni e le modalità dell'esercizio"<sup>961</sup>.

In secondo luogo, quell'assunto è decisamente controvertibile sul piano della logica. Infatti ci si può chiedere: ma se la clausola di pace veramente comporta una ablazione del diritto come mai si può ritenere che questa ablazione possa essere disposta, a proprio danno, dalla stessa organizzazione sindacale che in ogni caso costituisce il pivot dello sciopero? Per coerenza bisognerebbe sostenere allora quello che sosteneva Ugo Natoli tanto tempo fa<sup>962</sup> e cioè che le clausole di pace sono in ogni caso invalide.

Inoltre, se fosse vero che la clausola di pace implica una ablazione del diritto, bisognerebbe inferire che anche al legislatore sarebbe preclusa la possibilità di contemplarla sia come effetto implicito del contratto collettivo sia come opzione a disposizione delle parti. La conseguenza sarebbe veramente assurda, dato che al riguardo la norma costituzionale contempla esplicitamente la possibilità di una regolamentazione dello sciopero, alla quale non ha posto limiti. Limiti, sul

<sup>961</sup> Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 173 ss., il quale peraltro operava questa distinzione partendo dalla convinzione che il diritto di sciopero fosse un diritto a titolarità collettiva. Nel senso che «la clausola di tregua non integra una rinuncia (negozio che direttamente produce l'effetto 'reale' consistente nell'eliminare una anteriore situazione soggettiva), bensì un diverso negozio ad effetto obbligatorio, ponendosi come la fonte dell'obbligo negativo (limitato nel tempo e nella materia) di non fare ricorso all'azione diretta», v. anche Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, cit., 164. Questa distinzione è stata poi ripresa da F. Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (A proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, cit.; Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit.; T. Treu, *Il conflitto e le regole*, DLRI, 2000, 326.

<sup>962</sup> U. Natoli, *La c.d. «Friedenspflicht» e il diritto italiano del lavoro*, RGL, 1061, 319 ss.

piano sistematico, dovrebbero derivare unicamente dall'esigenza di non privare di effettività il diritto come strumento di pressione per la tutela degli interessi dei lavoratori. E che questo diritto non possa considerarsi negato da una clausola di pace è comprovato dal fatto che vi sono ordinamenti nei quali il diritto di sciopero e la libertà sindacale ben convivono con l'impegno alla pace.

In conclusione, la titolarità individuale del diritto di sciopero non preclude al contratto collettivo una competenza a regolare il conflitto; la clausola di pace - con la quale ci si impegna a non esercitare il conflitto per tutta la durata del contratto collettivo<sup>963</sup> - altro non rappresenta che una disciplina delle modalità di esercizio del conflitto. Parimenti, concretizzano una disciplina del conflitto ad opera del contratto collettivo anche quelle clausole che inibiscono l'esercizio dello sciopero a ridosso dei periodi di rinnovo del contratto<sup>964</sup>. Sebbene queste ultime rispondano ad una logica di procedimentalizzazione della composizione del conflitto, assente nelle prime, la loro struttura regolativa non differisce dalle precedenti, se non sul piano quantitativo della durata del vincolo.

Non si dubita della piena legittimità delle clausole di pace relativa<sup>965</sup>; in linea teorica non ci sono ragioni, tuttavia, per ritenere che eventuali clausole di pace assoluta (che impegnino a non esercitare il diritto di sciopero durante la vigenza del contratto collettivo anche relativamente a materie che non siano state oggetto di regolazione da parte del contratto collettivo) siano di per sé illegittime. Infatti, la parte datoriale ben potrebbe addivenire alla stipula del contratto alla condizione che non si producano - ad opera delle organizzazioni sindacali - rivendicazioni ulteriori e quindi costi aggiuntivi nel periodo di vigenza di esso. Rispetto a clausole di questo tipo, tuttavia, la soglia di attenzione circa i confini tra regolazione e ablazione deve essere certamente più alta<sup>966</sup>.

<sup>963</sup> Nell'ipotesi in cui il contratto collettivo non prevedesse un termine di durata, le organizzazioni sindacali ben potrebbero recuperare la propria libertà di azione recedendo da contratto collettivo (alla pari di quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza ai datori di lavoro in base al principio della libertà sindacale).

<sup>964</sup> Si veda sul punto il Protocollo del 1993 e la relativa combinazione tra clausole di tregua sindacale e indennità di vacanza contrattuale, dove quest'ultima assicura il rispetto del periodo di raffreddamento mediante un collegamento automatico tra la violazione delle clausole di tregua e la corresponsione dell'elemento provvisorio della retribuzione (in senso critico su questa combinazione si espressero P. Alleva, *L'accordo del 23 luglio 1993: un'analisi critica*, RGL, 1003, I, 243; G. Ghezzi, *Considerazioni sull'accordo fra governo e parti sociali del 23 luglio 1993*, PD, 1994, 15).

<sup>965</sup> Nessuno (ad eccezione di Natoli, *La c.d. «Friedenspflicht» e il diritto italiano del lavoro*, cit.) ha posto in dubbio la legittimità della clausola di pace relativa, che pone limiti all'esercizio del diritto di sciopero per la durata del contratto collettivo e con riferimento alle materie in esso contenute (sulla distinzione tra clausole di tregua relativa e clausole di tregua assoluta v. se pure in termini diversi Ghezzi, *Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausole di tregua*, cit., 159; G. Giugni, *L'obbligo di tregua: valutazioni di diritto comparato*, RDL, 1973, 23).

Il contratto collettivo internalizza uno scambio tra consenso datoriale alla regolazione collettiva e impegno delle organizzazioni sindacali a non mettere in discussione l'equilibrio raggiunto tramite quella regolazione (per la valorizzazione di questa proiezione, Giugni, *Recensione a Ghezzi*, cit.; più di recente, Pino, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto*, cit., 25 ss.; G. Ludovico, *L'onere di astensione dallo sciopero nelle clausole di tregua sindacale*, RIDL, 2014, I, 311ss).

<sup>966</sup> Poiché la temporanea rinuncia all'esercizio del conflitto può trovare giustificazione, come si è detto, in una logica di garanzia del mantenimento di un equilibrio contrattuale, non si può ritenere che l'obbligo alla pace rimanga operante anche quando tale equilibrio si alteri a sfavore del lavoro (ciò che può avvenire nella dimensione aziendale sia in presenza di un aggravamento della posizione dei lavoratori, indotto dal dinamismo dell'organizzazione imprenditoriale, sia in presenza del formarsi di margini di profitto eccedenti quelli contemplati nell'equilibrio a garanzia del quale la clausola è stata convenuta). Se l'equilibrio può alterarsi a sfavore del datore di lavoro, dal momento che il relativo rischio ricade naturalmente sulle sue spalle, essendo inerente all'esercizio della libertà di iniziativa economica, non altrettanto può dirsi per quanto riguarda il lavoro proprio perché ad esso l'ordinamento costituzionale garantisce il diritto al conflitto sia per contrastare eventuali peggioramenti sia per consentire la "partecipazione" alla ricchezza prodotta. In altri

Concretizzerebbe sicuramente una ablazione del diritto, invece, una clausola di pace che pretendesse di vietare lo sciopero anche ove esso sia diretto a far valere interessi diversi da quelli economico-contrattuali<sup>967</sup> (si pensi, ad esempio, allo sciopero politico). In questo caso la clausola sarebbe invalida - sia relativamente alla parte obbligatoria sia relativamente alla parte normativa del contratto collettivo – in virtù della garanzia costituzionale che concretizza il principio di tutela del lavoro (art. 35 Cost.) anche attraverso l'attribuzione ai lavoratori del diritto di sciopero come strumento di autotutela dei propri interessi.

#### 4. La clausola di pace e i non iscritti al sindacato: inscindibilità e corrispettività del contratto collettivo; principio di maggioranza e bilanciamento tra principi costituzionali.

Non si dovrebbe dubitare, dunque, della liceità di clausole di pace mirate a vincolare non solo le organizzazioni ma anche i singoli lavoratori. Tuttavia un problema potrebbe porsi con riferimento ai lavoratori non iscritti o aderenti ad altra organizzazione non firmataria. Si è infatti sostenuto che nei confronti di questi soggetti non potrebbe prodursi un effetto di vincolo perché altrimenti ne sarebbe compromessa la loro libertà sindacale<sup>968</sup>.

Si tratta di un problema centrale perché è soprattutto su questo versante che si misura la rilevanza pratica della questione dell'efficacia normativa delle clausole di pace. Infatti, sul versante dei lavoratori iscritti al sindacato il problema ha rilevanza più teorica che pratica<sup>969</sup>.

Si deve convenire che, internalizzando una clausola di pace, il contratto collettivo mira a fornire rilevanza giuridica all'interesse datoriale alla stabilità della regolazione formalizzando uno scambio. In questo modo il rispetto della clausola diventa condizione dell'applicazione delle regole poste dal contratto collettivo.

Quindi, anche a voler ammettere che il vincolo a non esercitare il diritto di sciopero per il periodo di durata del contratto collettivo costituisca un intollerabile limite alla libertà sindacale del lavoratore non affiliato al sindacato stipulante il contratto collettivo che contiene la clausola di pace, non si potrebbe negare che il lavoratore – ove voglia conservare, intatto, il proprio diritto di scioperare – altra strada non abbia che quella di invocare l'inapplicabilità nei propri confronti del contratto collettivo nella sua interezza. In altri termini, ponendosi in contrasto con il gruppo la cui forza ha consentito di pervenire alla stipula del contratto collettivo e quindi al conseguimento

---

termini, si deve ritenere che - relativamente a quanto non sia stato già regolato nel contratto collettivo - il conflitto rimanga esercitabile nel caso in cui l'equilibrio sia mutato. In altre parole, non può escludersi la legittimità di una clausola di tregua anche di carattere assoluto, ovvero che ecceda i confini del contratto collettivo, purché tale clausola operi *rebus sic stantibus*, per quanto problematica possa risultare, sul piano pratico, la valutazione di queste circostanze, nonché l'applicazione sul piano dell'effettività.

<sup>967</sup> Nella *Recensione a G. Ghezzi, "La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali"*, RTDPC, 304, Giugni non escludeva la possibilità di clausole di pace assolute ma escludeva che potessero dispiegare efficacia "in riferimento ad interessi collettivi che trovino soddisfazione in forma diversa da quella contrattuale: l'interesse di solidarietà che induce una collettività di lavoratori a sospendere il lavoro in appoggio alle richieste formulate da un'altra; l'interesse professionale che viene soddisfatto da una legge o da un provvedimento amministrativo; e così via".

<sup>968</sup> Non si spinge fino a ritenere la clausola di tregua vincolante anche nei confronti dei non iscritti Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, cit.

<sup>969</sup> Il problema diventa invero esplosivo nelle ipotesi della c.d. contrattazione separata, dove si può ipotizzare uno sciopero indetto da un sindacato che, pur non avendo firmato il contratto collettivo, possa vantare un seguito molto consistente, e indurre a scioperare lavoratori non iscritti al sindacato stipulante il contratto collettivo (per maggiori approfondimenti sul punto v. L. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Franco Angeli, Milano, 2012).

dei benefici che in ogni caso la regolazione collettiva porta con sé (in alternativa ad essa non essendoci altra strada che quella della contrattazione individuale), gli sarebbe preclusa la possibilità di invocare l'applicazione del contratto collettivo. Dal momento che la clausola è inscindibilmente<sup>970</sup> connessa, in ragione della corrispettività, a tutto il contratto collettivo, non è possibile che il lavoratore si limiti a rifiutare l'applicazione nei propri confronti della sola clausola di pace<sup>971</sup>.

Peraltro non potrebbe considerarsi antisindacale il comportamento del datore di lavoro che in via anticipata espressamente chiedesse ai lavoratori non iscritti al sindacato stipulante di accettare il contratto collettivo<sup>972</sup>. Egli si comporterebbe in maniera del tutto coerente con quanto convenuto con le sue controparti. Se si vuole, la "antisindacalità" non è in questo caso riconducibile ad una allergia del datore di lavoro nei confronti delle relazioni sindacali, ma è riconducibile proprio alla dinamica fisiologica delle stesse<sup>973</sup>.

Tuttavia, c'è da chiedersi se questo problema possa essere risolto in termini più lineari, negando in radice che una clausola di pace possa considerarsi lesiva della libertà sindacale del lavoratore non iscritto al sindacato firmatario e quindi legittimarlo a rifiutare l'applicazione del contratto collettivo rinnovato con la previsione della clausola che lo impegna a non scioperare. È probabile che a questa negazione si possa pervenire alla luce della regola di maggioranza<sup>974</sup>, di recente penetrata nel nostro sistema contrattuale<sup>975</sup>.

Condividendo la regola di maggioranza - con la quale accettano di porre un limite alla propria autonomia - le organizzazioni sindacali hanno voluto conferire immediata rilevanza alla comunità di riferimento, alla quale danno voce. In altre parole, hanno fatto venire in emersione, formalizzandola, l'esistenza di un interesse collettivo qualificato la cui rilevanza finisce per porre sotto nuova luce il nostro problema<sup>976</sup>.

Il fatto che la comunità di riferimento si sia espressa a maggioranza per la stabilità dell'accordo non è ininfluente.

A ben vedere, l'accordo maggioritario formalizza non solo la soddisfazione dell'interesse datoriale alla prevedibilità dei costi di produzione, ma anche l'interesse della collettività dei lavoratori a godere dei benefici che si possono ricavare dalla stabilità dell'assetto concordato; benefici che

<sup>970</sup> Non si tratta di far valere il tradizionale principio di inscindibilità poiché esso è stato contemplato per tutelare gli assetti contrattuali rispetto all'operare di ulteriori fonti. O forse si potrebbe sostenere che esso acquisisce una proiezione ulteriore.

<sup>971</sup> In tal senso soprattutto Giugni, *Recensione a G. Ghezzi, "La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali"*, cit., secondo il quale non si può attingere ad alcune clausole del contratto e rigettarne altre.

<sup>972</sup> La situazione è accostabile a quella che la giurisprudenza ha talvolta affrontato quando ha ritenuto che non integri gli estremi di un comportamento antisindacale la richiesta, rivolta ai lavoratori del sindacato dissenziente rispetto all'accordo stipulato, di aderire a quest'ultimo (v. ad esempio Cass. 10 febbraio 1992, n. 1504, secondo la quale non configura condotta antisindacale il comportamento del datore di lavoro il quale applichi il contratto collettivo concluso con alcune organizzazioni soltanto ai lavoratori aderenti all'accordo e non anche ai dipendenti che, iscritti al sindacato che ne rifiuta la sottoscrizione, non intendano aderirvi).

<sup>973</sup> Certamente antisindacale sarebbe invece la subordinazione dell'applicazione del contratto collettivo alla richiesta di adesione del lavoratore al sindacato firmatario del contratto collettivo.

<sup>974</sup> Sul principio maggioritario nella recente contrattazione di livello interconfederale cfr. V. Bavaro, *Sul principio maggioritario nel diritto (inter)sindacale*, in M. Barbera, A. Perulli (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni industriali*, Cedam, Padova.

<sup>975</sup> Al rispetto del principio di maggioranza si è voluto ricollegare l'efficacia generalizzata del contratto collettivo (anche se non si tratta, ovviamente, dell'efficacia prevista dall'art. 39 Cost.).

<sup>976</sup> V. Liso, *Libertà sindacale*, cit.

possono anche essere occupazionali, come può risultare con maggiore evidenza in accordi aziendali che abbiano valenza gestionale.

In questo nuovo contesto, la tradizionale dimensione bipolare (potere datoriale/contropotere sindacale) nella quale si sono sempre collocate, nel nostro sistema, la libertà sindacale ed il conflitto si complica e si arricchisce dell'ulteriore dimensione della collettività dei lavoratori. Pertanto, i gruppi minoritari che contestano con lo sciopero l'accordo maggioritario finirebbero per porsi in conflitto non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche nei confronti della maggioranza dei lavoratori.

In questo scenario, il collegamento tra la libertà sindacale e il diritto al conflitto apre orizzonti diversi, dove la limitazione del conflitto non necessariamente mette a repentaglio la libertà sindacale ove si assuma la prospettiva del bilanciamento tra principi costituzionali.

Nel nostro caso, configurandosi un conflitto intersindacale e quindi la collisione tra sfere entrambe legittimate dal principio di libertà, è inevitabile che si ponga la necessità di un bilanciamento<sup>977</sup>. E questo bilanciamento non può che essere orientato dalla considerazione che il conflitto dei gruppi minoritari mira a danneggiare la capacità di autotutela espressa dalla comunità di riferimento del contratto collettivo, con il prevedibile effetto regressivo di delegittimare il sistema regolativo fondato sull'autonomia collettiva e, in fin dei conti, di svalutare la libertà sindacale che la Costituzione ha voluto garantire proprio nella prospettiva della creazione di un sistema regolativo capace di sostanziare - unitamente alla legge - il principio di protezione del lavoro<sup>978</sup>.

In questa prospettiva, la libertà sindacale dei gruppi minoritari non pare minacciata da una clausola di pace, la quale mira solo ad assicurare la stabilità della regolazione convenuta, alla cui scadenza tutti i lavoratori e tutte le organizzazioni tornano nella piena disponibilità del conflitto.

A ben riflettere, con maggiore plausibilità un problema di lesione della libertà sindacale in relazione alla disciplina dello sciopero potrebbe porsi, invece, nel diverso caso di una normativa che pretendesse di subordinare l'esercizio del diritto allo sciopero, in via generale, ad una deliberazione assunta a maggioranza, come accade negli ordinamenti dove sono previsti i *pre-strike ballots*<sup>979</sup>.

Nel caso invece delle clausole di pace, il bilanciamento tra principi costituzionali entra in gioco in un'ottica particolare. La particolarità del discorso è riferita al fatto che il bilanciamento è qui inteso come bilanciamento tra gli stessi principi a tutela dell'attività sindacale, racchiusi negli arti 39 e 40 della Costituzione<sup>980</sup>. E ciò perché se esercitato senza alcuna possibilità di regolazione, il

<sup>977</sup> Il discorso sulla prospettiva del bilanciamento del diritto di sciopero con riferimento al tema delle clausole di pace è introdotto da Nogler, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, cit.; il tema è stato ripreso, nella prospettiva che qui si suggerisce, da Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., e Liso, *Libertà sindacale, rappresentanza e conflitto*, cit.; traggono spunto dalla prospettiva del bilanciamento anche le riflessioni di F. Borgogelli, *Consenso, dissenso, conflitto collettivo: quali prospettive per il diritto di sciopero*, in M. Barbera, A. Perulli, (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, Padova, 2014, 179 ss.

<sup>978</sup> È chiaro poi che alla libertà sindacale negativa non può essere data la stessa rilevanza, G. Giugni, *Sub art. 39*, in G. Branca (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1979, 266.

<sup>979</sup> Sui dubbi di legittimità dei *pre-strike ballots* con riferimento alla protezione internazionale del diritto di sciopero, v. B. Hepple, *The European right to strike revisited*, DLRI, 2013, 575.

<sup>980</sup> Per maggiori approfondimenti v. Corazza, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., 117 ss.

diritto di sciopero potrebbe entrare in conflitto con lo stesso articolo 39 della Costituzione e con il principio che tutela l'autonomia collettiva.

È pertanto opportuno assumere un atteggiamento di sostegno alla regolazione del conflitto, dato che, senza una efficace regolazione dello stesso, la contrattazione collettiva risulterebbe indebolita. A fronte di una contrattazione guidata dal principio di maggioranza, un conflitto collettivo privo di regole (poste dal contratto collettivo) rischia di confliggere con il principio che garantisce l'interesse collettivo espresso dal contratto collettivo maggioritario.

Sono state di recente espresse perplessità sull'idea di "mettere tra i diritti fondamentali, con cui bilanciare il diritto di sciopero, l'affidamento della controparte alla stabilità del contratto collettivo"<sup>981</sup>. La questione deve essere guardata in una diversa prospettiva: non è l'affidamento del datore di lavoro il principio costituzionale con cui bilanciare il diritto di sciopero, ma l'effettività dell'azione dell'autonomia collettiva, che in totale mancanza di tale affidamento verrebbe inevitabilmente compromessa.

Ciò induce a pronunciarsi nel senso della compatibilità del sistema costituzionale con un assetto regolativo che consenta un effettivo governo dello sciopero per mezzo del contratto collettivo. Questo secondo argomento può essere più facilmente colto se si parte dalla considerazione dell'altro interesse che viene in rilievo con la stipulazione di clausole di tregua, ovvero l'interesse dell'organizzazione sindacale a rafforzare il proprio potere contrattuale.

Una definizione del diritto di sciopero che non consenta di predisporre tecniche di regolazione dello stesso può apparire di ostacolo alla piena espressione del principio, tutelato dall'art. 39, 1° comma, Cost., che garantisce l'effettività dell'azione collettiva. In altre parole, proprio la tutela dell'autonomia collettiva potrebbe, se privata di effettività in ragione di situazioni di conflittualità incontrollata, entrare in conflitto con l'art. 40 Cost. Da qui la ragione che rende necessaria un'operazione di bilanciamento tra principi.

Diritto di sciopero e libertà sindacale sono da sempre intimamente connessi. Il problema che si pone oggi è tuttavia speculare e completamente rovesciato. Esso ha a che fare non con il rischio che una limitazione dell'accesso al conflitto comprima la libertà di organizzazione sindacale, bensì con il rischio che un eccesso di conflittualità, fuori controllo anche da parte dell'autonomia collettiva, arrivi a delegittimare l'autonomia collettiva stessa, privando di effettività l'attività sindacale di autotutela.

In questa diversa prospettiva il principio di effettività dell'azione sindacale presidiato dall'art. 39, 1° comma, Cost.<sup>982</sup> collide con un modello regolativo dello sciopero che si traduca nell'impossibilità di porre il contratto collettivo come base affidabile delle relazioni di lavoro. Ragionando diversamente si finirebbe per ammettere il paradosso per cui il principio di libertà sindacale, che trova nel riconoscimento del diritto di sciopero il presupposto per la sua realizzazione, possa essere da questo soffocato. Per evitare questa eterogenesi dei fini è dunque opportuno ragionare nella prospettiva del bilanciamento tra principi e avvalorare in tale ottica opzioni interpretative

---

<sup>981</sup> Ballestrero, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, cit., 395.

<sup>982</sup> Da ultimo, Ghera, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale*, cit. 628 ss.

che consentano di dotare la regolazione negoziale del conflitto collettivo di una adeguata forza di attuazione.

Se, come è ormai patrimonio acquisito, “la libertà sindacale senza diritto di sciopero è una libertà mutilata”<sup>983</sup>, può dirsi, specularmente, che anche un diritto di sciopero totalmente privo di regolazione può mutilare la libertà sindacale.

---

<sup>983</sup> Ballestrero, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, 394.

## Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore\*

Roberto Voza

1. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro nei casi di sospensione del rapporto.	317
2. La determinazione del limite oltre il quale la morbidità si fa eccessiva.	319
3. In cerca di una sanzione: il licenziamento durante il periodo di comporto.	322
4. La specialità del licenziamento per superamento del periodo di comporto.	326

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 248/2015

## 1. Il diritto alla conservazione del posto di lavoro nei casi di sospensione del rapporto.

Storicamente, uno degli aspetti sui quali si è iniziato ad invocare un trattamento peculiare per il contratto di lavoro rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quello dell'impedimento ad eseguire la prestazione a causa della malattia del lavoratore.

Generalizzando una regola affiorata nel periodo pre-corporativo<sup>984</sup> e poi radicatasi grazie alla legge sul contratto di impiego privato<sup>985</sup> e alla successiva contrattazione collettiva, l'operazione realizzata dall'art. 2110, 2° comma, c.c. è servita ad inibire il richiamo alla categoria civilistica della impossibilità sopravvenuta della prestazione quale causa di risoluzione del contratto<sup>986</sup>.

Un'importante precisazione si rende, però, necessaria. Letteralmente, la norma sembra *scritta al rovescio*, perché si limita a riconoscere all'imprenditore il diritto di recedere dal contratto ex art. 2118 c.c., decorso il periodo stabilito dalle fonti ivi richiamate (leggi speciali, norme corporative, usi o equità), senza sancire un collegamento tra malattia (e altre cause di sospensione del rapporto) e divieto di licenziamento.

Si consideri che nel contesto normativo dell'epoca l'art. 2110 non aveva da autorizzare alcun recesso, il quale era assoggettato all'unico obbligo del preavviso (salva l'ipotesi della giusta causa). Pertanto, la funzione dell'art. 2110 – al tempo della sua formulazione – fu semplicemente quella di “paralizzare – per un determinato periodo di tempo – l'esercizio del potere di recesso”<sup>987</sup>.

Di più l'art. 2110 c.c. non dice. Qui cominciano i suoi silenzi.

In primo luogo, la norma non delimita l'esatta portata del diritto alla conservazione del posto durante i periodi di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio.

<sup>984</sup> Si può attribuire a Vita Levi il primo tentativo dottrinale di riconoscere il diritto alla mercede allorché “la prestazione delle opere è impedita per malattia del prestatore di lavoro” e di escludere che tale impedimento sia “di regola motivo di rompere il contratto”. L'affermazione era, probabilmente, il riflesso di una visione del lavoro umano non ancora interamente affrancata dai vincoli comunitari e familiari: non a caso la principale figura sociale di riferimento era quella del domestico, che il padrone aveva il dovere di curare in caso di “mali [...] incontrati in servizio e per causa ed in occasione del servizio” (VITA LEVI, *Della locazione delle opere e più specialmente degli appalti*, I, Torino, 1876, pp. 106 e 188). L'operazione concettuale sottesa a tale affermazione non fu indolore sul piano dogmatico, come testimonia la reazione di Lodovico Barassi, il quale - già calato nella nuova realtà del lavoro negli opifici industriali - giudicò “soverchiamente tenera” tale teoria, perché poneva il lavoratore in “condizioni eccezionalmente favorevoli” e comunque opposta al “sistema romanistico oggi dominante e basato sull'equilibrio nel trattamento delle due parti” (BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, pp. 630-631).

Il collegamento tra licenziamento e malattia comparve nella giurisprudenza probivirale, la quale giunse a qualificare come “dannoso ed ingiusto” il licenziamento del lavoratore ammalato o, comunque, ad affermare che “la malattia temporanea d'un operaio non può esser causa del suo licenziamento” (cfr. le massime nn. 399 e 400 riportate in REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei provviri*, Roma, 1906, p. 109). È vero che la conseguente tutela – in un regime di libera recedibilità che anche i provviri avallarono – non poteva che limitarsi all'obbligo di dare preavviso, ma – almeno in alcune massime – la decorrenza del relativo termine fu collocata solo a partire dalla cessazione dello stato di malattia: ciò significava quantomeno vietare il licenziamento *durante* la malattia (purché non fosse di “lunga durata”, come a volte si legge nelle massime probivirali), anche se non quello *a causa* di malattia.

<sup>985</sup> Alla quale si deve, sulla scia di una prassi consuetudinaria già diffusa (si pensi agli usi mercantili raccolti presso le Camere di commercio) l'affermazione del principio della conservazione del posto di lavoro (ma solo nei contratti a tempo indeterminato) per un periodo prefissato dalla stessa legge, insieme al mantenimento dello stipendio (o di parte di esso) in favore del lavoratore ammalato (cfr. art. 6, 4° e 5° comma, R.d.l. n. 1825/1924). Successivamente, il principio fu suggellato nella Carta del lavoro (dichiarazione XVIII): “la malattia del lavoratore, che non ecceda una determinata durata, non risolve il contratto di lavoro”.

<sup>986</sup> Sul tema, v. SCHIAVONE, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 153 ss.

<sup>987</sup> MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, p. 29.

Nel caso della maternità, tale silenzio è stato colmato dalla legislazione speciale. Infatti, sin dall'art. 11, R.d.l. n. 654/1934, compaiono alcune eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre, vale a dire la "colpa costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto" e la "sospensione a tempo indeterminato del lavoro nell'azienda o nel reparto" a cui la lavoratrice era addetta. L'ambito delle eccezioni al divieto fu riformulato ed ampliato con l'art. 3, L. n. 860/1950: fu confermata la colpa costituente giusta causa, mentre la sospensione del lavoro fu sostituita dalla cessazione dell'attività aziendale e dalla ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice era stata assunta ovvero la risoluzione del rapporto di lavoro per scadenza del termine. Tale elenco fu ribadito dall'art. 2, 3° comma, L. n. 1204/1971, con una significativa aggiunta/specificazione: la colpa costituente legittima causa di recesso divenne "grave". L'ultima tappa dell'iter legislativo è rappresentata dall'art. 54, 3° comma, D.lgs. n. 151/2001, il quale ha confermato le tre fattispecie summenzionate, aggiungendone una quarta, vale a dire quella relativa all'esito negativo della prova, introdotta per effetto della declaratoria di incostituzionalità del predetto art. 2, 3° comma, L. n. 1204/1971, "nella parte in cui non prevede l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova"<sup>988</sup>.

Nel caso della malattia, il silenzio del legislatore non può certo indurre a reputare sempre e comunque vietato il licenziamento, anche durante il periodo di comporto. Infatti, il diritto del lavoratore di assentarsi dal lavoro per le causali tipizzate dalla norma non può implicare una totale impermeabilità del rapporto di lavoro nei confronti delle pretese giuridiche riconosciute all'imprenditore da altre norme dell'ordinamento.

Nel bilanciamento degli opposti interessi prevale quello allo scioglimento del vincolo contrattuale qualora sussista una giusta causa di licenziamento, secondo un'opinione più che consolidata in dottrina e in giurisprudenza<sup>989</sup>, supportata dal dato testuale della norma. Infatti, l'art. 2110 c.c. vieta il recesso durante il periodo di comporto, ma in relazione all'art. 2118 c.c., ossia in deroga al principio della libera recedibilità (con preavviso) nel contratto di lavoro a tempo indeterminato. Si può, quindi, ritenere che la facoltà di recesso per giusta causa prevalga anche durante il periodo di comporto, non essendovi alcuna deroga alla disciplina posta dall'art. 2119 c.c.

Del resto, non vi è dubbio che permangano – a carico del lavoratore – gli obblighi di diligenza e fedeltà, i quali possono essere materialmente violati pur in pendenza dello stato di malattia. Ad esempio, comportamenti come la divulgazione del segreto aziendale non presuppongono la concreta esecuzione della prestazione lavorativa, potendo essere realizzati anche nei periodi di sospensione del rapporto, ovvero prima della sopravvenuta malattia del lavoratore (per poi essere scoperti/accertati dal datore di lavoro durante l'assenza per malattia). Tra i comportamenti illeciti vi sono, poi, quelli che addirittura fanno cadere il presupposto del divieto, allorquando contribuiscono a dimostrare l'insussistenza dello stato di malattia oppure pregiudichino (o, anche solo,

<sup>988</sup> Corte cost. 31.5.1996, n. 172, in *Lav. giur.*, 1996, p. 848, nt. GOTTARDI, *Lavoratrici in prova in stato di gravidanza e licenziamento*.

<sup>989</sup> Per alcuni riferimenti, v. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU-MESSINEO-MEN-  
GONI, Milano, 2003, tomo III, p. 73, nt. 143.

rallentino) la guarigione: è il caso dello svolgimento di altra attività da parte del dipendente durante l'assenza per malattia<sup>990</sup>.

Oltre che valido, il licenziamento per giusta causa durante il periodo di comporto è anche immediatamente efficace, sempre in ragione dell'art. 2119 c.c., ossia proprio perché il fatto sottostante – per definizione – non consente la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto di lavoro<sup>991</sup>.

Alla fattispecie della giusta causa si sono aggiunte quelle della cessazione totale dell'attività dell'impresa e della scadenza del termine apposto al contratto di lavoro, dando vita ad un "parallelismo pressoché totale" con le tre eccezioni – storicamente poste – al divieto di licenziamento della lavoratrice madre<sup>992</sup>.

Resta fuori la quarta eccezione, quella relativa all'esito negativo della prova, che non può essere estesa – *sic et simpliciter* – alla fattispecie della malattia, per la semplice ragione che, mentre la maternità non impedisce l'esecuzione della prestazione lavorativa (al di fuori dei periodi di astensione obbligatoria o facoltativa), la malattia presuppone l'assenza del lavoratore e – quindi – l'impossibilità materiale di valutarne capacità lavorativa ed attitudini professionali, tant'è vero che la giurisprudenza<sup>993</sup> – e, in alcune categorie, anche la contrattazione collettiva (pur con alcuni correttivi volti a delimitare la portata della sospensione)<sup>994</sup> – prevedono che la malattia interrompa il decorso del periodo di prova. Tale conclusione appare coerente con la valorizzazione dell'obbligo – a carico di entrambe le parti – di rendere possibile "l'esperimento che forma oggetto del patto di prova" (art. 2096, 2° comma, c.c.): in tale prospettiva, infatti, "il sopravvenire della malattia appare come un fatto in grado di pregiudicare la funzione del patto di prova"<sup>995</sup>.

## 2. La determinazione del limite oltre il quale la morbilità si fa eccessiva.

L'art. 2110 c.c. non determina neppure la durata del periodo di conservazione del posto per malattia, ossia di necessaria tolleranza dell'assenza del lavoratore, lasciando tale compito alla legge, alle norme corporative, agli usi o all'equità.

Originariamente, i contratti collettivi si limitavano a fissare un periodo temporale continuativo (espresso in mesi o in giorni) nel quale operava il divieto di licenziamento, ossia un periodo di comporto cosiddetto *secco*, generalmente commisurato all'anzianità di servizio del lavoratore.

Nel tempo, però, è maturata l'esigenza di individuare la disciplina applicabile ad un insieme di assenze, le quali - prese singolarmente - non siano in grado di far maturare il periodo di comporto

<sup>990</sup> Sul punto, v. RENZI, *Le ipotesi tipiche di sospensione: la malattia*, in *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, in *Diritto del lavoro. Commentario* a cura di F. CARINCI, Torino, 2007, II, \*\*, pp. 1667-1672.

<sup>991</sup> Cfr. Cass. 2.9.2002, n. 14074, nt. SANTINI, *Licenziamento per giusta causa: immediatezza del recesso ed efficacia durante il periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 394.

<sup>992</sup> DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità servizio militare*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992, p. 372.

<sup>993</sup> V, fra le tante, Cass. 10.10.2006, n. 21698, in *Lav. giur.*, 2006, p. 412; Cass. 24.10.1996, n. 9304, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 795; Cass. 18.11.1995, n. 11934, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1755; Cass. 1.12.1992, n. 12814, in *Foro it.*, 1993, I, c. 805.

<sup>994</sup> V., ad esempio, art. 5, CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione 29.1.2005; art. 31 CCNL Tessili 9.7.2010; art. 2, sez. IV, CCNL Metalmeccanici 20.1.2008; art. 15 CCNL Ferrovie 16.4.2003; art. 8 CCNL Farmacie private 26.5.2009; art. 2 CCNL Imprese edili 20.5.2004.

<sup>995</sup> PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 340. In giurisprudenza, v. la recentissima Cass. 4.3.2015, n. 4347, inedita.

secco. Il problema si è acuito a causa dell'accentuazione del tasso di morbidità frazionata, ossia diluita nel tempo attraverso la reiterazione di assenze numerose e distanziate da brevi intervalli lavorativi. Si è diffuso il termine 'assenteismo', collegato alla malattia del lavoratore ma in un'accezione evidentemente negativa: la morbidità frazionata in una pluralità di eventi morbosi (o di ricadute del medesimo evento) è valutata con sospetto, nella convinzione che in una certa (e difficilmente quantificabile) misura, tale fenomeno nasconda un abuso del ricorso all'assenza per malattia, la quale finisce per essere coperta da compiacenti certificazioni sanitarie.

Diversi fattori, giuridici ed extragiuridici, hanno concorso ad alimentare l'incertezza di operatori e interpreti. Sul piano giuridico, il fattore principale è costituito dall'entrata in vigore della limitazione legale alla facoltà di licenziamento (L. n. 604/1966): prima di allora, infatti, lo strumento per contrastare la morbidità (reputata) eccessiva era - molto semplicemente - il licenziamento *ad nutum*, intimato durante gli intervalli lavorati fra un periodo di comporto e l'altro, allorquando si (ri)espandeva la libertà di recesso.

Ha giocato la sua parte anche il divieto di accertamenti sanitari mediante il medico di fiducia dell'imprenditore, sancito dall'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, ovviamente non perché non si tratti di una sacrosanta misura di civiltà giuridica, ma perché essa ha dovuto scontare le inefficienze dell'apparato pubblico di controllo delle malattie dei lavoratori.

Infine, sul piano dei comportamenti materiali, non si può nascondere un certo uso dell'assenza per malattia come manifestazione di conflittualità individuale (ossia come reazione a comportamenti e/o provvedimenti datoriali reputati ingiusti o semplicemente sgraditi), ma soprattutto collettiva (vale a dire come surrogato dello sciopero). Di fronte ad uno 'stillicidio' di assenze per malattia, ciascuna delle quali magari puntualmente cessanti a ridosso della scadenza del periodo di comporto (secco), nel dibattito giuridico si parlò – più asetticamente – di 'eccessiva morbidità', proprio per evitarne una implicita valutazione negativa, in termini di comportamento fraudolento del lavoratore.

Anche in una prospettiva depurata dal sospetto che la morbidità reiterata potesse nascondere abusi, emerse – progressivamente – l'esigenza di determinare il periodo di conservazione del posto in termini *complessivi*, vale a dire prendendo in considerazione tutte le assenze per malattia verificatesi in un determinato arco temporale, anche se intervallate da periodi (più o meno lunghi) di presenza al lavoro.

A questa seconda modalità di determinazione del comporto, detta *per sommatoria*, si è giunti nel tempo, attraverso la contrattazione collettiva, che si è munita di espressa clausola in tal senso, per la verità preceduta, stimolata o - quantomeno - accompagnata dalla giurisprudenza.

Inizialmente, la problematica delle assenze reiterate del lavoratore, dovute a malattia, fu ricondotta nell'alveo della disciplina limitativa dei licenziamenti, ovvero della normativa generale in tema di impossibilità sopravvenuta, ritenendola estranea alla fattispecie contemplata dall'art. 2110 c.c.

Un orientamento giurisprudenziale, “pressoché insignificante ed influente”<sup>996</sup> (e mai approdato in sede di legittimità), provò a leggere l'eccessiva morbilità in termini di inadempimento contrattuale (imputabile al lavoratore), riconducendola - quindi - alla giusta causa ovvero al giustificato motivo soggettivo, pur nella evidenza assenza dell'elemento soggettivo, indispensabile ai fini della configurazione dell'illecito contrattuale. In quest'ottica, si evocò la nozione di scarso rendimento, sotto forma di mancato raggiungimento di determinati risultati produttivi (causato dalle ripetute assenze), trascurando – però – che tale nozione presuppone la possibilità di adempiere, mentre il lavoratore ammalato ha diritto a non eseguire la prestazione lavorativa, senza che ciò possa influire sulla valutazione del suo operato (pena la mortificazione della tutela approntata dall'art. 2110). In caso di malattia, insomma, si può parlare di insufficiente rendimento non in senso giuridico, ma solo 'fattuale' (posto che la prestazione lavorativa non è stata materialmente eseguita in ragione dello stato morboso) e quindi ricorrere a tale parametro per sanzionare la morbilità reiterata significa elevare a criterio di valutazione della prestazione successiva il fatto stesso della assenza per malattia<sup>997</sup>.

Ben più significativo e consolidato è stato, in passato, l'orientamento secondo cui le reiterate assenze dal lavoro per malattia – anche prima della scadenza del periodo di comporto – sarebbero in grado di costituire giustificato motivo oggettivo, ovvero di legittimare la risoluzione contrattuale per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ai sensi della normativa civilistica generale (di cui - come si legge in alcune sentenze - la disciplina del g.m.o. sarebbe una sorta di specificazione). Si presupponeva, quindi, che la morbilità c.d. 'eccessiva' giustificasse il recesso datoriale, per le conseguenze obiettive che essa è in grado di determinare, o sul piano del regolare funzionamento dell'organizzazione produttiva oppure sulla aspettativa nei futuri adempimenti.

Naturalmente, ciò apriva le porte ad un'indagine sui contorni della fattispecie legittimante il licenziamento: occorre appurare quando la morbilità, frazionata in assenze plurime, si ripercuotesse sull'organizzazione produttiva in modo da integrare gli estremi richiesti dall'art. 3, L. n. 604/1966, posto che qualsiasi assenza per malattia, anche breve e non ripetuta, è sempre in grado di produrre un certo disagio al datore di lavoro. I parametri per compiere tale valutazione sono stati, inevitabilmente, vari e vaghi: durata temporale delle singole assenze, ritmo frazionato e irregolare delle stesse, natura delle malattie e valutazione prognostica della loro evoluzione, dimensioni dell'azienda, grado di fungibilità delle mansioni dell'assente, ecc.<sup>998</sup>.

Per superare questa tesi fu necessario scardinarne il presupposto (evidente anche quando non esplicitato), ossia l'idea che l'art. 2110 c.c. si riferisca soltanto alla malattia continuata e in atto al momento del licenziamento. La svolta avvenne con il noto trittico di sentenze della Cassazione a Sezioni Unite nn. 2072, 2073 e 2074 del 29 marzo 1980<sup>999</sup>, ove si respinse - ai fini della delimitazione del campo di applicazione della predetta norma - una nozione di malattia “normale” o “statisticamente media”, volta ad escludere la morbilità discontinua ed irregolare, perché una tale

<sup>996</sup> MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1992, p. 291, ivi riferimenti.

<sup>997</sup> Cfr. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 356-357.

<sup>998</sup> Per un'ampia disamina di tale orientamento, si può rinviare a DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 256 ss.

<sup>999</sup> Rispettivamente in *Foro it.*, 1980, I, c. 936, *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 929 e *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 419.

nozione “finirebbe per basarsi proprio su quegli effetti della malattia che, in base alla definizione da essi attinta, dovrebbero poi essere disciplinati, con palese inversione logica”. *Mutatis mutandis*, il ragionamento sembra ricordare la nota (e, curiosamente, coeva) operazione concettuale compiuta dalla stessa Cassazione a proposito dello sciopero, allorché fu ripudiata la cosiddetta tecnica definitoria, proprio perché reputata arbitrariamente protesa ad escludere forme di sciopero, in passato giudicate anomale, ossia estranee ad un concetto ‘normale’ di sciopero<sup>1000</sup>.

Così definito il campo di applicazione della norma codicistica, la specialità della stessa sbarrò il campo alla disciplina generale del licenziamento e a quella civilistica in tema di impossibilità sopravvenuta, negando ogni rilevanza (sul piano soggettivo ed oggettivo) alle difficoltà determinate all’organizzazione produttiva dall’assenza per malattia, limitatamente al periodo protetto.

A questo punto, restava solo da capire come rendere operativa tale acquisizione concettuale sul piano della concreta tutela da garantire al lavoratore: la presenza di una clausola di sommatoria (che la stessa Cassazione esortò ad inserire all’interno dei contratti collettivi) diventò una conseguenza necessaria della norma, in assenza della quale la lacuna negoziale è destinata ad essere colmata dall’intervento equitativo del giudice, nel rispetto dell’ordine delle fonti indicato dall’art. 2110 c.c.

All’orientamento delle Sezioni Unite la successiva giurisprudenza si è subito uniformata. Anche la dottrina, dopo una prima raffica di critiche<sup>1001</sup>, è giunta ad accettarlo, apprezzandone - peraltro - il contributo da esso fornito alla certezza del diritto.

Ebbene, a distanza di oltre trenta anni da quella svolta, la Cassazione è tornata a qualificare l’eccessiva morbilità, anche in caso di mancato superamento del periodo di comporto, come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ove provochi un pregiudizio alla funzionalità produttiva<sup>1002</sup>. Il ripensamento non è accompagnato da alcun argomento inedito rispetto al dibattito anteriore alle tre sentenze del 1980: anzi, i giudici di legittimità si avvitano in un improbabile slalom tra eccessiva morbilità e scarso rendimento, alla fine del quale non si comprende neppure se la motivazione addotta a sostegno del licenziamento sia da essi considerata di natura oggettiva o soggettiva.

### 3. In cerca di una sanzione: il licenziamento durante il periodo di comporto.

Nell’art. 2110 c.c. manca pure ogni riferimento alle conseguenze del licenziamento intimato durante il periodo protetto.

Nel caso della maternità il vuoto è stato colmato a partire dalla declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 2, L. n. 1204/1971, nella parte in cui prevede(va) “la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di

<sup>1000</sup> Cass. S.U. 30.1.1980, n. 711, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 176.

<sup>1001</sup> Per un quadro delle resistenze dottrinali e giurisprudenziali all’orientamento delle S.U., v. DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 301-306.

<sup>1002</sup> Cass. 4.9.2014, n. 18678, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 969, nt. LAMA, *Trent’anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento* e in *Lav. giur.*, 2015, p. 40, nt. GRAGNOLI, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo*.

puerperio”<sup>1003</sup>, in ragione della peculiare “condizione in cui si trova la donna nel periodo di gravidanza e in quello di puerperio”. La nullità del licenziamento della lavoratrice madre fu poi recepita in legge a distanza di un decennio dalla pronuncia della Consulta ed estesa alle altre fattispecie menzionate dall’art. 54, D.lgs. n. 151/2001 (congedi parentali, congedo di paternità, ecc.), per poi essere confermata al momento della riscrittura dell’art. 18 Stat. lav. operata dalla L. n. 92/2012.

Di contro, il recesso intimato al lavoratore ammalato in pendenza del periodo protetto è sempre stato considerato valido, ma temporaneamente inefficace fino alla scadenza del termine di comportamento ovvero alla cessazione dello stato di malattia (se precedente)<sup>1004</sup>: evidentemente, si ritiene che quest’ultimo non determini la necessità di protezione del turbamento psicologico sulla quale è fondato il regime di nullità del licenziamento intimato durante la gravidanza.

L’ingresso della regola di giustificazione del licenziamento (art. 1, L. n. 604/1966) non ha mutato tale conclusione, almeno secondo l’opinione comune anche se non proprio unanime<sup>1005</sup>, non essendo stato accompagnato da uno specifico regime sanzionatorio dedicato al licenziamento del lavoratore ammalato.

Neppure allorquando ha espressamente regolato – accorpandoli – i casi di nullità del licenziamento (art. 18, 1° comma, Stat. lav., nel nuovo testo introdotto dalla legge Fornero), il legislatore ha inteso assegnare alla fattispecie del recesso durante il periodo di comportamento lo scudo della nullità (viceversa, previsto nel caso della maternità/paternità).

Anzi, il legislatore del 2012 ha confermato la diversa considerazione con cui valuta la maternità/paternità, da un lato, e la malattia, dall’altro. Infatti, in caso di licenziamento intimato all’esito di un procedimento disciplinare ovvero all’esito della nuova procedura di conciliazione preventiva ex art. 7, L. n. 604/1966 (introdotta dall’art. 1, 40° comma, L. n. 92/2012, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), l’effetto del recesso è sospeso nei casi regolati dalla normativa a tutela della genitorialità ovvero in caso di impedimento derivante da infortunio sul lavoro, ma non anche in caso di malattia (evidentemente reputata come un potenziale strumento utilizzabile dal lavoratore al solo fine di procrastinare pretestuosamente la permanenza del rapporto di lavoro).

È pur vero che l’art. 18, 7° comma (come modificato dall’art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012), individua espressamente (attraverso il rinvio al 4° comma) la tutela applicabile in caso di licenziamento intimato “in violazione” dell’art. 2110, 2° comma, c.c. (nonché in caso di licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore), vale a dire la reintegrazione necessaria, ma attenuata nelle sue conseguenze economiche (ossia limitata a dodici mensilità ed espressamente sottoposta alla deducibilità dell’*aliunde perceptum* e dell’*aliunde percipiendum*).

<sup>1003</sup> Corte cost. 8.2.1991, n. 61, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 264.

<sup>1004</sup> L’affermazione, rintracciabile già in F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1965, p. 200, compariva nella giurisprudenza anteriore: v. la rassegna di RICCI, *La malattia del lavoratore subordinato e i suoi effetti nei rapporti di lavoro (1943-1963)*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, p. 272 ss.

<sup>1005</sup> Per un riepilogo del dibattito, v. ICHINO, *op. cit.*, p. 71; TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova, 2002, p. 7; SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, 1993, pp. 36-37; DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 368.

Certo, l'espressione è ambigua, ma non basta a scardinare una soluzione interpretativa ormai consolidata da decenni.

Infatti, c'è da supporre che il licenziamento "in violazione" dell'art. 2110, a cui fa riferimento il novellato art. 18 Stat. lav., sia quello intimato, non *durante*, ma *a causa* della (assenza per) malattia, ossia in ragione dell'asserito superamento del periodo di comporto, che non è stato – in realtà – superato<sup>1006</sup>.

Se il consapevole e volontario spregio del divieto legale è un'ipotesi marginale (ma non da escludere), non è infrequente che il datore di lavoro incorra in un errore materiale di calcolo, oppure operi un inquadramento giuridicamente inesatto di giornate d'assenza che non sarebbero computabili nel periodo di malattia (ferie, infortunio, malattia cagionata dal datore, ecc.). In entrambi i casi si realizza un contrasto *diretto* con il precetto dell'art. 2110, poiché lo stato di malattia costituisce l'unico presupposto del licenziamento: si comprende, allora, perché quest'ultimo è stato considerato nullo per violazione di norma imperativa, con conseguente applicabilità della tutela reale, in virtù della sua nota forza espansiva<sup>1007</sup>.

A questo punto, è facile osservare che l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, in luogo del regime della nullità, abbia "ridotto la gravità" del licenziamento intimato per erroneo computo del comporto<sup>1008</sup>. Conseguentemente, si genera una paradossale (e irragionevole) disparità di trattamento, posto che nell'area della tutela obbligatoria, tale licenziamento continua ad essere qualificabile come nullo (per violazione di norma imperativa ex art. 1418 c.c., in assenza di espressa previsione contraria), dando luogo a conseguenze sanzionatorie più pesanti (perché non opera la limitazione indennitaria) rispetto a quelle attualmente previste nell'area della tutela reale<sup>1009</sup>.

La contraddizione non mi pare sanabile ed è una delle conseguenze della frantumazione della tutela reale in una pluralità di regimi, alcuni dei quali collocati al di sotto dell'asticella protettiva derivante dalla nullità di diritto comune.

Il discorso si complica ulteriormente a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015, nel quale il legislatore omette ogni riferimento al binomio licenziamento e malattia.

Infatti, la disciplina del licenziamento viene estesa alle "ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai

<sup>1006</sup> Così, FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, a cura di MAGNANI-TIRABOSCHI, Milano, 2012, p. 268; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 574; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, in Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di CHIECO, Bari, 2013, p. 338). Viceversa, secondo CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 404, la norma si riferisce anche al "licenziamento intimato durante il comporto di malattia per un giustificato motivo estraneo ad esso".

<sup>1007</sup> DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 366, nonché PANDOLFO, *op. cit.*, p. 213. Per la giurisprudenza, v. Cass. 26.10.1999, n. 12031, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 61, nt. FIGURATI, *Questioni in tema di licenziamento individuale durante la malattia: la richiesta di ferie interrompe il comporto?*; Cass. 21.9.1991, n. 9869, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 1030, nt. BERGIANTI, *Il superamento del cosiddetto periodo di comporto come unico motivo di licenziamento*.

<sup>1008</sup> CASALE, *op. cit.*, p. 405.

<sup>1009</sup> ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in WP CSDLE Massimo D'Antona.IT, n. 160/2012, p. 12.

sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”, senza alcun richiamo all’art. 2110 c.c. e alla sua violazione. Per riempire questo ulteriore silenzio normativo, si potrebbe ricondurre la violazione dell’art. 2110 alla fattispecie regolata dalla nuova disposizione, accostando la malattia alla disabilità e considerando meramente esemplificativo il richiamo alle norme della L. n. 68/1999 (per effetto della parola “anche”)<sup>1010</sup>.

Personalmente, ritengo che il legislatore del 2015 non potesse non aver chiara la distinzione tra disabilità e malattia, del resto presente già nella novella dell’art. 18 introdotta dalla legge Fornero. Né credo che possa bastare la parola “anche”: a mio avviso, il carattere esemplificativo insito in tale espressione si esplica con riferimento (anche) a quei “soggetti non assunti come disabili, ma, si badi, pur sempre nell’ambito di una inidoneità fisica o psichica”<sup>1011</sup>.

In alternativa a questa tesi, non c’è che da tornare ... al silenzio. Il legislatore ha scelto di non regolare il licenziamento per malattia, consegnandolo all’interprete. E l’interprete deve scegliere: o applica ai neo-assunti l’art. 18 Stat. lav., in quanto norma più prossima alla fattispecie da regolare, con la conseguenza di avallare un trattamento inferiore rispetto a quello valevole al di fuori del campo di applicazione della norma statutaria (per la ragione sopra esposta), oppure – con uno scatto di reni – richiama in campo il regime civilistico della nullità, con la conseguenza (ancor più paradossale, se si pensa all’intera ratio del *Jobs Act*), di trattare in senso più favorevole proprio i lavoratori neo-assunti rispetto a quanto previsto dall’art. 18 Stat. lav.

Per ciò che concerne l’impugnazione del licenziamento intimato durante il periodo di comporto, un tradizionale orientamento giurisprudenziale nega che il termine di decadenza ex art. 6, L. 604/1966 subisca alcuna sospensione<sup>1012</sup>. L’affermazione è temperata da chi distingue tra l’impugnativa volta a far dichiarare l’illegittimità del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto e quella volta a far dichiarare l’inefficacia temporanea del recesso motivato per cause diverse dallo stato di malattia: nel primo caso, il termine decorrerebbe dall’intimazione del licenziamento, mentre nel secondo resterebbe sospeso<sup>1013</sup>. Più di recente, la Cassazione si è pronunciata nel senso della inapplicabilità *tout court* del termine di impugnativa, proprio in ragione della specialità del licenziamento per superamento del periodo di comporto<sup>1014</sup>.

La questione deve essere ripensata alla luce delle modifiche introdotte dall’art. 32, L. n. 183/2010, in quanto entrambi i termini di impugnativa – quello (di 60 giorni) per l’impugnativa stragiudiziale, decorrente dalla ricezione della comunicazione scritta del licenziamento, o dei suoi motivi – e il

<sup>1010</sup> È la tesi di MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE Massimo D’Antona.IT, n. 236/2015, p. 21. Anche BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 132, riconduce, “pur non senza qualche difficoltà” (stante la specialità dell’art. 2110 c.c.), il recesso per (mancato) superamento del periodo di comporto al regime sanzionatorio applicabile al licenziamento ingiustificato per carenza di giustificato motivo oggettivo.

<sup>1011</sup> Così CESTER, *op. cit.*, p. 574, con riferimento al nuovo testo dell’art. 18 Stat. lav.

<sup>1012</sup> Cass. 24.3.2014, n. 6845, inedita; Cass. 2.7.1988, n. 4394, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 524; Cass. 15.5.1984, n. 2966, *ivi*, 1984, p. 597; Cass. 29.6.1981, n. 4225, *ivi*, 1982, p. 248.

<sup>1013</sup> È la tesi di DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 373, già sostenuta - in giurisprudenza - da Trib. Milano 20.5.1980, in *Notiz. giur. lav.*, 1980, p. 596.

<sup>1014</sup> Cass. 28.1.2010, n. 1861, in *Lav. giur.*, 2010, p. 462, nt. MANNACIO, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e L. 15 luglio 1966, n. 604* e in *Dir. rel. ind.*, 2010, p. 477, nt. CORTI, *Il termine di decadenza per l’impugnazione del licenziamento non si applica in caso di superamento del periodo di comporto. La Cassazione non anticipa il legislatore*; Cass. 19.7.2012, n. 12499, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 2529, nt. SERVIDIO, *Superamento del periodo di comporto e licenziamento*.

“successivo” termine (di 270 giorni) per l’impugnativa giudiziale, sono resi applicabili “anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento” (2° comma).

Interpretando in senso onnicomprensivo la nozione di ‘invalidità’, si potrebbe ad essa ricondurre anche l’inefficacia del licenziamento intimato durante il periodo di comporto, confermando, quindi, la decorrenza del termine di impugnazione in pendenza di quest’ultimo. È pur vero, però, che la decorrenza di tale termine durante la malattia determina un certo grado di compressione delle esigenze di cura del lavoratore, in caso di malattie temporalmente contenute, ma intense quanto a gravità, posto che il lavoratore che versi in tale stato deve attivarsi (prima in sede stragiudiziale e poi in sede giudiziale) per impugnare il licenziamento, entro un arco temporale che può risultare addirittura inferiore al periodo di comporto.

Anche su questo punto, il peso dei (vecchi e nuovi) silenzi legislativi in tema di licenziamento e malattia è fin troppo evidente. Insomma, la verità è che all’art. 2110 c.c. si continua a chiedere il faticoso sforzo di supplire “all’assenza, nel nostro ordinamento, di una fattispecie generale di licenziamento radicato nella persona del lavoratore, da affiancare al giustificato motivo soggettivo e oggettivo”<sup>1015</sup>.

#### 4. La specialità del licenziamento per superamento del periodo di comporto.

Tra i silenzi del legislatore v’è da registrare che alla scadenza del periodo di comporto l’art. 2110 c.c. non collega l’effetto dell’automatica risoluzione del rapporto, rendendo necessaria una dichiarazione formale di recesso. L’estinzione del rapporto non è, dunque, imposta dalla legge, ma è rimessa ad una libera scelta del datore di lavoro, peraltro nei termini in cui questa non sia compressa dal riconoscimento – da parte della contrattazione collettiva – di un vero e proprio diritto del lavoratore a fruire di un ulteriore periodo di conservazione del posto, sotto forma di aspettativa non retribuita, la quale si configura come un (ulteriore) limite – questa volta di origine negoziale – alla facoltà di recesso del datore di lavoro<sup>1016</sup>.

L’entrata in vigore della L. 604/1966 ha indotto a chiedersi se, al di fuori dell’area (divenuta residuale) di operatività del recesso *ad nutum*, il licenziamento successivo alla scadenza del periodo di comporto debba soggiacere al vincolo della necessaria giustificazione.

La soluzione affermativa a tale quesito ha mosso dall’idea che la maturazione del periodo di comporto abbia l’effetto di rimuovere il divieto di recesso, ma non anche di autorizzarlo *sic et simpliciter*. In quest’ottica, l’art. 2110 sarebbe una norma *agnostica* rispetto alle conseguenze del recesso intimato dopo lo spirare del termine di comporto, il quale rimarrebbe consegnato alle normali regole in tema di licenziamento<sup>1017</sup>.

<sup>1015</sup> CORTI, *op. cit.*, p. 477.

<sup>1016</sup> Sulla fruizione dell’aspettativa al fine di evitare il licenziamento per superamento del periodo di comporto, v., di recente, Cass. 10.12.2012, n. 22392, in *Lav. giur.*, 2013, p. 196; Cass. 16.3.2012, n. 4261, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 2368.

<sup>1017</sup> Sull’orientamento dottrinale e giurisprudenziale che qualificava l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si può utilmente rinviare all’ampia trattazione di DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 256-277.

Come è noto, si è imposta – a partire dal già citato intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 1980 – l'opposta convinzione che la fine del periodo di comporto sia, di per sé, sufficiente a legittimare il licenziamento del lavoratore, senza bisogno di alcuna giustificazione aggiuntiva.

In sostanza, pur non potendo sapere "come l'art. 2110 si sarebbe regolato se avesse dovuto rapportarsi ad una disciplina limitativa del recesso", si è scelto di far parlare il suo silenzio, caricando la norma del compito di determinare, "contemporaneamente alle condizioni della sospensione, quelle della legittima estinzione del rapporto"<sup>1018</sup>.

L'opzione che scorge nel licenziamento per superamento del periodo di comporto "un'autonoma ipotesi di recesso"<sup>1019</sup> appare avvalorata da due recenti previsioni normative.

La prima è contenuta nell'art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012, il quale – novellando l'art. 18 Stat. lav. – tratta il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. come un'ipotesi distinta dal licenziamento carente di giustificato motivo oggettivo (come si evince dal termine "ovvero").

La seconda è contenuta nell'art. 7, 4° comma, D.l. n. 76/2013 (convertito in L. n. 99/2013), il quale – novellando l'art. 7, 6° comma, L. n. 604/1966 – esclude "il licenziamento per superamento del periodo di comporto" dal campo di applicazione della già richiamata procedura di conciliazione preventiva ex art. 1, 40° comma, L. n. 92/2012.

Posto che, generalmente, il superamento del periodo di comporto è considerato sufficiente a legittimare il licenziamento, ciò non vale allorché la sopravvenienza della malattia sia imputabile al datore di lavoro. Secondo la giurisprudenza, infatti, le assenze del lavoratore per malattia non ne giustificano il licenziamento, ove l'infermità sia, comunque imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro, "in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme", fermo restando che è onere del lavoratore "provare il collegamento causale tra la malattia che ha determinato l'assenza [...] e le mansioni espletate"<sup>1020</sup>.

Al di fuori dell'area della giustificazione, occorre verificare se il recesso per superamento del periodo di comporto sia assoggettabile alla disciplina generale dei licenziamenti.

Tanto per cominciare, è certamente necessaria la comunicazione in forma scritta, con contestuale indicazione dei motivi, come prescrive il novellato (ex art. 1, 37° comma, L. 92/2012) testo dell'art. 2, 2° comma, L. 604/1966. Si tratta dei motivi che hanno determinato il recesso (così come si esprime la citata disposizione di legge), che – nel nostro caso – coincideranno con il superamento del periodo di comporto, una motivazione ovviamente non sostituibile da altre (e non sostituibile ad altre), stante il generale principio (di derivazione giurisprudenziale) della immutabilità dei motivi del licenziamento.

<sup>1018</sup> DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 378-379.

<sup>1019</sup> CALCATERRA, *op. cit.*, p. 121, ivi riferimenti giurisprudenziali, a cui *adde* Cass. 31.1.2012, n. 1404, in *Lav. giur.*, 2012, p. 689, nt. IARUSSI, *Licenziamento per malattia: l'art. 2110 c.c. prevale sulla disciplina dei licenziamenti e sulla risoluzione ex art. 1464 c.c.*; Cass. 20.5.2013, n. 12233, *ivi*, 2013, p. 845.

<sup>1020</sup> Cass. 7.4.2011, n. 7946, in *Arg. dir. lav.*, 2011, II, p. 1061, nt. FERRUGGIA, *Licenziamento per superamento del comporto: il dibattito sul tema e le implicazioni sul potere di recesso ad nutum ex art. 2110 Cod. Civ. in ipotesi di violazione datoriale dell'obbligo di sicurezza*; in senso conforme, tra le altre, Cass. 19.1.2002, n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 855.

Posto che l'indicazione dei motivi non deve essere generica o di stile, ma deve rispondere ai necessari requisiti di specificità, completezza ed analiticità, il datore di lavoro non può limitarsi a menzionare il mero dato del superamento del periodo di comporto. Non è chiaro, però, se occorra – da parte sua – un'indicazione precisa e dettagliata delle giornate di assenze per malattia o se sia sufficiente riportare il loro numero complessivo (fermo restando il successivo onere probatorio in sede giudiziaria)<sup>1021</sup>. Per il lavoratore l'accertamento del superamento del termine di comporto (soprattutto se frazionato) può non apparire di immediata evidenza, tenuto conto anche delle particolari situazioni previste dai contratti collettivi ai fini del relativo computo (si pensi, ad esempio, al prolungamento del comporto in presenza di un unico evento morboso o di periodi di ricovero), e delle incertezze giurisprudenziali in ordine ai criteri di determinazione del periodo protetto (valga per tutti l'esempio della computabilità o meno dei giorni intermedi non lavorativi).

La stessa considerazione deve aver indotto una giurisprudenza minoritaria a sostenere che il datore di lavoro, a pena di illegittimità del licenziamento, sia tenuto a informare preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di comporto, in applicazione dei canoni di correttezza e buona fede: ciò al fine di consentire al lavoratore di valutare la possibilità di richiedere la fruizione dell'aspettativa non retribuita (ovviamente, ove prevista dal relativo contratto collettivo)<sup>1022</sup>.

Naturalmente, non avendo natura disciplinare, il licenziamento per superamento del periodo di comporto non soggiace ai vincoli procedurali di cui all'art. 7, Stat. lav.

Una problematica che si pone in termini particolare per questo genere di licenziamento è quella della tempestività rispetto al momento in cui si perfeziona la causale di recesso, ossia la scadenza del periodo di comporto. Proprio perché non si tratta di una sanzione disciplinare, non è in gioco l'esigenza di assicurare all'incolpato la pienezza del diritto di difesa e, quindi, la prossimità della contestazione ai fatti.

A tal proposito, occorre distinguere tra la situazione in cui il lavoratore sia licenziato prima del suo rientro al lavoro, e quella in cui egli sia licenziato quando è già rientrato al lavoro, perché ormai guarito.

Nel primo caso, non si possono ammettere contestazioni sulla tempestività, in quanto "la tardività non è ipotizzabile finché perdura l'assenza dal lavoro"<sup>1023</sup>. Infatti, scaduto il periodo di comporto, il datore di lavoro non è certo obbligato a procedere al licenziamento, potendo scegliere di attendere che il lavoratore guarisca e riservandosi di recedere in un secondo momento, senza che si possa automaticamente desumere "la rinuncia alla facoltà di recesso dal non esercizio immediato di tale facoltà alla scadenza del comporto"<sup>1024</sup>.

<sup>1021</sup> Sul punto, cfr. Cass. 5.4.2013, n. 8440, in *Lav. giur.*, 2013, p. 614; Cass. 13.7.2010, n. 16421, in *Diritto e Giustizia*, 2010, p. 383; Cass. 3.8.2004, n. 14873, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 399, nt. STOLFA, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e regole formali di cui l. n. 604/1966: il cerchio si chiude*; Cass. 13.12.1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 688; nt. CATTANI, *Sulla distribuzione dell'onere probatorio nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*; Cass. 24.1.1997, n. 716, *ivi*, 1998, II, p. 129, nt. MARRA, *Sulla necessità di motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia*.

<sup>1022</sup> Trib. Milano 21.5.2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 887, nt. BORDONE, *Scadenza del periodo di comporto, diritto alla aspettativa ed esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede*; Pret. Milano 23.3.1993, in *Lav. prev. oggi*, 1994, p. 805. *Contra*, fra le tante, Cass. 21.9.2011, n. 19324, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 990; Cass. 22.4.2008, n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 787; Cass. 28.6.2006, n. 14891, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, p. 780.

<sup>1023</sup> TATARELLI, *op. cit.*, p. 192.

<sup>1024</sup> ICHINO, *op. cit.*, p. 84.

Nel secondo caso, invece, si pone un problema di tempestività del licenziamento, in quanto il mancato esercizio della facoltà di recesso nei confronti del lavoratore ormai guarito e rientrato al lavoro, ben può essere interpretata come tacita rinunzia alla medesima. Indubbiamente, poi, vi è un'esigenza di tutela dell'affidamento, nel senso che il lavoratore non può essere esposto indefinitamente al rischio di essere licenziamento per superamento del periodo di comporto.

La giurisprudenza ha assunto una posizione compromissoria, sostenendo che l'esigenza di tempestività deve essere temperata con un ragionevole *spatium deliberandi* che va riconosciuto al datore di lavoro perché egli possa convenientemente valutare nel suo complesso la sequenza di eventi morbosi<sup>1025</sup>. Ciò significa, essenzialmente, che il rientro al lavoro non è di per sé impeditivo del licenziamento, ma poi la quantificazione dell'arco temporale entro il quale tale provvedimento può considerarsi tempestivo non è definita una volta per tutte, perché rimessa ad una valutazione – secondo correttezza e buona fede – del comportamento complessivo delle parti in concorso con le peculiarità delle fattispecie concrete.

---

<sup>1025</sup> Cass. 25.11.2011, n. 24899, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 676, nt. TIMELLINI, *Il difficile equilibrio tra spatium deliberandi e tempestività della comunicazione del licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporto*; nonché Cass. 23.1.2008, n. 1438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 501; Cass. 7.1.2005, n. 253, ivi, 2006, II, p. 89, nt. SIGNORINI, *Sul diverso contenuto della regola dell'immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comporto*; Cass. 8.5.2003, n. 7047, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1731; Cass. 29.7.1999, n. 8235, ivi, 2000, I, p. 62, nt. BANO, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comporto*; Cass. 7.12.1998, n. 12376, ivi, 1999, II, p. 595, nt. BARTALOTTA, *Il principio della tempestività nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*; Cass. 12.1.1991, n. 267, ivi, 1992, II, p. 203; Cass. 27.2.1990, n. 1524, in *Orient. giur. lav.*, 1990, p. 164; Cass. 11.4.1987, n. 3650, in *Lav. prev. oggi*, 1987, p. 2350; Cass. 1.8.1984, n. 4572, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 817; Pret. Torino 3.11.1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 797, nt. A. Tosi, *Superamento del periodo di comporto per eccessiva morbilità e decadenza del diritto di recesso del datore di lavoro*.

## Lo sciopero (nei servizi pubblici) in Germania: uno sguardo critico dall'Italia\*

Edoardo Ales

1. La regolamentazione del conflitto collettivo (Arbeitskampf) nell'ordinamento tedesco.	331
1.1 Il quadro regolativo originario.	331
1.2 Il quadro regolativo più recente.	335
2. Lo sciopero nei servizi essenziali.	349
3. Conclusioni.	353
Bibliografia essenziale.	353

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 117/2015

## 1. La regolamentazione del conflitto collettivo (Arbeitskampf) nell'ordinamento tedesco.

### 1.1 Il quadro regolativo originario.

*La considerazione, in termini di politica del diritto e di diritto positivo, del conflitto collettivo in Germania, differisce di molto da quella italiana. Una simile affermazione emerge confermata dalla diversa impostazione costituzionale dei due ordinamenti in materia. La Costituzione italiana del 1948 riconosce esplicitamente la libertà di organizzazione sindacale (art. 39 comma 1) e il diritto di sciopero (art. 40), mentre quella tedesca del 1949 (Bonner Grundgesetz - GG) riconosce il diritto fondamentale di ciascuno, quale che sia la sua professione (Beruf), a costituire associazioni che abbiano come scopo la tutela e la promozione delle condizioni economiche e di lavoro (art. 9 par. 3 GG).*

*Quest'ultima disposizione è stata interpretata dal Tribunale Costituzionale Federale (Bundesverfassungsgericht<sup>1026</sup>) in termini di libertà di coalizione (Koalitionsfreiheit), da riconoscere specularmente e, dunque, paritariamente, ai lavoratori e ai datori di lavoro. Si tratta, quindi, in primo luogo, di un diritto individuale fondamentale di libertà, positivo e negativo. Tuttavia, lo stesso Bundesverfassungsgericht ha contestualmente posto l'enfasi sulla natura anche collettiva della Koalitionsfreiheit, da intendersi come diritto fondamentale a duplice valenza (Doppelgrundrecht). Esso garantisce, infatti, oltre all'individuo, la coalizione, nella sua esistenza (Bestand), nella sua (auto)conformazione (Ausgestaltung) e nella sua azione (Betätigung)<sup>1027</sup>.*

*L'obiettivo essenziale delle coalizioni protette dall'art. 9 par. 3 GG è la conclusione di contratti collettivi. In questo ambito, esse sono libere di agire senza condizionamenti esterni. La scelta dei mezzi dell'azione collettiva è, dunque, rimessa alle stesse coalizioni, non avendo ritenuto il legislatore tedesco di dover intervenire a disciplinare il conflitto collettivo, così come, invece, avvenuto per il contratto collettivo con il Tarifvertragsgesetz (TVG) e per gli accordi aziendali (Betriebsvereinbarungen) con il Betriebsverfassungsgesetz (BetriebVerfG).*

*Ciò comporta che, laddove il perseguimento degli scopi associativi dipenda dall'utilizzo di determinati mezzi d'azione, questi ultimi ricadono nell'ambito di protezione del diritto fondamentale di coalizione, acquistando, dunque, rilievo costituzionale. Al loro novero appartengono, a maggior ragione, gli strumenti di lotta (Arbeitskampfmaßnahmen), finalizzati alla sottoscrizione di un contratto collettivo. Più nello specifico, detti strumenti godono della copertura costituzionale fintanto che necessari a garantire la funzionalità dell'autonomia collettiva e la conclusione di contratti collettivi. Da ciò deriva l'illegittimità dell'azione collettiva a fini non contrattuali (sciopero politico, per esempio).*

*In linea di principio, la copertura costituzionale derivante dalla Koalitionsfreiheit non è riconosciuta alle coalizioni spontanee dei lavoratori, mentre è garantita al singolo datore di lavoro. Di conseguenza, se, da un lato, la serrata di una singola impresa risulta legittima, non lo è uno sciopero spontaneo non organizzato da una organizzazione sindacale già costituita (Wildstreik – sciopero selvaggio)<sup>1028</sup>.*

<sup>1026</sup> La giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht verrà citata nel saggio con la sigla BVerfG: essa è reperibile on-line su [www.dejure.org](http://www.dejure.org)

<sup>1027</sup> BVerfG 18.11.1954, 1 BvR 629/52 e BVerfG 28.02.1979, 2 BvR 84/79.

<sup>1028</sup> Così fin da BAG 20.12.1963, 1 AZR 428/62. La giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht verrà citata nel saggio con la sigla BAG: dove non diversamente indicato, essa è reperibile su [www.dejure.org](http://www.dejure.org).

Dalla concezione speculare e paritaria della *Koalitionsfreiheit*, la giurisprudenza costituzionale e quella del Tribunale Federale del Lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), hanno derivato il principio di parità delle parti nel conflitto (*Kampfparitätprinzip* o *Paritätsgebot* – criterio di parità), principio che, ovviamente, trova la sua più rilevante esplicazione in termini di parità di strumenti di lotta (*Waffengleichheit*). La conseguenza più evidente di tale ricostruzione è stata la tematizzazione della serrata (*Aussperrung*).

Nonostante i datori di lavoro tedeschi non ricorrano con particolare frequenza alla serrata, la rilevanza di questo strumento di lotta per la formazione del diritto del conflitto collettivo (*Arbeitskampfrecht*) in Germania non deve essere sottovalutata. Anzi, si può ragionevolmente sostenere che la costruzione giurisprudenziale dell'*Arbeitskampfrecht* sia stata fortemente influenzata dalle posizioni, di volta in volta, assunte dal *Bundesarbeitsgericht* proprio in materia di serrata.

Il pensiero va, primariamente, alle due pronunce di quelle che potremmo definire le Sezioni Unite (*Großer Senat*) del *Bundesarbeitsgericht* rispettivamente del 1955<sup>1029</sup> e del 1971<sup>1030</sup> e che costituiscono tuttora il riferimento regolativo imprescindibile del diritto all'azione collettiva in Germania. In entrambi i casi, oggetto delle decisioni risulta essere la legittimità della cosiddetta serrata a scopo difensivo (*Abwehraussperrung*), vista quale strumento conflittuale datoriale attraverso cui garantire la *Waffengleichheit* tra le parti.

Come da giurisprudenza costante del *Bundesverfassungsgericht*<sup>1031</sup>, nonostante la regolamentazione del conflitto collettivo sia, almeno in linea teorica, compito primario del legislatore, l'inerzia dello stesso impone alla giurisprudenza di intervenire, ricercando nell'ordinamento giuridico i parametri di regolazione del conflitto (*Methode der Rechtsfindung*). Questa ricerca è tanto più necessaria, se si tiene conto del fatto che il *Kampfparitätprinzip* porta a riconoscere a soggetti portatori di interessi contrapposti la titolarità del medesimo diritto fondamentale alla *Koalitionsfreiheit* e alla *Betätigungsfreiheit* affermate dall'art. 9 par. 3 GG, richiedendo, dunque, un attento bilanciamento (*Abwägung*) che non comprometta la posizione di diritto di alcuna delle due parti.

Cercando di sintetizzare al meglio le due complesse pronunce, si può dire che, nella prima, il *Bundesarbeitsgericht*, dopo aver negato l'effetto risolutivo sul rapporto di lavoro dell'astensione dallo stesso non preceduta da una *Kündigung* (da intendersi sia come preavviso che come dimissioni temporanee dal rapporto da parte dello scioperante) nei confronti del datore, riconosce detto effetto, invece, alla *Abwehraussperrung*, annullando, di fatto, i benefici prodotti dalla prima affermazione. L'astensione dal lavoro non preceduta dalla *Kündigung* non consente il licenziamento in tronco (*Entlassung*) dello scioperante, potendosi, dunque, formalmente parlare di riconoscimento dello sciopero come diritto: l'effetto risolutivo viene legittimamente prodotto, tuttavia, dalla serrata decisa dal datore di lavoro in risposta allo sciopero stesso.

Starà, poi, al contratto collettivo eventualmente concluso all'esito del conflitto, prevedere la riasunzione (*Wiedereinstellung*) di tutti o parte dei lavoratori, senza, però, che questa costituisca un obbligo per il datore, il quale può opporre ragioni di opportunità economica e organizzativa.

<sup>1029</sup> BAG 28.01.1955, GS 1/54.

<sup>1030</sup> BAG 21.04.1971, GS 1/68.

<sup>1031</sup> BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

La seconda pronuncia del *Großer Senat*, quella del 1971, anche sulla scorta delle critiche provenienti dalla dottrina progressista del tempo, rimette in discussione la posizione assunta nel 1955, indicata, con felice espressione di sintesi, come *Lösungstheorie* (teoria dell'effetto risolutivo). Lo fa attaccando frontalmente proprio l'effetto risolutivo della *Abwehraussperrung* sulla base della considerazione che scopo del conflitto è la conclusione del contratto collettivo: una volta raggiunto o fallito l'obiettivo, il conflitto termina e il lavoro riprende, pacificamente, alle nuove o, anche, alle originarie condizioni. Consustanziale al conflitto collettivo è, infatti, la sospensione temporanea dei diritti e dei doveri delle parti, di modo che un effetto risolutivo non può essere mai ammesso, dovendosi, invece, ritenere fisiologica la prosecuzione del lavoro, alla quale il conflitto deve contribuire e non andare a detrimento.

Così come l'elaborazione della *Lösungstheorie*, chiaro disincentivo all'esercizio dello sciopero, aveva reso superflua la regolamentazione dell'*Arbeitskampf*, il suo abbandono, ripropone la questione. La sospensione reciproca dei diritti e dei doveri, infatti, se risolve il problema 'interno' al rapporto di lavoro, ripristinando la *Waffengleichheit* posta alla base della *Kampfparität*, non tiene in alcuna considerazione il fatto che "nella nostra società, interconnessa e reciprocamente dipendente, sciopero e serrata toccano non soltanto le parti in conflitto ma anche, spesso in maniera notevole, i non scioperanti e la collettività nel suo insieme.". Per questo motivo, i conflitti collettivi devono sottostare al criterio superiore (*Gebot* – criterio e non *Prinzip*, trattandosi di misura della legittimità dell'azione conflittuale) della proporzionalità in senso ampio (*Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn*) tra danno provocato e beneficio prodotto.

Come avremo modo di vedere più avanti, il promettente (nella prospettiva dei servizi essenziali) riferimento alla garanzia di soggetti terzi, non deve trarre in inganno. Il criterio di proporzionalità viene prevalentemente utilizzato nella prospettiva 'interna' per evitare che sia violata la *Kampfparität* o che siano pregiudicati gli interessi dei non scioperanti.

Che cosa vuol dire, però, *Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn*? La domanda ha impegnato e tutt'ora impegna la dottrina e la giurisprudenza tedesche. Non è, dunque, semplice tentare di fornire una risposta di sintesi. Certo è che, per il *Großer Senat*, le prospettive da assumere nell'interpretare il criterio sono quella 'interna' delle conseguenze economiche e sociali sulle parti direttamente o indirettamente coinvolte nel conflitto e quella 'esterna' del bene comune ("das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden" - "il bene comune non deve subire un evidente pregiudizio").

Nella sentenza del 1971, peraltro in maniera poco strutturata, il *Großer Senat* riconduce la proporzionalità in senso ampio alla legittimità (*Rechtmäßigkeit*) dello scopo perseguito attraverso il conflitto (*Kampfziel*) e al fatto che esso sia idoneo (*geeignet*) e oggettivamente necessario (*sachlich erforderlich*) al raggiungimento di una condizione di pace sociale. L'azione conflittuale può, dunque, ritenersi legittima solo se posta in essere all'esito dell'esaurimento di ogni possibilità di reciproca comprensione ("nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten") ovvero quale *ultima ratio*. Secondo la sentenza del 1971, ciò richiederebbe l'espletamento obbligatorio di una procedura di conciliazione (*Schlichtungsverfahren*), la cui strutturazione concreta è, però, rimessa alle parti stesse.

Al criterio di proporzionalità in senso ampio deve conformarsi anche l'attuazione dell'azione conflittuale. Su questo punto, tuttavia, la pronuncia del 1971 rimane decisamente nel vago, limitandosi a invocare un generale principio di *fairness* nella conduzione dell'azione che trova la sua più concreta espressione nel divieto di annientamento della parte avversa (*Vernichtungsvebot*).

Il criterio della *Verhältnismäßigkeit*, così come il suo quasi omologo di *Übermaßverbot*<sup>1032</sup>, non rappresenta una novità nell'ordinamento tedesco. Esso era stato elaborato ben prima del 1971 dalla giurisprudenza costituzionale quale metro di valutazione della legittimità di interventi legislativi che, nel garantire l'esercizio di determinati diritti fondamentali, ne pregiudicano altri<sup>1033</sup>.

La giustificazione per l'applicazione del criterio di proporzionalità quale parametro di valutazione della legittimità di una azione collettiva e, quindi, a un rapporto tra privati, viene fornita, ex post<sup>1034</sup>, dal *Bundesverfassungsgericht*, e si basa sulla considerazione che "nell'esercizio della libertà di azione costituzionalmente garantita, si incide su posizioni di diritto del medesimo rango di cui sono portatori la controparte e i terzi eventualmente coinvolti nel conflitto."

Nel corso degli anni, la giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht*, in (quasi sempre) armonioso dialogo con quella del *Bundesverfassungsgericht* (di fronte al quale si possono 'appellare', per motivi connessi alla violazione dei diritti fondamentali, le pronunce del *Bundesarbeitsgericht*), ha raffinato il criterio della *Verhältnismäßigkeit*, razionalizzandone i tre elementi costitutivi.

Riprendendo l'efficace ricostruzione offerta da una fondamentale pronuncia del 2007 del *Bundesarbeitsgericht*, resa in materia di sciopero di solidarietà<sup>1035</sup>, un mezzo di lotta (*Kampfmittel*), datoriale o di parte lavoratrice che sia, per risultare proporzionato e, quindi, legittimo, deve essere:

a) Idoneo (*geeignet*) a porre pressione sulla controparte affinché accetti le rivendicazioni, nel caso di sciopero, o ponga fine al conflitto, nel caso di serrata difensiva. La valutazione di idoneità dello strumento rispetto al fine, è una prerogativa della coalizione che porta avanti il conflitto. Detta prerogativa è espressione della libertà di scelta dello strumento conflittuale che deriva dall'art. 9 par. 3 GG. Solo se lo strumento conflittuale si dimostra palesemente inadatto a porre pressione sulla controparte, allora può considerarsi illegittimo.

b) Necessario (*erforderlich*, ma verrebbe da dire indispensabile), nel senso che non devono essere disponibili, ancora una volta a giudizio della coalizione che porta avanti il conflitto, strumenti più 'morbidi' per raggiungere l'obiettivo prefissato (si tratta di una interpretazione evolutiva dell'*ultima ratio Prinzip*<sup>1036</sup>).

c) Proporzionale in senso stretto o, semplicemente, proporzionale (*verhältnismäßig im engeren Sinn - proportional*), nel senso che lo strumento conflittuale venga ritenuto adeguato (*angemessen*) al raggiungimento dell'obiettivo rispetto agli effetti negativi prodotti alla controparte o ai

<sup>1032</sup> BAG 10.06.1980, 1 AZR 822/79, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1980, 1642 - 1652.

<sup>1033</sup> Con riferimento alla *Koalitionsfreiheit*, v., almeno, BVerfG 18.12.1974, 1 BvR 430/65 e 259/66 *Arbeitnehmerkammer*; BVerfG 01.03.1979, 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78 e BvL 21/78 *Mitbestimmung*; BVerfG 04.07.1995, 1 BvF 2/86 *Kurzarbeitergeld*; BVerfG 27.04.1999, 1 BvR 2203/93 *Lohnabstandsklauseln*; BVerfG 06.02.2007 1 BvR 978/05 "5000 plus".

<sup>1034</sup> BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

<sup>1035</sup> Sul punto v. *infra*.

<sup>1036</sup> Sul punto v. *infra*.

terzi, all'esito di una valutazione (*Würdigung*) della libertà di azione nel conflitto costituzionalmente protetta, da effettuarsi, però, nella prospettiva della garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti colpiti, direttamente e indirettamente, dallo stesso. La valutazione di adeguatezza o di proporzionalità in senso stretto non è, tuttavia, prerogativa della coalizione che porta avanti il conflitto, ma del giudice che lo valuta, *ex ante* o *ex post*. Non si tratta, infatti, di una valutazione di fatto (*tatsächliche Einschätzung*), ma di un bilanciamento di diritto (*rechtliche Abwägung*). Un simile bilanciamento deve avvenire, però, tenendo conto che l'essenza stessa del conflitto è quella di esercitare pressione sulla controparte attraverso la produzione di svantaggi economici, al fine di raggiungere l'obiettivo prefissato. Non proporzionata è, dunque, un'azione che produca pregiudizi non adeguati (sproporzionati) a diritti anch'essi costituzionalmente protetti rispetto ai benefici che derivano alla parte che porta avanti il conflitto (cosiddetta *Praktische Konkordanz*).

Un secondo criterio generale di legittimità del ricorso agli strumenti del conflitto, è il rispetto dell'obbligo di pace (*Friedenspflicht*), obbligo che la giurisprudenza tedesca ritiene immanente nel contratto collettivo<sup>1037</sup>. A meno che non espressamente e diversamente disposto nel contratto stesso, l'obbligo è relativo e non assoluto, nel senso che si riferisce esclusivamente alle materie ivi disciplinate. La sua estensione oggettiva si determina attraverso l'interpretazione delle disposizioni contrattuali. Qualora le parti abbiano disciplinato esaustivamente una determinata materia, se ne deve derivare che questa sia sottoposta all'obbligo di pace, e che, per la durata del contratto collettivo, le parti abbiano voluto escludere la ricerca conflittuale dell'ulteriore regolazione anche di materie intimamente connesse con l'ambito escluso dal conflitto. Nel caso in cui, invece, le parti del contratto collettivo si siano limitate a definire una disciplina di massima, che non rappresenta una regolamentazione esaustiva della materia, il ricorso a strumenti conflittuali, sempre a fini regolativi, rimane legittimo<sup>1038</sup>.

## 1.2 Il quadro regolativo più recente.

### a) Lo sciopero di preavviso (*Warnstreik*).

L'assetto appena descritto, dai tratti decisamente monolitici, ha cominciato ad essere messo in discussione già dalla seconda metà degli anni Ottanta dalla risposta alquanto permissiva fornita dalla giurisprudenza alla cosiddetta *Neue Beweglichkeit*, una strategia di lotta adottata dal sindacato dei lavoratori metalmeccanici (*IG Metal*), basata sul cosiddetto sciopero di preavviso (*Warnstreik*). In realtà, le pronunce del *Bundesarbeitsgericht* del biennio 1984 – 1985<sup>1039</sup>, erano state precedute da una sentenza del 1976<sup>1040</sup> che aveva riconosciuto la legittimità degli scioperi di preavviso purché (a) di breve durata (massimo tre ore), (b) proclamati da una organizzazione sindacale e (c) rispettosi della *Friedenspflicht*.

Le pronunce sulla *Neue Beweglichkeit* considerano legittimo anche l'utilizzo reiterato del *Warnstreik* nell'ambito di una strategia pianificata posta in essere durante lo svolgimento delle trattative ovvero in un momento in cui esse non sono state dichiarate fallite e, dunque, secondo la giurisprudenza sopra richiamata del *Großer Senat*, sussistono ancora condizioni di reciproca comprensione. Così facendo il *Bundesarbeitsgericht* riconosce al *Warnstreik* una sorta di privilegio

<sup>1037</sup> BAG 21.12.1982, 1 AZR 411/80; BAG 27.06.1989, 1 AZR 404/88.

<sup>1038</sup> BAG 25.01.2006, 4 AZR 552/04.

<sup>1039</sup> BAG 12.09.1984, 1 AZR 342/83; BAG 29.01.1985, 1 AZR 179/84.

<sup>1040</sup> BAG 17.12.1976, 1 AZR 605/75.

rispetto all'*ultima ratio Prinzip* che non troverebbe applicazione in quanto “da interruzioni del lavoro, di durata ridotta e predeterminate nel tempo non deriva una pressione economica paragonabile a quella esercitata mediante il ricorso ad azioni di lotta di durata lunga e indeterminata [*Erzwingungsstreik*]”. Gli stessi interessi delle parti non direttamente coinvolge nel conflitto, quali i lavoratori non scioperanti e gli eventuali terzi, vengono assai meno pregiudicati da azioni della prima specie. Limitate nel senso di cui sopra possono essere considerate (come già nella pronuncia del 1976) interruzioni del lavoro che non superino le tre ore di durata.

La legittimità del *Warnstreik* non sembra essere stata messa in discussione neppure da una controversa pronuncia del 1988<sup>1041</sup>, la quale, se, da un lato, abbandona esplicitamente la dottrina del privilegio, ritenendo arbitraria (*willkürlich*) la distinzione tra *Warnstreik* ed *Erzwingungsstreik*, sottoponendo, dunque, il *Warnstreik* alla verifica del rispetto dell'*ultima ratio Prinzip* ai fini della sua proporzionalità/legittimità, dall'altro, fornisce una interpretazione evolutiva del principio stesso, escludendo che esso imponga, al fine di essere rispettato, la proclamazione dello sciopero all'esito di una dichiarazione formale di fallimento delle trattative (*förmliches Scheitern der Tarifverhandlungen*), che certifichi la “Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten”, la cui valutazione è rimessa, invece, all'apprezzamento (*Einschätzung*) delle parti. L'intervento del giudice volto a determinare il momento preciso nel quale tutte le possibilità di reciproca comprensione siano state esaurite produrrebbe, infatti, un'interferenza esterna incompatibile con la *Betätigungsfreiheit*, configurando un'ipotesi di *Tarifzensur*.

Nella prospettazione della pronuncia del 1988, l'*ultima ratio Prinzip*, in quanto espressione del criterio di necessità (*Erforderlichkeit*), consente il ricorso allo strumento conflittuale quando, a giudizio delle parti, la conclusione del contratto collettivo non sia più ottenibile (soltanto) in via negoziale. Ciò presuppone, tuttavia, almeno, che le rivendicazioni siano state rese note alla controparte e che si sia iniziato a negoziarle. Risulterebbe, dunque, contrario all'*ultima ratio Prinzip* esclusivamente uno sciopero condotto per mera dimostrazione di forza o in un momento nel quale la controparte sia ancora ignara delle rivendicazioni. Si tratterebbe, dunque, di fatto, di un requisito meramente formale, da sottoporre al vaglio contenutistico minimale dell'abuso di diritto.

Alla prospettazione del 1988, una pronuncia del 2003<sup>1042</sup> aggiunge l'ulteriore elemento della libertà di scelta dello strumento conflittuale idoneo a porre pressione nei confronti della controparte, libertà sulla quale ci soffermeremo subito oltre.

*b) Lo sciopero di solidarietà (Solidaritäts- Sympathie- Unterstützungsstreik).*

Nella seconda metà degli anni Ottanta, in due pronunce rese a distanza di tre anni l'una dall'altra, il *Bundesarbeitsgericht* ha avuto modo di prendere posizione sul tema dello sciopero di solidarietà. Se nella prima, del 1985<sup>1043</sup>, pur affermandone la tendenziale illegittimità, aveva mostrato una non totale chiusura nei confronti di particolari casi da considerarsi legittimi, nella seconda,

<sup>1041</sup> BAG 21.06.1988, 1 AZR 651/86.

<sup>1042</sup> BAG 18.02.2003, 1 AZR 142/02.

<sup>1043</sup> BAG 05.03.1985, 1 AZR 468/83.

resa nel 1988<sup>1044</sup>, anche, sembrerebbe di capire, in risposta alle aspre e, forse, ingenerose, critiche mosse in dottrina alla prima, il *Bundesarbeitsgericht* aveva eliminato qualsiasi margine di incertezza, confermando e assolutizzando la posizione negativa assunta nella prima.

Il *Solidaritätsstreik* veniva considerato illegittimo in quanto non indirizzato verso una potenziale controparte contrattuale (*Tarifpartner*), ma nei confronti di un soggetto impossibilitato, anche volendo, a esaudire le rivendicazioni contrattuali del sindacato scioperante e, dunque, a mitigare o a porre fine al conflitto. In questa prospettiva, il datore di lavoro contro il quale è rivolto lo sciopero di solidarietà necessita di una protezione ulteriore rispetto a quella di cui gode nel caso in cui sia controparte contrattuale. Ciò legittima, sul versante costituzionale, la limitazione dell'esercizio del diritto di sciopero esclusivamente nei confronti della controparte contrattuale effettiva. Rifacendosi alla teoria del nucleo essenziale del diritto fondamentale (*Kernbereichsformel*), affermata negli anni Sessanta<sup>1045</sup> e di lì a poco<sup>1046</sup> abbandonata, dal *Bundesverfassungsgericht*, il *Bundesarbeitsgericht* riteneva, infatti, che una simile limitazione non pregiudicasse il nucleo essenziale del diritto di sciopero.

Nel 2007 si assiste a un deciso cambio di giurisprudenza da parte del *Bundesarbeitsgericht*, cambio che rispecchia la posizione di maggior favore nei confronti dell'azione sindacale assunta, sin dalla prima metà degli anni novanta<sup>1047</sup>, dal *Bundesverfassungsgericht*. Nella pronuncia del 2007<sup>1048</sup>, infatti, il punto di partenza è costituito dalla presa d'atto dell'avvenuto, abbandono da parte del *Bundesverfassungsgericht* della *Kernbereichsformel*, e dall'affermazione che la *Koalitionsfreiheit*, nella sua espressione di *Betätigungsfreiheit*, si estende a tutte le modalità relazionali specifiche della coalizione (*koalitionsspezifischen Verhaltensweisen*) ovvero tutte quelle che consentono il perseguimento dei suoi scopi. Ciò significa che l'art. 9 par. 3 GG lascia alle parti ampia libertà nella scelta degli strumenti d'azione, non essendo questa più limitata all'indispensabile (*Unerlässlich*) proprio a seguito dell'abbandono della *Kernbereichsformel*. Di conseguenza, lo sciopero di solidarietà gode della medesima protezione costituzionale già riconosciuta allo sciopero rivolto contro il *Tarifpartner*.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che qualsiasi sciopero di solidarietà sia legittimo. La legittimità dipende, infatti, come per lo sciopero in generale, dalla disciplina che del diritto fondamentale fornisce l'ordinamento giuridico vigente, consistente, come già più volte ribadito, nell'applicazione del criterio della *Verhältnismäßigkeit* e nel rispetto della *Friedenspflicht*.

*c) Ancora 'contro chi': il datore di lavoro non iscritto all'organizzazione stipulante (Außenseiter Arbeitgeber) ma che applica, per rinvio dinamico, il contratto collettivo per il cui rinnovo si sciopera.*

Nel 2003, peraltro, il *Bundesarbeitsgericht* aveva già avuto modo di decidere una questione collegata allo sciopero di solidarietà, quella relativa alla legittimità di una sanzione disciplinare inflitta

<sup>1044</sup> BAG 12.01.1988, 1 AZR 219/86.

<sup>1045</sup> BVerfG 30.11.1965, 2 BvR 54/62.

<sup>1046</sup> BVerfG 14.11.1995, 1 BvR 601/92.

<sup>1047</sup> V., tra le altre, BVerfG 04.07.1995, 1 BvF 2/86.

<sup>1048</sup> BAG 19.06.2007, 1 AZR 396/06.

a un lavoratore a causa della sua partecipazione a uno sciopero proclamato durante la vigenza del contratto collettivo aziendale al fine di porre pressione sull'organizzazione datoriale stipulante il contratto collettivo di categoria al quale il contratto aziendale operava un rinvio dinamico. Ciò in assenza di iscrizione del datore di lavoro a quella associazione (*Außenseiter Arbeitgeber*)<sup>1049</sup>.

Il *Bundesarbeitsgericht* aveva, anzitutto, escluso che si trattasse di uno sciopero di solidarietà, dato che, in presenza di un rinvio dinamico al contratto di categoria, operato dal contratto collettivo aziendale, i lavoratori scioperano per le proprie condizioni di lavoro e il datore di lavoro non può dirsi terzo rispetto all'azione conflittuale, in quanto il beneficio comunque derivante dalla stipula del contratto collettivo di categoria giustifica il suo coinvolgimento nella stessa, pur in assenza di iscrizione all'organizzazione datoriale stipulante. In secondo luogo, lo sciopero doveva ritenersi legittimo in quanto (i) non risultava proclamato in violazione dell'*ultima ratio Prinzip*, non incombendo, sul sindacato proclamante, l'obbligo di rendere preventivamente note le rivendicazioni a un datore che non avrebbe potuto esaudirle non essendo il *Tarifpartner* del contratto collettivo di categoria; (ii) al contrario, l'assenza di iscrizione all'organizzazione datoriale stipulante, non poteva far ritenere lo sciopero inidoneo a porre pressione nei confronti della stessa, esistendo, nella realtà delle relazioni industriali, altre forme di collegamento effettivo tra singolo datore e associazione di categoria che possono utilmente sostituirsi all'iscrizione; (iii) il coinvolgimento nel conflitto non viola la libertà negativa di colazione del datore di lavoro non iscritto<sup>1050</sup>, dovendosi considerare che detto coinvolgimento costituisce, al più, un incentivo ad iscriversi all'organizzazione datoriale al fine di poterne indirizzare i comportamenti, incentivo che, a sua volta, di per se stesso, non può considerarsi illegittimo.

d) *Il Flashmob quale strumento conflittuale.*

Un interessante portato dell'abbandono della *Kernbereichsformel* e dell'affermazione, quale postulato centrale della regolamentazione della *Kampffreiheit*, della libertà di scelta degli strumenti conflittuali riconosciuta alle parti, soprattutto a quella lavoratrice, è rappresentato dalla recente giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* e del *Bundesverfassungsgericht* sul cosiddetto *Flashmob*. Il *Flashmob* è una tecnica di mobilitazione in voga da più di un decennio, che utilizza strumenti informatici o telefonici (principalmente messaggi inviati da vari supporti) per far convergere in pochi minuti una quantità notevole di persone in un determinato luogo fisico, al fine di porre in essere simultaneamente lo stesso comportamento. In Germania, il *Flashmob* è stato utilizzato, quale strumento conflittuale, a partire dal 2007, da *ver.di* (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft*), organizzazione sindacale nata all'inizio di questo secolo dalla fusione di cinque sigle storiche operanti nel settore dei servizi ai privati e alla collettività<sup>1051</sup> e divenuto, in brevissimo tempo, la seconda anima (spesso critica e criticata) del *Deutscher Gewerkschaftsbund*, la prima rimanendo, per dimensioni, tradizione e peso politico la *IG Metal*.

<sup>1049</sup> BAG 18.02.2003, 1 AZR 142/02.

<sup>1050</sup> Conclusione confermata da BVerfG 10.09.2004, 1 BvR 1191/03.

<sup>1051</sup> *Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)*, sindacato degli impiegati statali; *Deutsche Postgewerkschaft (DPG)*, sindacato degli impiegati nel settore postale; *Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV)*, sindacato del settore commercio, banche e assicurazioni; *IG Medien - Druck und Papier, Publizistik und Kunst (IG Medien)*, sindacato del settore media: stampa, pubblicitaria e arte; *Gewerkschaft Öffentliche Dienste Transport und Verkehr (ÖTV)*, sindacato dei lavoratori del settore pubblico e dei trasporti.

Nel caso di specie, che ha impegnato nel corso di ben sette anni l'intera giurisdizione civile tedesca<sup>1052</sup>, *ver.di* ha utilizzato il *Flashmob* nell'ambito di un conflitto istaurato contro l'*Hauptverband des Deutschen Einzelhandels - HDE* (Confederazione del Commercio al Dettaglio Tedesco), al fine di contrastare l'utilizzo da parte di imprese a questa associate di crumiri (*Streikbrüchern*) durante uno sciopero. Il comportamento richiesto agli iscritti, ma anche a semplici cittadini sensibilizzati a mezzo stampa e volantaggio nella prospettiva di un boicottaggio 'non qualificato', era quello di presentarsi simultaneamente presso la filiale indicata nel messaggio per acquistare un prodotto dal prezzo irrisorio o di riempire carrelli di tali prodotti, lasciandoli poi incustoditi in prossimità delle casse o fingendo, all'esito del conto, di aver dimenticato il portafogli. Ciò con l'effetto di creare un malfunzionamento dell'attività dell'impresa, irritazione nei clienti 'normali' e conseguente danno economico e di immagine.

Occorre subito chiarire che la *HDE* ha avuto torto in tutti i gradi del giudizio che ha preso le mosse dalla richiesta, nell'ambito di una procedura d'urgenza *ex § 253 ZPO*, di un provvedimento inibitorio (*Unterlassungsverfügung*)<sup>1053</sup> della reiterazione dell'azione.

Le motivazioni sono quelle in parte già approfondite in precedenza (abbandono della *Kernbereichstheorie* e libertà di scelta degli strumenti conflittuali), ma anche la considerazione della breve durata del disagio arrecato e della possibilità dell'impresa di adottare provvedimenti difensivi adeguati, quali la chiusura temporanea della filiale presa di mira o il divieto di accesso agli aderenti all'azione. Da quest'ultimo punto di vista, quindi, nel giudizio di tutti i tribunali coinvolti, l'azione è risultata legittima in quanto rispettosa sia del criterio di *Verhältnismäßigkeit* che della *Friedenspflicht*.

*e) La fine della Tarifeinheit: i suoi presupposti e le sue conseguenze.*

Il colpo più significativo e, forse, decisivo, alla monoliticità del sistema delineato dal *Großer Senat*, lo ha, però, indirettamente assestato l'abbandono, nel 2010, da parte del *Vierter Senat* del *Bundesarbeitsgericht* del controverso principio della *Tarifeinheit*, da questi affermato già sul finire degli anni Ottanta<sup>1054</sup>, sulla scorta di una giurisprudenza risalente dell'*Erster Senat*<sup>1055</sup>, e confermato nel 2001 anche dal *Zehnter Senat*<sup>1056</sup>. Abbandono che, stante l'accordo tra le due Sezioni<sup>1057</sup>, rappresenta attualmente la posizione unitaria del *Bundesarbeitsgericht*, con la conseguente affermazione, quale legittima, della *Tarifpluralität* nella stessa unità produttiva (*Betrieb*). Si tratta di un passaggio estremamente delicato, in quanto tematizza, anche nell'ordinamento tedesco, il pluralismo sindacale quale moltiplicatore del conflitto collettivo.

In questo caso, sarebbe temerario avventurarsi in ricostruzioni di dettaglio, peraltro, non particolarmente riuscite alla stessa dottrina tedesca, data la disorganicità della trama argomentativa giurisprudenziale, fatta spesso di riproposizione tralascia di massime decontestualizzate, e le notevoli implicazioni di politica del diritto della materia nel suo insieme. Rimanendo agli effetti del

<sup>1052</sup> ArbG Berlin 01.04.2008, 34 Ca 2402/08; LAG Berlin-Brandenburg 29.09.2008, 5 Sa 967/08; BAG 22.09.2009, 1 AZR 972/08, confermata da BVerfG 26.03.2014 1 BvR 3185/09.

<sup>1053</sup> Sul ruolo della *Unterlassungsverfügung* nella vicenda dello sciopero nei servizi essenziali, v. *infra*.

<sup>1054</sup> BAG 14.06.1989, 4 AZR 201/89.

<sup>1055</sup> BAG 29.03.1957, 1 AZR 208/55.

<sup>1056</sup> BAG 25.07.2001, 10 AZR 599/00, confermata da BAG 18.10.2006, 10 AZR 576/05.

<sup>1057</sup> BAG 27.01.2010, 4 AZR 537/08; BAG 07.07.2010, 4 AZR 537/08; BAG 07.07.2010, 4 AZR 549/08; BAG 27.01.2010, 4 AZR 549/08.

cambio di giurisprudenza, l'abbandono della teoria della *Tarifeinheit*, ovvero del principio secondo il quale in ogni unità produttiva, a tutti i rapporti di lavoro esistenti, si deve applicare, in linea di principio, un solo contratto collettivo (“dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden ist”), essi consistono, ovviamente, nell'affermazione del suo contrario, la già citata *Tarifpluralität*. In ogni unità produttiva possono, dunque, trovare applicazione più contratti collettivi per lavoratori appartenenti al medesimo gruppo professionale.

In un contesto di unità sindacale o di unità d'azione sindacale, il *revirement* non avrebbe prodotto effetti apprezzabili. Tale, tuttavia, non è più, peraltro da molti anni, il contesto tedesco. Anzi, si può sostenere che l'abbandono della *Tarifeinheit* sia in larga parte stato dovuto dalle spinte provenienti dalla giurisprudenza di merito<sup>1058</sup> impegnata in una difesa sempre meno convinta e sempre più d'ufficio del principio elaborato da quella di legittimità, principio difeso, anche da quest'ultima, più per inerzia che per convinzione. D'altro canto, la *Tarifeinheit* è da sempre risultata difficilmente difendibile nella prospettiva della *Koalitionsfreiheit*, della quale risulta essere la palese negazione. Ovviamente, la *Tarifeinheit* si pone nella logica monolitica delle relazioni collettive, secondo la quale, una volta concluso un contratto collettivo applicabile e applicato ai lavoratori di un determinato *Betrieb*, scatta per questi l'obbligo di pace, con conseguente esclusione del conflitto per l'intera vigenza del contratto.

Tuttavia, a ben vedere, è la stessa natura relativa della *Freidenspflicht* a evidenziare la debolezza intrinseca della *Tarifeinheit* sul versante del conflitto collettivo, non essendosi mai escluso che un sindacato non firmatario del contratto collettivo applicato o applicabile nell'unità produttiva, potesse raccogliere iscritti nella stessa e li potesse indurre, legittimamente, a partecipare a uno sciopero finalizzato al raggiungimento di un diverso assetto negoziale. D'altronde, la stessa legge sul contratto collettivo (*Tarifvertragsgesetz*) ne riferisce la vincolatività (*Tarifgebundenheit*) alle parti stipulanti (compreso il singolo datore di lavoro) e ai loro iscritti, di modo che il contratto collettivo produce i suoi effetti direttamente e in maniera vincolante solo su questi. Ciò vuol dire, non solo che i non iscritti al sindacato stipulante possono, a determinate condizioni<sup>1059</sup>, essere legittimamente esclusi da alcuni dei benefici prodotti dal contratto collettivo<sup>1060</sup>, ma anche che essi possono volontariamente decidere di non usufruirne, nella speranza di ottenere, attraverso l'azione conflittuale promossa dal sindacato concorrente cui appartengono, un contratto collettivo diverso da quello applicato nell'impresa.

Ovviamente, l'abbandono da parte del *Bundesarbeitsgericht* della *Tarifeinheit* ha determinato un rafforzamento notevole dei (peraltro già esistenti) sindacati autonomi (*Spartengewerkschaften*) ovvero legati a determinati gruppi professionali (soprattutto nei servizi: macchinisti, piloti, controllori di volo, personale di terra ecc.) che, da tempo, non si sentono più adeguatamente rappresentati dalle federazioni tradizionali aderenti al *DGB* o dalla stessa *ver.di*, comunque erede, anche, degli altrettanto tradizionali sindacati del pubblico impiego.

<sup>1058</sup> Per tutte, v. LAG Sachsen 02.11.2007, SaGa 19/07.

<sup>1059</sup> Ovvero a condizione che non si tratti di una *Spannensicherungsklausel*, in forza della quale qualsiasi attribuzione economica corrisposta ai non iscritti a compensazione di un beneficio previsto dal contratto collettivo esclusivamente in favore degli iscritti al sindacato stipulante debba essere corrisposta anche a questi ultimi, determinando, dunque, sempre, una loro situazione di miglior favore rispetto ai non iscritti: BAG 23.03.2011, 4 AZR 366/09.

<sup>1060</sup> BAG 18.03.2009, 4 AZR 64/08.

Due ulteriori elementi avevano, però, già contribuito a rafforzare il sindacalismo autonomo soprattutto nei servizi: (i) la convinta presa di posizione da parte del *Bundesarbeitsgericht* in favore della legittimità dello sciopero a fini di stipula di un contratto collettivo aziendale (*Haus- oder Firmentarifvertrag*), anche qualora esso sia rivolto contro un datore di lavoro affiliato ad una associazione datoriale il cui statuto proibisce agli iscritti di stipulare contratti collettivi aziendali, a condizione che la materia che si intende regolare attraverso il contratto collettivo aziendale non sia già stata oggetto di regolazione da parte del contratto di categoria applicato dall'azienda, circostanza che farebbe risultare lo sciopero illegittimo per violazione della *Friedenspflicht*<sup>1061</sup>; (ii) il riconoscimento della capacità negoziale (*Tariffähigkeit*) agli *Spartengewerkschaften*, che prende le mosse da un contenzioso aperto da *UFO* (*Unabhängige Flugbegleiter Organisation*), all'epoca semplice associazione (*Verein*) di lavoratori operanti con la qualifica di assistenti di volo.

Su questo secondo aspetto, il *Bundesarbeitsgericht* ha avuto modo di prendere posizione nel 2004<sup>1062</sup>. La vicenda della *UFO* è interessante e, al tempo stesso, rivelatrice dei mutamenti che hanno interessato il comparto trasporti in Germania dagli anni Novanta e che, ovviamente, sono andati di pari passo con la privatizzazione degli operatori e delle infrastrutture del settore (compagnie aeree, ferrovie, aeroporti, stazioni, rete ferroviaria, controllo del traffico aereo e terrestre), cui ha fatto seguito la privatizzazione/contrattualizzazione dei rapporti di lavoro di addetti prima inquadrati come *Beamten* o come *Angestellten* e *Arbeitern* dell'*Öffentlichen Dienst*. Al di là della costituzione di *ver.di*, questa vicenda ha portato alla (ri)emersione di rivendicazioni identitarie a livello di singolo gruppo professionale, insofferente rispetto all'egualitarismo tipico della *Tarifeinheit* e degli apparentamenti forzosi che essa aveva determinato.

Già nel 1999 *UFO* aveva preso atto della crisi della vecchia rappresentanza sindacale degli assistenti di volo (divisi tra *Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV)* e *Deutsche Angestelltengewerkschaft (DAG)*), decidendo di proporsi come organizzazione sindacale di mestiere, mossa dall'intento di stipulare un contratto collettivo separato per i propri iscritti, rivendicando, dunque, un'autonoma *Tariffähigkeit* che i sindacati tradizionali non gli avevano riconosciuto, citandola in giudizio.

Secondo la giurisprudenza costante del *Bundesarbeitsgericht*<sup>1063</sup>, per essere riconosciuta dotata di legittimazione negoziale (*Tariffähigkeit*) e, quindi, sindacato in senso giuslavoristico (*Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinne*), un'associazione di lavoratori deve possedere alcuni requisiti minimi. Anzitutto, deve dichiarare, quale obiettivo statutario, la tutela degli interessi dei propri iscritti nella loro qualità di lavoratori ed essere disponibile a concludere contratti collettivi (*tarifwillig*). In secondo luogo, deve essere stata costituita liberamente, deve risultare priva di commistioni strutturali con la controparte (*gegnerfrei*), deve essere finanziariamente indipendente dalla stessa ed essere organizzata in maniera tale da insistere su più unità produttive (*auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein*). Deve riconoscere, inoltre, come vincolante, la normativa vigente in materia di contratto collettivo. Deve, infine, essere in grado di svolgere efficacemente il proprio ruolo di parte negoziale (*Tarifpartner*), nel senso sia di riuscire a incidere sulla

<sup>1061</sup> BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02.

<sup>1062</sup> BAG 14.12.2004, 1 ABR 51/03.

<sup>1063</sup> Vedila richiamata in BAG 14 12 2004, 1 ABR 51/03.

controparte sia di possedere una certa capacità organizzativa dei propri iscritti (in sintesi, possedere la *soziale Mächtigkeit*).

Secondo il *Bundesarbeitsgericht, UFO*, risultava essere in possesso di quei requisiti, in particolare, nonostante la vocazione di mestiere, l'insistere su più unità produttive, e, quindi, ben poteva essere considerata *Gewerkschaft*. Il che, da quel momento in avanti, si è affermato di tutti gli *Spartengewerkschaften*, con conseguente moltiplicazione degli attori negoziali e conflittuali, ulteriormente legittimati dall'abbandono della *Tarifeinheit*.

Non è un caso, quindi, che la riaffermazione, per legge, della *Tarifeinheit* abbia costituito un esplicito punto dell'accordo alla base della *Große Koalition* che governa la Germania dal 2013<sup>1064</sup> e che, sul finire del 2014, il Governo Federale, sia pure suscitando aspre critiche, abbia presentato una proposta di legge in tal senso<sup>1065</sup>.

f) *Gli sviluppi sul versante datoriale.*

Per completezza espositiva, occorre domandarsi se la giurisprudenza abbia adottato, in nome della *Waffengleichheit*, lo stesso approccio (permissivo) rispetto all'utilizzo degli strumenti conflittuali da parte dei datori di lavoro.

Premettendo una risposta quantomeno dubitativa alla domanda, a nostro avviso, cinque aspetti possono essere ritenuti significativi nella valutazione di detto approccio. Si tratta: (1-2) della serrata difensiva (*Abwehraussperrung*) e del fermo (di parte) dell'attività aziendale (*Betriebsstilllegung*); (3) dell'utilizzo dei *Beamten* in sostituzione degli scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*); (4) delle prestazioni di emergenza (*Notdienst*); (5) del passaggio da un'iscrizione piena all'associazione datoriale di categoria (*Vollmitgliedschaft*) a una senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaften*).

(1 - 2) La serrata difensiva (*Abwehraussperrung*) e la *Betriebsstilllegung*.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare all'inizio di questo scritto, la serrata ha svolto un ruolo centrale nella formazione del diritto giurisprudenziale del conflitto collettivo (*richterrechtliches Arbeitskampfrecht*). Proprio per compensare l'abbandono della *Lösungstheorie*, elaborata con riferimento alla *Abwehraussperrung*, il *Bundesarbeitsgericht* ha, infatti, affermato, nel 1971, e raffinato, nel 1980<sup>1066</sup>, il criterio della *Verhältnismäßigkeit* che costituisce, tuttora, il metro di valutazione della legittimità del ricorso a qualsiasi strumento conflittuale, di parte lavoratrice o datoriale. Coerentemente all'affermazione di principio, fin dalla pronuncia del 1980<sup>1067</sup>, il *Bundesarbeitsgericht* ha giudicato contraria al principio di proporzionalità e, quindi, illegittima, la serrata totale di settore produttivo in risposta a scioperi parziali (*Teil-Schwerpunktstreiken*), imponendo ai datori di lavoro un utilizzo meno agevole dello strumento.

<sup>1064</sup> Il cosiddetto *Koalitionsvertrag*: vedilo su <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (ultimo accesso 03.20.2015).

<sup>1065</sup> Vedila su <http://taz.de/static/pdf/ReferentenentwurfTarifeinheit.pdf> (ultimo accesso 03.20.2015).

<sup>1066</sup> BAG 10.06.1980, 1 AZR 822/79.

<sup>1067</sup> Confermata da BAG 12.03.1985, 1 AZR 636/82, da BAG 26.04.1988, 1 AZR 399/86 e da BVerfG 26.06.1991, 1 BvR 779/85.

In realtà, però, a questo approccio restrittivo nei confronti della serrata è corrisposta un'apertura<sup>1068</sup> rispetto alla cosiddetta *Betriebsstilllegung* ovvero la chiusura selettiva di parte dell'attività di impresa in risposta a uno sciopero che riguardi, appunto, solo quella parte. Ciò proprio per evitare l'effetto indesiderato delle grandi serrate degli anni Ottanta ovvero quello di allargare il conflitto anche a imprese non direttamente colpite dallo sciopero con l'obiettivo di porre pressione sugli scioperanti e farli desistere dall'azione (una sorta di serrata di solidarietà, si potrebbe dire).

Secondo la giurisprudenza ormai costante del *Bundesarbeitsgericht*<sup>1069</sup>, il datore di lavoro non è più obbligato a proseguire ad ogni costo l'attività produttiva o la parte di essa interessate dallo sciopero. Può, invece, legittimamente sospendere l'attività, con conseguente venir meno dell'obbligo retributivo anche nei confronti dei non scioperanti. Il servizio normalmente erogato dall'unità produttiva interessata dalla *Stilllegung* non può essere fornito da altre unità produttive della stessa impresa né da soggetti terzi all'uopo incaricati, a meno che non si tratti di lavori di mantenimento o di emergenza (*Erhaltungs- oder Notstandsarbeiten*)<sup>1070</sup>. Sul punto si tornerà più avanti.

(3) L'utilizzo dei Beamten in sostituzione di lavoratori scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*).

Da sempre controversa risulta essere la legittimità dell'utilizzo dei *Beamten* in sostituzione di lavoratori contrattualizzati (*Angestellten e Arbeitern*) scioperanti (*Streikeinsatz von Beamten*), utilizzo che, ovviamente, presuppone, l'essere (o l'essere stato) il datore di lavoro un ente pubblico. In Germania, infatti, come noto, le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di dipendenti assunti in entrambi i regimi giuridici, di diritto pubblico o contrattualizzato, la cui scelta risulta motivata dal grado di fiduciarità attribuito alla singola posizione lavorativa piuttosto che dal livello di professionalità richiesto dalla prestazione. Il dipendente *Beamte* abbina a una stabilità quasi assoluta del posto di lavoro la non titolarità del diritto alla contrattazione collettiva e allo sciopero<sup>1071</sup>.

Il caso, emblematico, che ha impegnato la giurisprudenza tedesca, sia amministrativa che lavoristica (con intervento finale ma non definitivo di quella costituzionale) per quasi un decennio, è scaturito da uno sciopero proclamato contro *Bundespost* nel 1980, al quale l'erogatore del servizio postale, allora ancora ente di diritto pubblico, aveva risposto con l'utilizzo di *Beamten* in sostituzione dei lavoratori contrattualizzati scioperanti.

<sup>1068</sup> Una posizione indirettamente negativa rispetto alla legittimità della *Betriebsstilllegung* era stata, infatti, assunta dal *Bundesarbeitsgericht* nella valutazione negativa del rifiuto da parte del datore di lavoro della prestazione di un lavoratore non scioperante sul presupposto dell'esistenza di un accordo sulle prestazioni di emergenza (*Notdienstvereinbarung*) nel quale il datore si era impegnato con l'organizzazione sindacale stipulante a non impiegare altri lavoratori al di fuori di quelli indicati nell'accordo (tra quei lavoratori non rientrava il non scioperante in questione). Il *Bundesarbeitsgericht* aveva ritenuto che la *Notdienstvereinbarung* non avrebbe potuto legittimamente produrre effetti sul contratto individuale di quel non scioperante, altrimenti configurandosi come contratto in sfavore di terzo, e che, di conseguenza, il principio della ripartizione del rischio economico nel conflitto non avrebbe sollevato il datore di lavoro dall'obbligo retributivo nel caso in cui il lavoratore non scioperante avesse ritualmente offerto la propria prestazione (*mora credendi – Annahmeverzug*): v. BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93.

<sup>1069</sup> BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93; BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94; BAG 11.07.1995, 1 AZR 161/95; BAG 13.12.2011, 1 AZR 495/10.

<sup>1070</sup> BAG 13.12.2011, 1 AZR 495/10.

<sup>1071</sup> Sulla legittimità del divieto di sciopero anche rispetto alla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, v. *Oberverwaltungsgericht* (OVG) Nordrhein-Westfalen 07 03 2012, 3d A 317 11.O.

La controversia aveva seguito il duplice canale della giustizia amministrativa e del lavoro, in considerazione del fatto che, per un verso, ai *Beamten* era stato ordinato di sostituire lavoratori scioperanti in compiti non direttamente connessi alla loro *status* professionale, facendo così scattare una impugnazione dell'ordine di fronte al giudice amministrativo competente, e, per l'altro, che l'organizzazione sindacale scioperante aveva ritenuto violata la *Koalitionsfreiheit* dall'impiego dei *Beamten* in sostituzione dei propri iscritti, rivolgendosi, dunque, al giudice del lavoro al fine di ottenere dallo stesso un provvedimento inibitorio della reiterazione di quello che riteneva essere un comportamento antisindacale. Contro la pronuncia negativa del *Bundesarbeitsgericht*, l'organizzazione sindacale scioperante aveva, poi, adito il *Bundesverfassungsgericht*, lamentando la violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 9 par. 3 GG.

All'esito dei vari gradi del giudizio amministrativo, il Tribunale Amministrativo Federale (*Bundesverwaltungsgericht*) aveva rigettato il ricorso, ammettendo la legittimità dello *Streikeinsatz* dei *Beamten* in sostituzione dei lavoratori contrattualizzati scioperanti<sup>1072</sup>. Lo aveva fatto sulla base di tre considerazioni, riguardanti (a) l'assenza di violazione delle norme a disciplina del rapporto di lavoro (*Beamtenrecht*), (b) l'assenza di un diritto dei *Beamten* ad esprimere solidarietà nei confronti dei colleghi scioperanti, (c) l'assenza di violazione della *Koalitionsfreiheit*.

Quanto alla prima considerazione, il *Bundesverwaltungsgericht* aveva sostenuto che, anche se i compiti affidati ai *Beamten* in sostituzione degli scioperanti non rientravano tra quelli loro normalmente attribuiti, l'adibizione temporanea risultava legittima in quanto disposta in presenza di una situazione eccezionale (lo sciopero), tale da poter impedire all'amministrazione di adempiere correttamente i propri compiti in favore della collettività.

Quanto alla seconda, proprio l'essere *Beamte* non consentirebbe di rifiutarsi di rispettare un provvedimento di sostituzione legittimo sulla base di una espressione di solidarietà nei confronti dei colleghi scioperanti né la presenza dell'obbligo di cura dei propri dipendenti (*Fürsorgepflicht*) impedirebbe al datore di lavoro di procedere alla sostituzione per rispetto di quel sentimento.

Quanto alla terza e più pregnante ragione, il *Bundesverwaltungsgericht* aveva ritenuto che, con l'utilizzo dei *Beamten*, *Bundespost* non agisse nella sua qualità di datore di lavoro, con l'obiettivo, dunque, di opporsi allo sciopero, ma nella sua veste di ente pubblico che cerca di ridurre il più possibile gli effetti negativi dello sciopero sull'erogazione del servizio alla collettività, erogazione che costituisce un obbligo dal quale l'ente pubblico non è sollevato in caso di sciopero.

La stessa valutazione di legittimità era stata fatta propria, appena un anno dopo<sup>1073</sup>, dal *Bundesarbeitsgericht* sul versante della *Koalitionsfreiheit*, sulla base del presupposto che al datore di lavoro sia comunque consentito di mitigare gli effetti dello sciopero sulla propria attività. In ogni caso, l'utilizzo dei *Beamten* non farebbe acquisire al datore di lavoro una ingiustificata posizione di forza nel conflitto, trattandosi di una scelta che comporta, comunque, un funzionamento non a regime dell'attività stessa, non potendo i *Beamten* svolgere i propri compiti consueti.

<sup>1072</sup> BVerwG 10.05.1984, BVerwG 2 C 18.82.

<sup>1073</sup> BAG 10.09.1985, 1 AZR 262/84.

Rispetto a tanto autorevoli posizioni favorevoli, ancor più autorevolmente, il *Bundesverfassungsgericht* ha assunto, nel 1993, un atteggiamento negativo rispetto allo *Streikeinsatz*, subordinandone la legittimità alla presenza di una disposizione di legge che ne autorizzi l'utilizzo<sup>1074</sup>. Ciò, nonostante l'affermazione generalissima secondo la quale la regolamentazione (*Ausgestaltung*) dei conflitti di lavoro è sempre consentita alla giurisprudenza, a fronte della perdurante inerzia del legislatore in materia. Affermazione generalissima che, però, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, trova eccezione per l'impiego dei *Beamten* in sostituzione dei lavoratori scioperanti.

La decisione del 1993 si inquadra nell'atteggiamento di maggior favore nei confronti delle organizzazioni sindacali inaugurato dal *Bundesverfassungsgericht* nel 1991 e già evidenziato in precedenza. In questo caso particolare, il ragionamento si basa sulla constatazione che lo Stato (ovvero *Bundespost*) svolge il doppio ruolo di portatore dell'interesse pubblico e di datore di lavoro, controparte contrattuale/conflittuale del sindacato scioperante. Il primo ruolo gli consente, dunque, di usufruire di un vantaggio unico ovvero quello di poter costringere propri lavoratori a sostituirne altri in sciopero. L'attribuzione di un simile vantaggio non può avvenire da parte del giudice ma deve essere frutto di una ponderata scelta di politica del diritto operata dal legislatore.

Tuttavia, in una pronuncia resa nel 1994<sup>1075</sup>, il *Bundesverfassungsgericht*, chiamato a valutare della legittimità di una sanzione disciplinare inflitta, prima della pronuncia del 1993, da *Bundespost* a un *Beamte* che si era rifiutato di eseguire l'ordine di sostituzione, l'aveva avallata, affermando che, nel caso in cui l'ordine ritenuto illegittimo non imponga al *Beamte* la violazione di norme penali, sull'istanza di sottrarsi deve prevalere l'obbligo di obbedienza (*Gehorsampflicht*), rimanendo, comunque, a disposizione del *Beamte* la procedura amministrativa di reclamo (*Reklamationsverfahren*), il cui esito positivo soltanto legittima il rifiuto.

La timidezza della pronuncia del 1994, unita alla perdurante attitudine positiva nei confronti dello *Streikeinsatz* da parte dei tribunali sia amministrativi che del lavoro, ha determinato una sostanziale ininfluenza della pronuncia del 1993, inducendo i datori di lavoro a perseverare nell'utilizzo dello strumento e i *Beamten* ad obbedire agli ordini di sostituzione, soprattutto se adottati al fine di garantire prestazioni di emergenza (*Notdienst*) in favore della collettività.

(4) Le prestazioni (servizi) di emergenza e di mantenimento (Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst).

*La giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht in materia di prestazioni (servizi) di emergenza e di mantenimento (Not- und Erhaltungsarbeiten oder Dienst) deve essere affrontata con estrema cautela. Essa può essere ricondotta, fundamentalmente, a quattro pronunce, di cui una risalente, spesso richiamate tralasciamente dalla giurisprudenza di merito che si occupa di sciopero nei servizi essenziali.*

*La prima, quella del 1982<sup>1076</sup>, è stata resa in un caso di Warnstreik nel settore della grande distribuzione, nel quale, il datore di lavoro, per garantire l'apertura della filiale anche durante lo sciopero, aveva comandato un numero consistente di lavoratori appartenenti a vari reparti. In particolare, una di questi era stata comandata per l'attività di primo soccorso, peraltro richiesta dalla*

<sup>1074</sup> BVerfG 02.03.1993, 1 BvR 1213/85.

<sup>1075</sup> BVerfG 07.11.1994, 2 BvR 1117/94.

<sup>1076</sup> BAG 30.03.1982, 1 AZR 265/80, <http://www.urteile-im-internet.de/archives/BAG-1-AZR-265-80.html>

disciplina in materia di sicurezza sul lavoro (*Unfallverhütungsvorschrift Erste Hilfe (VBG 109)*). La lavoratrice si era rifiutata di svolgere detta attività, adducendo di essere carente di formazione specifica, e aveva preso parte allo sciopero di preavviso. In risposta, l'azienda l'aveva sanzionata con un richiamo scritto, minacciandola di licenziamento senza preavviso in caso di recidiva. L'impugnazione della sanzione con richiesta di cancellazione della stessa dal fascicolo personale, determina la pronuncia del *Bundesarbeitsgericht* al quale si offre l'occasione per fare un primo punto della situazione con riferimento a quello che il datore chiama *Notdienst* (servizio di emergenza) e che, invece, nel linguaggio della corte viene, più correttamente, definito *Erhaltungsarbeit* (prestazione di mantenimento).

Il punto di partenza del ragionamento è costituito dalla considerazione che già nelle due pronunce del *Großer Senat* del 1955 e del 1971, si era affermata, seppur per obiter dictum, la necessità di garantire in caso di sciopero prestazioni e emergenza e/o di mantenimento. Questa necessità viene espressamente (ri)affermata nella pronuncia del 1982<sup>1077</sup>, nella consapevolezza del fatto che le domande successive riguardano il chi sia responsabile della definizione, organizzazione e conduzione di quelle prestazioni e quali prestazioni siano da considerarsi rientranti nei *Not- und Erhaltungsarbeiten* oder *Dienst*. Alla prima domanda, il *Bundesarbeitsgericht* non ritiene di dover rispondere, limitandosi a ricostruire, con dovizia di particolari, le tre posizioni allora emerse in dottrina, secondo le quali la responsabilità sarebbe, alternativamente, del datore di lavoro, del sindacato che proclama lo sciopero, di entrambi le parti che devono regolare in via negoziale la materia. In ogni caso, per il *Bundesarbeitsgericht*, il datore di lavoro risulta, anche in assenza di determinazione sindacale o di accordo, legittimato a comandare i lavoratori in caso di sciopero per lo svolgimento di dette prestazioni. Tra queste, il *Bundesarbeitsgericht* distingue gli *Erhaltungsarbeiten* dai *Notstandarbeiten*, riconducendo, i primi, al mantenimento dei beni dell'impresa in vista di una ripresa della sua attività dopo la conclusione del conflitto, i secondi, alla fornitura di servizi e beni vitali (*lebensnotwendigen*) per la popolazione durante il conflitto. Nella logica dei servizi essenziali, solo i secondi rilevano. La pronuncia, tuttavia, mentre, in considerazione del caso da decidere, si dilunga sui primi, sui secondi non va oltre la definizione appena enunciata. Ed è a questa definizione che, tralasciamente, la giurisprudenza di merito continua a far riferimento.

Un aspetto comune a *Erhaltungsarbeiten* e *Notstandarbeiten*, viene, tuttavia, posto in evidenza dal *Bundesarbeitsgericht*. Si tratta della non invocabilità del principio di necessità sotteso a entrambi per giustificare l'impiego dei lavoratori non scioperanti durante il conflitto. La necessità di impiegare i lavoratori non scioperanti (per evitare di dover pagare loro la retribuzione anche in assenza di svolgimento della prestazione) non legittima, dunque, la scelta datoriale di organizzare *Erhaltungsarbeiten* e *Notstandarbeiten*, i quali, inevitabilmente, finirebbero per coinvolgere anche gli scioperanti, impedendo loro di esercitare il proprio diritto e consentendo all'impresa di proseguire nella propria attività.

La condizione dei non scioperanti che offrono la propria prestazione durante il conflitto e il rapporto, controverso, tra la loro disponibilità e l'organizzazione dei *Notstandarbeiten*, costituisce

<sup>1077</sup> BAG 30.03.1982, 1 AZR 265/80, <http://www.urteile-im-internet.de/archives/BAG-1-AZR-265-80.html>

*l'elemento comune delle tre pronunce che seguono quella del 1982 e che si collocano tra il 1993 e il 1995, a meno di un anno di distanza le une dalle altre<sup>1078</sup>.*

*Secondo la prima delle tre<sup>1079</sup>, il lavoratore non scioperante che offre ritualmente la propria prestazione, pone il datore di lavoro che la rifiuta in una condizione di mora credendi, condizione alla quale il datore di lavoro può sottrarsi solo dimostrando che l'utilizzo della prestazione è tecnicamente impossibile ed economicamente irragionevole. L'aver firmato un accordo sui servizi di emergenza (Notdienstvereinbarung) con un'organizzazione sindacale la quale ha subordinato la propria sottoscrizione alla condizione che durante lo sciopero vengano impiegati solo i lavoratori indicati nell'accordo non sottrae il datore alla condizione di mora credendi, rimanendo questi, di conseguenza, soggetto all'obbligo di retribuire i lavoratori non scioperanti (e non partecipanti al Notdienst), in applicazione del principio del rischio d'impresa (Betriebsrisiko) del quale il rischio rappresentato dal conflitto collettivo (Arbeitskampfrisiko) costituisce una species.*

*Nella seconda pronuncia<sup>1080</sup>, già richiamata e commentata in precedenza trattando di Betriebsstilllegung, il Bundesarbeitsgericht muta radicalmente indirizzo, affermando che il datore di lavoro che subisce lo sciopero può, appunto, legittimamente procedere al fermo dell'unità produttiva o di parte di essa, non sussistendo un obbligo a garantire comunque il funzionamento dell'impresa, ma solo una possibilità che il datore stesso può eventualmente sfruttare utilizzando i non scioperanti, i quali, quindi, non vantano un diritto all'impiego e tantomeno un diritto alla retribuzione nel caso in cui il datore opti, invece, per la Stilllegung. In questa ottica, l'accordo sui servizi di emergenza, la cui stipula sia condizionata all'impegno del datore di lavoro a non impiegare durante lo sciopero lavoratori altri rispetto a quelli indicati nell'accordo stesso, risulta totalmente legittimo, rientrando nella disponibilità delle parti e, anzi, costituendo un elemento positivo, alla luce del criterio di Verhältnismäßigkeit, l'organizzazione e la regolazione pattizia di Notstandarbeiten in favore della collettività.*

*Nella terza pronuncia<sup>1081</sup>, il Bundesarbeitsgericht chiude il cerchio, affermando che il lavoratore non scioperante che offre la propria prestazione non ha diritto a essere inserito nella lista di coloro che saranno chiamati a svolgere i Notstandarbeiten, risultando detta indicazione prerogativa delle parti che stipulano l'accordo o, meglio ancora, della direzione dello sciopero (Streikleitung) che sottopone al datore la proposta di organizzare i servizi di emergenza.*

*Questa conclusione risulta di cruciale importanza, in quanto conferma la primazia dello strumento negoziale nella regolamentazione del conflitto e, quindi, nella definizione delle prestazioni di emergenza nonché la centralità delle parti nella valutazione della loro effettiva indispensabilità per la collettività. Nel caso di specie, infatti, il Bundesarbeitsgericht afferma con chiarezza che la decisione di considerare prestazione di emergenza l'apertura parziale di un asilo nido durante lo sciopero in favore dei soli bambini i cui genitori siano assolutamente impossibilitati a prendersene cura, rientra nella disponibilità delle parti in conflitto.*

<sup>1078</sup> BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93; BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93; BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94.

<sup>1079</sup> BAG 14.12.1993, 1 AZR 550/93.

<sup>1080</sup> BAG 22.03.1994, 1 AZR 622/93.

<sup>1081</sup> BAG 31.01.1995, 1 AZR 142/94.

(5) Il passaggio di un'impresa da un'iscrizione piena (*Vollmitgliedschaft*) all'associazione datoriale di categoria a un'iscrizione senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung* – *OT Mitgliedschaft*).

*Un ultimo elemento da valutare con attenzione per quanto riguarda la condizione della parte datoriale nelle relazioni collettive, è il passaggio di un'impresa da un'iscrizione piena (Vollmitgliedschaft) all'associazione datoriale di categoria a una senza vincolo di applicazione del contratto collettivo (Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung – OT Mitgliedschaft).*

*In Germania, infatti, dal punto di vista delle relazioni industriali, la fine del secolo è stata caratterizzata dalla minaccia (spesso realizzata) da parte di molte imprese di uscire dall'associazione datoriale cui storicamente appartenevano, in considerazione della insostenibilità dell'applicazione del contratto collettivo di categoria in presenza di un numero sempre maggiore di concorrenti che non lo applicavano in quanto già fuoriuscite dall'associazione stessa e, quindi, non più tarifgebunden.*

*Al fine di porre un argine all'emorragia di iscritti, molte associazioni datoriali di categoria<sup>1082</sup> hanno modificato i propri statuti, introducendo una modalità di iscrizione articolata su due livelli, quella piena (*Vollmitgliedschaft*), con applicazione del contratto collettivo, e quella senza (*Mitgliedschaft-ohne-Tarifbindung* – *OT Mitgliedschaft*), che dà diritto, almeno in apparenza, nella sola erogazione di servizi amministrativi.*

Il *Bundesarbeitsgericht* è stato chiamato ad occuparsi della questione sotto il delicato profilo della legittimità del passaggio, mantenuto segreto, di una impresa dalla *Vollmitgliedschaft* alla *OT Mitgliedschaft* nel corso delle trattative per il rinnovo del contratto di categoria. Una simile pratica determina, infatti, una condizione di incertezza circa il reale numero di imprese vincolate dal contratto in corso di negoziazione per la controparte sindacale nel momento in cui deve decidere se e a quali condizioni procedere alla sottoscrizione<sup>1083</sup>.

Il *Bundesarbeitsgericht* ha anzitutto affermato che la modalità di iscrizione articolata sui due livelli, di per sé, non risulta problematica sul piano giuridico, inquadrandosi nella libertà di organizzazione interna dell'associazione datoriale, protetta dalla *Koalitionsfreiheit*. Tuttavia, per essere legittima, l'articolazione necessita di una chiara distinzione, quanto a prerogative, tra *Vollmitglieder* e *OT Mitglieder*, nel senso di escludere questi ultimi da qualsiasi ruolo attivo nella definizione delle strategie negoziali, proprio in considerazione del fatto che essi, al contrario dei *Vollmitglieder*, non saranno vincolati dal contratto collettivo.

In secondo luogo, un simile cambiamento di *status* effettuato durante le trattative per il rinnovo del contratto collettivo, seppure efficace sul piano endo-associativo, per produrre i propri effetti sul quello negoziale ovvero in termini di non vincolatività del contratto collettivo che si sta negoziando per l'impresa che ha cambiato modalità associativa, deve essere effettuato in maniera tale da garantire la massima trasparenza nei confronti dell'organizzazione sindacale coinvolta nelle trattative.

<sup>1082</sup> Emblematico il caso del *Verband Druck & Medien Bayern e.V. (vdmb)* – Unione delle imprese bavaresi della carta stampata e del settore media, che ha dato luogo alla pronuncia del *Bundesarbeitsgericht* di cui di seguito.

<sup>1083</sup> BAG 04.06.2008, 4 AZR 419/07.

A tal fine, si rende necessaria, di regola, una comunicazione da parte dell'organizzazione datoriale o della stessa impresa al sindacato in questione, effettuata in tempo utile a consentire a quest'ultimo di reagire al cambiamento di *status* con riferimento sia al contenuto del contratto collettivo sia, eventualmente, alla sua stessa sottoscrizione. Qualora, infatti, il cambio di *status* riguardi un'impresa di grande rilevanza per il settore, l'organizzazione sindacale potrebbe adottare tempestivamente una strategia conflittuale mirata, finalizzata a imporre all'impresa la conclusione di un contratto collettivo aziendale (*Haus- oder Frimentarifvertrag*). Così, peraltro, è avvenuto nel caso oggetto della pronuncia del *Bundesarbeitsgericht*, nel quale, tuttavia, lo sciopero proclamato da *ver.di* nei confronti dell'impresa che aveva optato per la *OT Mitgliedschaft*, ha determinato non la conclusione di un contratto collettivo aziendale ma il ritorno dell'impresa stessa alla *Vollmitgliedschaft* con conseguente applicazione del contratto collettivo di categoria nel frattempo concluso tra l'associazione datoriale di appartenenza e *ver.di*.

Nel caso in cui la comunicazione non sia stata effettuata nei termini sopra indicati, il cambio di *status* non è destinato a produrre effetti sulla *Tarifgebundenheit* dell'impresa che lo ha posto in essere e questa, nonostante l'*OT Mitgliedschaft*, sarà costretta a garantire ai lavoratori l'applicazione *ex tunc* del contratto collettivo stipulato dall'associazione di appartenenza.

## 2. Lo sciopero nei servizi essenziali.

*La lunga analisi che precede e che riguarda chiaramente la regolamentazione dello sciopero in generale, trova la sua ragion d'essere, con riferimento all'ordinamento tedesco, nell'assenza di una disciplina legislativa specifica del conflitto nei servizi essenziali. Lo stesso concetto di servizio essenziale (Daseinvorsorge), risulta di elaborazione dottrinale e trova raramente riscontro nella giurisprudenza di merito che si è dovuta occupare negli ultimi anni di un numero sempre crescente di conflitti che hanno interessato settori nei quali vengono erogati servizi in favore della collettività. Trasporto ferroviario e aereo, sanità e istruzione costituiscono gli esempi più ricorrenti.*

*La presenza di un livello relativamente elevato di scioperi in questi settori e l'assenza di una disciplina legislativa specifica, hanno persino spinto alcuni autorevoli docenti di diritto del lavoro a elaborare una proposta di legge che la Politica non ha, però, ritenuto di dover far propria.*

*Nonostante, infatti, il criterio della *Verhältnismäßigkeit* imponga al giudice di tener conto nella valutazione della legittimità dello sciopero degli interessi dei terzi rispetto al conflitto, l'impressione che emerge dall'analisi dell'ormai copiosa giurisprudenza di merito in materia, è quella di una sostanziale postergazione dei diritti degli utenti, prevalendo, nella considerazione dei giudici, l'idea che il conflitto rimanga, comunque, un 'affare' tra le parti, le quali lo devono sì gestire responsabilmente, ma senza privarlo di quella funzione catartica, sola in grado di generare una nuova pace sociale.*

Si tratta, si badi bene, non di spregio nei confronti degli utenti, ma di alta considerazione nei confronti della libertà di coalizione e d'azione, affiancata dalla convinzione che solo la messa in discussione di interessi vitali della collettività possa giustificare una compressione di quelli delle parti. E, così, come vedremo, l'approvvigionamento di riserve di sangue non può essere pregiudicato da uno sciopero, mentre può (abbastanza) tranquillamente esserlo la libertà di circolazione.

Da ciò deriva che sono le parti in conflitto, nella maggior parte dei casi mediante i già richiamati *Notdienstvereinbarungen*, a poter individuare delle modalità di svolgimento del conflitto che determinino un pregiudizio ridotto (alla controparte e) ai terzi indirettamente coinvolti. La presenza

di simili accordi, però, non costituisce condizione di legittimità dell'azione conflittuale, ma, tutt'al più, un elemento utile e positivo nella valutazione della *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*. Ciò determina la presenza frequente di tali accordi, soprattutto nel settore del trasporto aereo. Certo, il loro contenuto è spesso minimale, limitandosi a un brevissimo periodo di preavviso (24 ore) e alla garanzia di voli governativi e di sicurezza nazionale.

I tentativi fatti dagli erogatori del servizio e dalle imprese indirettamente colpite dagli scioperi (vedi compagnie aeree in caso di astensione dal lavoro dei controllori di volo e del personale di terra), di ottenere da parte dei giudici l'elaborazione di un diritto del conflitto collettivo specifico dei servizi essenziali (*richterrechtliches Arbeitskampfrecht in Daseinvorsorge*), si sono scontrati con la 'pregiudiziale', sollevata dagli stessi giudici, rappresentata dall'essere state le questioni esaminate sempre ed esclusivamente nell'ambito di procedimenti d'urgenza, i quali, data la tempistica strettissima (normalmente da poche ore a un giorno), effettivamente non lasciano ai tribunali locali (*Arbeitsgerichte*) e regionali (*Landesgerichte*) la possibilità di elaborare principi di diritto generali, in grado di reggere al vaglio della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

C'è anche da dire che, al momento, nessuna delle controversie in materia ha superato il livello di *Landesarbeitsgericht*, quale istanza di riesame dei provvedimenti cautelari adottati o negati da un *Arbeitsgericht*, per approdare, sotto forma di questione di legittimità, magari relativa all'ammissibilità del risarcimento del danno derivante dall'illegittimità dello sciopero<sup>1084</sup>, al *Bundesarbeitsgericht* e, di conseguenza, eventualmente, al *Bundesverfassungsgericht*.

L'assenza di pronunce di legittimità o, ancor più utili, di costituzionalità, ha privato la copiosa giurisprudenza di merito dei necessari riferimenti sistematici, generando anche, in alcuni casi, un vero e proprio *forum shopping*, con datori di lavoro alla ricerca dell'*Arbeitsgericht* disposto a concedere loro un provvedimento cautelare inibitorio di uno sciopero nazionale. Ciò ha messo a rischio la credibilità dello strumento e l'efficacia della giurisdizione, spingendo gli stessi tribunali territoriali verso una sorta di coordinamento spontaneo dell'ammissibilità dei ricorsi in sede cautelare.

*Un interessante esempio di questa giurisprudenza di merito è costituito da una recente pronuncia del Tribunale Regionale del Lavoro dell'Assia (Hessisches Landesarbeitsgericht – LAG Hessen), resa in occasione di un reclamo avverso al rifiuto dell'Arbeitsgericht Frankfurt am Main di adottare, su richiesta di tre imprese del trasporto persone e merci su ferro operanti a livello nazionale e dai gestori del servizio trasporto locale su ferro di Berlino e Amburgo, un provvedimento d'urgenza (einstweilige Verfügung) contro uno sciopero proclamato dal sindacato autonomo dei ferrovieri (Gewerkschaft der Lokomotivführer – GdL)<sup>1085</sup>. Obiettivo specifico del ricorso quello di ottenere un provvedimento inibitorio (Untersagungsverfügung) dello sciopero di 5 giorni programmato nel settore di lì a poco. La disputa, che, peraltro, al momento in cui si scrive, ancora si trascina, è figlia dell'abbandono del principio di Tarifeinheit, con la GdL che cerca di ottenere un proprio contratto collettivo da applicarsi sia ai macchinisti che al personale viaggiante, in competizione al rialzo*

<sup>1084</sup> Richieste, peraltro, di recente, sempre rigettate dai *Landesarbeitsgerichte*, spesso sulla base di ragionamenti piuttosto discutibili: v. LAG Hessen 25.04.2013, 9 Sa 561/12; LAG Hessen 27.06.2013, 9 Sa 1387/12; LAG Hessen 05.12.2013, 9 Sa 592/13.

<sup>1085</sup> LAG Hessen 07.11.2014, 9 SaGa 1496/14.

(*Überbietungswettbewerb*) con l'altro sindacato TRANSNET/GDBA affiliato al DGB che ha già stipulato un contratto collettivo con le imprese sopra citate.

Il LAG Hessen, confermando una giurisprudenza ormai costante dei tribunali di merito<sup>1086</sup>, ha affermato la possibilità di adottare la *Untersagungsverfügung* anche nel caso di sciopero, sottolineando, però, la necessità di analizzare con attenzione il ricorrere delle condizioni normalmente previste, dato che il provvedimento produce un effetto soddisfacente in favore del richiedente (*Befriedigungsverfügung*), con la conseguenza di incidere profondamente sulla questione principale. Condizioni previste per l'adozione della *Untersagungsverfügung* sono, come usuale, il *fumus boni juris* (*Verfügungsanspruch*) e il *periculum in mora* (*Verfügungsgrund*).

In caso di sciopero, tuttavia, la *Untersagungsverfügung* può essere concessa solo qualora questo sia non solo ritenuto illegittimo ma anche dimostrato come tale dal richiedente il provvedimento cautelare. Peraltro, nel valutare il ricorrere delle condizioni necessarie alla concessione del provvedimento, un ruolo importante gioca anche il contenuto richiesto, dato che una proibizione totale dell'azione inciderebbe in maniera intollerabile sul diritto d'azione dell'organizzazione sindacale (*Koalitionsbetätigungsgarantie*), mentre una inibizione parziale consentirebbe un bilanciamento degli interessi in gioco.

In ogni caso, l'illegittimità dello sciopero deve essere valutata secondo i criteri enunciati e analizzati nei paragrafi precedenti: la *Verhältnismäßigkeit* e il rispetto della *Friedenspflicht*. *Non si può, infatti, affermare l'illegittimità di uno sciopero e inibire la sua effettuazione, solo perché si svolge in un settore nel quale vengono erogati servizi in favore della collettività*<sup>1087</sup>. Una simile affermazione implicherebbe un divieto di sciopero nei servizi essenziali (*Daseinvorsorge*), con conseguente violazione della *Kampffreiheit* derivante dalla *Koalitionsfreiheit*.

L'aspetto più importante della pronuncia è, dunque, quello relativo all'applicazione del criterio della *Verhältnismäßigkeit* a un conflitto che minacciava di bloccare (e ha, di fatto, bloccato) il trasporto ferroviario nel Paese per 5 giorni consecutivi. Ovvero stabilire se un simile sciopero costituisce una interferenza sproporzionata nei diritti costituzionalmente garantiti di terzi.

La risposta del LAG Hessen è negativa e la *Untersagungsverfügung* non viene concessa sulla base delle considerazioni, non particolarmente organiche, che seguono.

*In primo luogo, anche se si potrebbe pensare che un simile sciopero sia sproporzionato data la sua capacità di pregiudicare un numero imprecisato di utenti e di imprese sul territorio nazionale, una sua limitazione territoriale da parte del giudice costituirebbe un'interferenza indebita nella scelta degli strumenti del conflitto, scelta che rientra, come visto, tra le prerogative delle parti. Una simile interferenza risulta giustificata solo nel caso in cui siano a rischio bisogni vitali della persona*<sup>1088</sup>, tra i quali, ad avviso della giurisprudenza tedesca, non rientra la libertà di circolazione.

Peraltro, secondo il LAG Hessen, in favore della proporzionalità dello sciopero milita il fatto che esso sia stato preceduto da un preavviso di 24 ore che ha consentito alle imprese erogatrici del

<sup>1086</sup> Sul punto v., almeno LAG Baden-Württemberg 31.03.2009, 2 SaGa 1/09 e LAG Berlin-Brandenburg 14.08.2012, 22 SaGa 1131/12.

<sup>1087</sup> Così, per il trasporto aereo, già LAG Baden-Württemberg 31.03.2009, 2 SaGa 1/09.

<sup>1088</sup> Così, con riferimento all'approvvigionamento di sangue negli ospedali, LAG Sachsen 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07.

servizio di predisporre un piano di emergenza (Notplan), il quale, a sua volta, ha permesso di garantire il funzionamento di circa il 30% del normale servizio, anche attraverso l'impiego dei Beamten ancora operativi presso molte delle imprese coinvolte nel conflitto<sup>1089</sup>.

In secondo luogo, ad avviso del LAG Hessen, il fatto che il sindacato scioperante sia un'organizzazione di mestiere (Sparten- oder Spezialistengewerkschaft), dotata di un potere di incidenza sul corretto funzionamento del servizio di gran lunga superiore alla propria dimensione numerica relativamente esigua, non pregiudica la parità delle parti in conflitto (Arbeitskampffparität). La sproporzione tra numero dei lavoratori coinvolti nello sciopero (e, quindi, tra costi, relativamente ridotti, sostenuti dall'organizzazione sindacale in termini di indennità di sciopero), danno economico e d'immagine provocato all'azienda e pregiudizio inflitto alla collettività, non legittima un intervento limitativo da parte del giudice della capacità conflittuale del sindacato in questione. Esso, infatti, risultando motivato esclusivamente dalle esigue dimensioni di quest'ultimo, produrrebbe una compressione della libertà di azione e di coalizione di quell'organizzazione, favorendo, indirettamente ma immotivatamente, le organizzazioni sindacali 'maggiori', le quali, sole, risulterebbero legittimate a porre in essere un conflitto rispettoso della Arbeitskampffparität.

Peraltro, la durata limitata e predeterminata dello sciopero e il preavviso che lo ha preceduto, con conseguente possibilità offerta agli erogatori del servizio di predisporre un piano d'emergenza, rendono impraticabile l'argomento addotto dagli stessi, secondo il quale la Arbeitskampffparität risulterebbe, comunque, violata in considerazione della loro impossibilità di ricorrere a una serrata difensiva in presenza del combinato disposto dell'Art. 87e par. 4 GG e del § 10 della Legge Generale sul Trasporto Ferroviario (Allgemeinen Eisenbahngesetzes - AEG), in forza del quale gli erogatori del servizio devono fare di tutto per garantirne la continuità<sup>1090</sup>.

Infine, ma non da ultimo, a giudizio del LAG Hessen, lo sciopero risulta legittimo in quanto la presenza di un contratto collettivo già concluso tra le imprese richiedenti il provvedimento inibitorio e il sindacato TRANSNET/GDBA affiliato al DGB, a maggior ragione a seguito dell'abbandono del principio di Tarifeinheit da parte del Bundesarbeitsgericht, non viola la Friedenspflicht, ben potendo il sindacato non firmatario proseguire nella sua strategia negoziale, anche laddove questa comporti momenti conflittuali ulteriori rispetto a quelli eventualmente già sperimentati per la conclusione del contratto collettivo vigente.

Trattandosi, dunque, di uno sciopero legittimo, neppure le richieste di sua limitazione territoriale e di suo differimento temporale possono ritenersi accoglibili. Infatti, che nei Länder dell'Est gli erogatori del servizio non abbiano a disposizione Beamten per sostituire i macchinisti in sciopero, non esclude la possibilità di utilizzare temporaneamente, in quegli stessi Länder, i Beamten normalmente di stanza nei Länder dell'Ovest. Inoltre, che lo sciopero coincida con le celebrazioni per il venticinquennale della caduta del Muro di Berlino, non costituisce, evidentemente, un evento tale da pregiudicare i bisogni vitali della popolazione<sup>1091</sup>.

<sup>1089</sup> Peraltro, LAG Berlin-Brandenburg 24.10.2007, 7 SaGa 2044/07, ha valutato illegittimo un orario sostitutivo (Ersatzfahrplan) unilateralmente deciso e attuato da Deutsche Bahn in risposta a uno sciopero, in quanto volto a garantire il 50% del servizio ordinario.

<sup>1090</sup> Sull'irrelevanza di detti riferimenti legislativi per la legittimità dello sciopero v. LAG Sachsen 02.11.2007, SaGa 19/07.

<sup>1091</sup> Solo come nota di colore: in Belgio, nel dicembre 1999, la coincidenza di uno sciopero nel trasporto ferroviario con il matrimonio dei Principi Matilde e Filippo aveva determinato i tribunali a dichiararne l'illegittimità e ad adottare provvedimenti inibitori dello stesso (sciopero, ovviamente).

### 3. Conclusioni.

*L'analisi condotta nei paragrafi precedenti, risulta rivelatrice delle profonde modificazioni alle quali sono andati incontro il sistema regolativo giurisprudenziale del diritto collettivo e le relazioni industriali in Germania nell'ultimo ventennio. La valutazione positiva, in termini di garanzia dei diritti degli utenti, che, pur in assenza una regolazione legislativa specifica del conflitto nei servizi essenziali, del modello tedesco avevamo dato nel 1995, in presenza di una disciplina generale fortemente limitativa dello sciopero, tale, di per sé, da tutelare l'interesse generale, una simile valutazione positiva, dicevamo, non risulta, più possibile.*

*La 'ristrutturazione' del sistema regolativo delle relazioni collettive portata avanti con sistematicità, nell'ultimo ventennio, dal Bundesverfassungsgericht e dal Bundesarbeitsgericht in favore della parte sindacale, comprensiva di ridimensionamento degli strumenti datoriali di lotta, vecchi e nuovi, figlia di una interpretazione della Koalitionsfreiheit maggiormente attenta alle ragioni del diritto di sciopero, ha prodotto scompensi, difficilmente immaginabili fino a qualche anno fa, nei servizi essenziali. La peculiarità di questi ultimi rispetto al conflitto collettivo stenta, infatti, ad essere tematizzata in Germania, soprattutto dalla giurisprudenza, che non accetta di individuare nel bene comune (Gemeinwohl) inteso in senso ampio, un limite all'esercizio del diritto di sciopero, ritenendo rispondente al criterio di proporzionalità un'autoregolamentazione minimalista del conflitto, fatta di preavvisi brevi e di prestazioni di emergenza esigue.*

*In questo quadro, l'unica alternativa all'indifferenza al problema o alla stoica sopportazione da parte degli utenti, è rappresentata dall'intervento del legislatore che, però, come anticipato, pur autorevolmente auspicato e stimolato dalla dottrina, con proposte articolate e comparatisticamente consapevoli, non ha trovato riscontro nel programma della Große Koalition che attualmente governa la Germania. Il Governo tedesco ha preferito, invece, presentare una proposta di legge volta a ripristinare il principio di Tarifeinheit, abbandonato dal Bundesarbeitsgericht in considerazione del suo sufficientemente palese contrasto con la Koalitionsfreiheit, contrasto che la dottrina quasi unanime vede destinato ad amplificarsi a seguito dell'affermazione del principio di Tarifeinheit per via legislativa.*

*Nel frattempo, il conflitto nei servizi essenziali, pur permanendo su livelli non paragonabili a quelli nostrani, per le ragioni che abbiamo illustrato in questo saggio, è diventato sistemico, tanto da spingere gli stessi erogatori del servizio a parlare di Dauerarbeitskämpfen che, con espressione inconcepibile, fino a qualche anno fa, per l'ordinamento tedesco, potremmo tradurre 'conflittualità permanente' che, come visto, neppure il venticinquennale della caduta del Muro di Berlino è stato in grado di placare...*

#### Bibliografia essenziale.

Ales Edoardo, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale e autotutela. Spunti comparatistici*, 1995, Giappichelli, Torino.

Badura Peter, *Die Rechtmäßigkeit des dienstlichen Einsatzes von Beamten während eines Streiks von Tarifkräften im öffentlichen Dienst aus verfassungsrechtlicher und beamtenrechtlicher Sicht*, in *Jahrbuch der Deutschen Bundespost*, 1983, 9 - 53.

Bayreuther Frank, *Der Arbeitskampf des Marburger Bundes - Ein Lehrstück zur Tarifeinheit im Betrieb*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2006, 642 - 646.

- Beyreuther Frank, *Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2008, 12 - 18.
- Beppler Klaus, *Tarifeinheit im Betrieb - Eine Skizze der bisherige Rechtsprechung*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, Beil. 2010, 99 - 104.
- Bsirske Frank, *Vielfalt verbinden, miteinander geht es besser – Gute Beteiligungsmöglichkeiten stärken die Einheitsgewerkschaft*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 414 – 417.
- Däubler Wolfgang (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis*, 3. Auflage, 2011, Nomos, Baden Baden.
- Däubler Wolfgang (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 3. Auflage 2012, Nomos, Baden-Baden.
- Däubler Wolfgang, Heuschmid Johannes, *Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?* in *Recht der Arbeit (RdA)*, 2013, 1 – 9.
- Deinert Olaf, *Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden*, in *Arbeit und Recht (AuR)*, 2006, 217 - 224.
- Deinert Olaf, *Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 2007, 83 - 91.
- Dieterich Thomas, Linsenmaier Wolfgang, *Art. 9 GG*, in Dieterich Thomas, Hanau Peter, Schaub Günter (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, 2014, C. H. Beck, München.
- Dorssemont Filip, *Rechterlijke tussenkomst in versus paritair beheer van collectieve conflicten in de publieke of semi-publieke sector*, in Rigaux Marc, Dorssemont Filip (eds.), *Vitale behoeften, essentiële diensten, minimumprestaties en stakingsrecht*, 2003, Interseta, Antwerpen – Groningen, 173 – 206.
- Ehl Armin, *Antworten des Marburger Bundes*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 406 – 410.
- Franzen Martin, *§ 1 TVG*, in Dieterich Thomas, Hanau Peter, Schaub Günter (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, 2014, C. H. Beck, München.
- Franzen Martin, *Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen*, in *Recht der Arbeit*, 2008, 193 - 205.
- Franzen Martin, Gregor Thüsing, Christian Waldhoff, *Arbeitskampf in der Daseinvorsorge*, 2012, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Gamillscheg Franz, *Kollektives Arbeitsrecht*, Band 1, 1997, C. H. Beck, München.
- Greiner Stefan, *Der Arbeitskampf der GDL - Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2007, 1023 - 1029.
- Greiner Stefan, *Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität*, 2. Auflage, 2012, C. H. Beck, München.
- Greiner Stefan, *Die Ausgestaltung eines „Tarifeinheitgesetzes“ und der Streik am Frankfurter Flughafen*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2012, 529 – 535.
- Hanau Peter, *Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2003, 128 – 132.

Isensee Josef, *Streikeinsatz unter Gesetzesvorbehalt - Gesetzesvollzug unter Streikvorbehalt*, in *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 1994, 309 - 315.

Hoffmann Jürgen, Schmidt Rudi, *The train drivers' strike in Germany 2007–2008: warnings for the future of the German trade union movement?* in *Industrial Relations Journal*, 2009, 524 - 533.

Jakobs Matthias, *Tarifpluralität statt Tarifeinheit. Aufgeschoben ist nicht aufgehoben*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2008, 326 – 333.

Kamanabrou Sudabeh, *Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 2008, 241 – 281.

Kerber-Clasen Stefan, *Gewerkschaftliches Interessenhandeln im Bereich kommunaler Kindertagesstätten – Voraussetzungen, Formen, Ergebnisse*, in *Industrielle Beziehungen*, 2014, 238 – 256.

Kissel Otto Rudolf, *Arbeitskampfrecht. Ein Leitfaden*, 2002, C. H. Beck, München.

Lesch Hagen, *Spartengewerkschaften – Entstehungsmotive und ökonomische Wirkung*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 303 – 328.

Löwisch Manfred, Rieble Volker, *Tarifvertragsgesetz. Kommentar*, 3. Auflage, 2012, C. H. Beck, München.

*Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3. Auflage, Band. 2 (Kollektivarbeitsrecht), 2009, C. H. Beck, München.

Mayer Udo, *Beamte als Streikbrecher?*, in *Das Recht in Amt (RiA)*, 1984, 241 – 248.

Meyer Cord, *Aktuelle Fragen zum Grundsatz der Tarifeinheit*, in *Der Betrieb (DB)*, 2006, 1271 – 1273.

Müller Gerhard, *Der Einsatz von Beamten auf Arbeitnehmerarbeitsplätzen bei einem legitimen Tarifstreik im öffentlichen Dienst*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 1982, 86 - 101.

Müller Gerhard, *Beamteneinsatz bei Streik im öffentlichen Dienst?*, in *Der Betrieb (DB)*, 1985, 867 – 870.

Müller Hans-Peter, Wilke Manfred, *Verdrängte Beruflichkeit – Renaissance des Berufsprinzips?* In *Industrielle Beziehungen*, 2008, 376 – 401.

Maunz Theodor, Dürig Günter, Herzog Roman, *Grundgesetz. Loseblatt Kommentar, Art. 9, 72*. Auflage 2014, C. H. Beck, München.

Nogler Luca, *La controversa storia giuridica del fenomeno del "conflitto collettivo" (a proposito di Arbeitskampf: Geschichte, Recht, Gegenwart di Michael Kittner)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2006, 1059 – 1072.

Nogler Luca, *Ripensare il diritto di sciopero?* in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 315 – 329.

Romagnoli Umberto, Ballestrero Maria Vittoria, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali - art. 40 Supplemento. Legge 12 giugno 1990 n. 146*, 1994, Bologna Zanichelli.

Rudkowski Lena, *Der Streik in der Daseinvorsorge*, 2010, C. H. Beck, München.

Schneider Hans-Peter, *Beamte im Streikeinsatz*, in *Recht der Arbeit (RdA)*, 1982, 104 – 114.

Schroeder Wolfgang, Greef Samuel, *Industrie- und Spartengewerkschaften im Konflikt. Organisatorische Voraussetzungen und realisierte Gelegenheitsstrukturen*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 330 – 355.

Sittard Ulrich, *Die Bedeutung der Daseinsvorsorge und des Grundsatzes der Tarifeinheit für das Arbeitskampfrecht am Beispiel des Bahnstreiks*, in *Zeitschrift für Tarifrecht (ZTR)*, 2008, 178 – 184.

Söllner Albert, „Streikarbeit“ von Beamten?, in *Arbeit und Recht (AuR)*, 1982, 233 – 245.

Steinau-Steinrück Robert v., Glanz Peter, *Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitsgeber*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2009, 113 - 118.

Tarp Michael, *Antworten der Vereinigung Cockpit e.V.*, in *Industrielle Beziehungen*, 2008, 402 – 405.

Thüsing Gregor, *Tarifautonomie im Wandel: Beiträge zum Tarif-, Arbeitskampf- und Koalitionsrecht*, 2003, Karl Heymanns, Köln.

Waas Bernd, *The Right to Strike: a Comparative View*, in Waas Bernd (ed.), *The Right to Strike: a Comparative View*, 2014, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 3 – 76.

Waas Bernd, *The Right to Strike: Germany*, in Waas Bernd (ed.), *The Right to Strike: a Comparative View*, 2014, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn, 235 – 258.

Waas Bernd, *Germany*, in Freedland Mark, Prassl Jeremias, *Viking, Laval and Beyond*, 2014, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 155 – 170.

Wienbracke Mike, *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)* - [www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com)

Wiedemann Herbert, Wank Rolf, *TVG § 4*, in Wiedemann Herbert (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 7. Auflage, 2007, C. H. Beck, München.

Willemsen Heinz Josef, Mehrens Christian, *Das Ende der Tarifeinheit - Folgen und Lösungsansätze*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2010, 1313 – 1323.

Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro.  
Promesse e premesse di *security* nel *Jobs Act* del Governo Renzi\*

Anna Alaimo

1. La delega in materia di servizi per l'impiego e politiche attive: promesse e premesse di <i>flexicurity</i> europea.	358
2. Dal riordino degli ammortizzatori sociali (d. lgs. n. 22/2015) al decreto sui servizi per il lavoro e le politiche attive: disposizioni in attesa di completamento.	361
2.1 Questioni di <i>policy</i> e di architettura generale del modello: l'Agenzia Nazionale per l'Occupazione e il rapporto pubblico-privato.	362
3. Il contratto di ricollocazione.	364
3.1. Le parti e lo schema contrattuale.	365
3.2 La dote individuale di ricollocazione.	367
3.3. Il finanziamento della "dote": il Fondo per le politiche attive.	370
4. Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro: la partita fra Stato e Regioni resta aperta.	371

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 249/2015

## 1. La delega in materia di servizi per l'impiego e politiche attive: promesse e premesse di *flexicurity* europea.

Nell'ennesima riforma del diritto e del mercato del lavoro italiano (l. 10 dicembre 2014, n. 183) non poteva mancare la delega sui servizi per il lavoro e le politiche attive<sup>1092</sup>.

I termini in cui il Governo «è delegato ad adottare (...) uno o più decreti legislativi finalizzati al riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e politiche attive» sono tutt'altro che esigui e l'impressione è che, stavolta, si intenda fare sul serio: se il comma 3 dell'art. 1 della l. n. 183/2014 indica scopi, termini e modalità di attuazione della delega<sup>1093</sup>, il comma 4 ne prevede principi e criteri direttivi, con un lungo elenco di lettere, che satura quelle dell'alfabeto, usandone un paio in aggiunta<sup>1094</sup>.

La stessa collocazione della delega è, del resto, di tutto rispetto: la si trova al secondo posto dopo quella conferita in materia di ammortizzatori sociali (art. 1, commi 1 e 2). Una posizione che rivela lo stretto legame fra ammortizzatori, politiche attive, principio di condizionalità e obbligo di attivazione del soggetto disoccupato<sup>1095</sup>, riproponendo nessi già visibili nelle disposizioni di apertura della "legge Fornero" (l. n. 92/2012)<sup>1096</sup> e oggi confermati dall'*incipit* della l. n. 183/2014, ove compare il riferimento al "*coinvolgimento attivo* di quanti siano espulsi dal mercato del lavoro ovvero siano beneficiari di *ammortizzatori sociali*" (art. 1, c. 1).

La delega sui servizi per l'impiego (da qui: SPI) e le politiche attive precede, dunque, la maggior parte delle deleghe contenute nella l. n. 183/2014 e, soprattutto, quella sul riordino delle tipologie contrattuali (art. 1, comma 7), che fra i principi e criteri direttivi contempla la previsione del "contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti"<sup>1097</sup>, nonché l'esclusione, per i licenziamenti economici, della reintegrazione; delega per tali aspetti attuata dal d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (da

<sup>1092</sup> Sulle diverse deleghe contenute nella l. n. 183/2014 e sulle possibili questioni di costituzionalità v. SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 233/2014.

<sup>1093</sup> La delega dovrebbe essere attuata entro il 16 giugno 2015, con uno o più decreti legislativi adottati su proposta del Ministro del lavoro e di concerto, per i profili di rispettiva competenza, con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, *previa intesa in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni*.

<sup>1094</sup> Sono, infatti, ventitré i principi e i criteri direttivi della delega.

<sup>1095</sup> Sull'intreccio dei temi v., per tutti, VARESI P.A., *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, DLM, 2014, 507; SCIARRA S., *Flessibilità e politiche attive del lavoro. Note critiche sulla Riforma Monti-Fornero*, GDLRI, 2013, 581; ALAIMO A., *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e "strategia delle obbligazioni reciproche"*, *ibidem*, 507. Sulla condizionalità, CORAZZA L., *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, *ibidem*, 489; PACI N., *La condizionalità*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O., *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 581.

<sup>1096</sup> In argomento v. MAROCCO M., *La doppia anima delle politiche attive del lavoro e la Riforma Fornero*,

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 192/2013; PASCUCCI P., *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, RDSS, 2012, 453 e, se si vuole, ALAIMO A., *Politiche attive, servizi per l'impiego e stato di disoccupazione*, in CINELLI M., FERRARO G., MAZZOTTA O., *op. cit.*, 648.

<sup>1097</sup> Sulle ascendenze francesi del "contratto unico a tutele crescenti" e sui tentativi di traduzione italiana del modello (d.d.l. 1418, di iniziativa del sen. P. Ichino e altri, e la proposta di T. Boeri e P. Garibaldi) che hanno preceduto la riforma "Poletti", v. PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, RIDL, 2012, I, 247.

qui: “decreto contratto a tutele crescenti”) e in via di ulteriore attuazione attraverso il decreto di riordino delle tipologie contrattuali<sup>1098</sup>.

Il legislatore delegante, dunque, sembra avere a cuore la *security* almeno quanto la *flexibility*; sembra, anzi, anteporre la prima alla seconda, dato che le deleghe che riguardano il secondo termine del binomio (la *security*) precedono quelle relative alla *flexibility*. Diverse sembrano le priorità del Governo nell’adozione dei decreti delegati, poiché l’attuazione delle deleghe in materia di ammortizzatori sociali (d. lgs. 4 marzo 2015, n. 22) e contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23)<sup>1099</sup> ha comportato uno scavalco, lungo la linea della *security*, del tratto collegato al decreto sui SPI e le politiche attive, del quale, sino al momento in cui si scrive, non circola schema né bozza.

Occorre, tuttavia, buona memoria per mantenere le promesse ed è bene ricordare che una delega sui SPI e le politiche attive era già contenuta nella “legge Fornero” (l. n. 92/2012, art. 4, commi 48-49) benché, in quel caso, la delega sia rimasta inattuata, come del resto quella conferita dalla precedente l. n. 247/2007 (art. 1, c. 30-31).

Sono, pertanto, anni che si conferiscono, prorogano e rinnovano deleghe in materia di SPI<sup>1100</sup> e se è vero che le promesse vanno mantenute quanto le premesse (quelle della l. n. 183/2014) non dovrebbero ormai esserci alibi per la mancata attuazione dell’ennesima delega in materia.

È in gioco, infatti, la tenuta complessiva dell’edificio della riforma, che altrimenti rischia di rimanere sbilanciato e che dopo la *flexibility*<sup>1101</sup> non può che attendere un’ulteriore dose di *security*<sup>1102</sup>. La “sicurezza” somministrata dal decreto di riordino degli ammortizzatori sociali (da qui: “decreto ammortizzatori”)<sup>1103</sup> risponde ancora ad una logica legata alle politiche passive e, dunque, al sostegno del reddito<sup>1104</sup>, piuttosto che alle politiche attive e alla edificazione della “sicu-

<sup>1098</sup> Cfr. lo schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 febbraio 2015 e sottoposto a parere parlamentare il 9 aprile 2015. Fra i già numerosi commenti al d. lgs. n. 23/2015 v., per tutti, CARINCI F., TIRABOSCHI M. (a cura di) *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*; GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP CSDL “Massimo D’Antona”.IT – 246/2015

<sup>1099</sup> Sui due decreti, prima della loro definitiva approvazione, CARINCI F., TIRABOSCHI M. (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015.

<sup>1100</sup> La delega conferita dalla legge n. 247/2007 era stata prorogata sino al 2012 dal “collegato lavoro” del 2010 (art. 46, l. n. 183/2010) e riaperta dalla l. n. 92/2012 con un ampliamento dei principi e i criteri direttivi. Sul susseguirsi delle deleghe in materia di SPI e politiche attive, si rinvia ad ALAIMO A., *Politiche attive, servizi per l’impiego e stato di disoccupazione*, cit., 660-662.

<sup>1101</sup> Somministrata in due dosi, con il I atto della “riforma Poletti” (CARINCI F., *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in CARINCI F., TIRABOSCHI M., a cura di, *I decreti attuativi*, cit., 1) - la l. n. 78/2014 (cfr. per tutti TIRABOSCHI M., a cura di, *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 23, 2014) - e con il d. lgs. n. 23/2015.

<sup>1102</sup> Sulla dialettica fra libertà e sicurezza nel diritto del lavoro, in una prospettiva diacronica, e sui nuovi dispositivi di sicurezza, v. ancora PERULLI A., op. cit.

<sup>1103</sup> Per un primo commento, v., per tutti, RENGA S., *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, LD, 2015

<sup>1104</sup> In Italia, le spese per politiche passive rappresentano ancora la quota più consistente della spesa generale destinata alle politiche del lavoro, essendo passate da 20,2 miliardi di euro nel 2011 a 23,9 miliardi nel 2012. Quelle dedicate alle politiche attive crescono, per la prima volta, nel 2008, (passando da 4,9 a 5,6 miliardi di euro con un incremento in termini percentuali di poco meno del 14 per cento) ma sono, tuttavia, riconducibili soprattutto alla crescita degli incentivi all’occupazione. In termini di composizione percentuale,

rezza nel mercato” e “dell’occupazione”; *employment security*<sup>1105</sup> raccomandata da tempo dalle istituzioni europee.

Né occorre più scomodare il *Libro Verde* sulla modernizzazione del diritto del lavoro (2006)<sup>1106</sup> e la *Comunicazione* sulla *flexicurity* (2007)<sup>1107</sup> della Commissione europea per ricordare che le politiche attive del lavoro sono «uno degli elementi cardine dei modelli di *flexicurity*»; che la «libertà di assumere e licenziare deve essere accompagnata da transizioni sicure da un lavoro all'altro»<sup>1108</sup>; che la nozione di *flexicurity* è legata alla teoria dei “*Transnational Labour Market*” (*TLM*)<sup>1109</sup>; che proprio i soggetti gestori dei servizi pubblici per l’impiego (*Public Employment Services*) devono agire «da agenzie di transizione rafforzando i servizi offerti» e assumendo «un ruolo più globale di fornitori di servizi permanenti»<sup>1110</sup>; tanto si tratta di affermazioni diffuse nei documenti europei<sup>1111</sup> e nel dibattito della «seconda fase della *flexicurity*» o «*flexicurity* della crisi»<sup>1112</sup>.

Piuttosto, vale la pena di ricordare che sin dai primi tentativi teorici di definizione della *flexicurity* si è evidenziata la necessità che le politiche di flessibilità e sicurezza siano attuate “sincronicamente” (“*synchronically*”)<sup>1113</sup> e, cioè, senza salti temporali, affinché la ricetta funzioni e le riforme che la attuano diano buona prova di sé.

Ed è bene non dimenticare che fra i vincoli istituzionali di derivazione europea (e le sollecitazioni della Commissione al Governo italiano)<sup>1114</sup> non rientrano soltanto le modifiche strutturali del

---

nel 2012 la componente attiva delle politiche del lavoro rappresenta, tuttavia, il 19 per cento del totale delle politiche e quella passiva l’81 per cento (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, “*Spese per le politiche occupazionali*” - Anno 2012).

<sup>1105</sup> Sulle varie declinazioni di “*security*”, v., da ultimo, il Rapporto *European Commission, Flexicurity in Europe – Final Report* (a cura di NARDO, ROSSETTI), 2013.

<sup>1106</sup> COM (2006) 708 *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*.

<sup>1107</sup> COM (2007) 359 *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*

<sup>1108</sup> COM (2007) 359.

<sup>1109</sup> GAZIER B., SCHMID G. (eds.), *The Dynamics of Full Employment: Social Integration through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, Cheltenham, 2002.

<sup>1110</sup> COM (2010) 682 *Un’agenda per nuove competenze e per l’occupazione: Un contributo europeo verso la piena occupazione*. Il ruolo cruciale dei *Public Employment Services* è ribadito dalla Commissione nel documento “*Contributo dei servizi pubblici dell’occupazione alla strategia Europa 2020. Documento finale sulla strategia SPO 2020*”, 2012.

<sup>1111</sup> Cfr., in particolare, *PES e flexicurity, The role of the Public Employment Services related to ‘Flexicurity’ in the European Labour Markets*, VC/2007/0927 *Final report*, March 2009. Da ultimo v. l’Allegato 1 alla COM (2015) 98 *Proposta di Decisione del Consiglio sui nuovi Orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell’occupazione* ed, ivi, in particolare, l’*Orientamento 7*, che raccomanda il rafforzamento delle politiche attive del lavoro e il «sostegno personalizzato» dei SPI a «transizioni sostenibili».

<sup>1112</sup> COM Europa 2020; sulla seconda fase della *flexicurity* v. TROS F., *La flexicurity in Europa può sopravvivere a una doppia crisi? DRI*, 2013, 377; ZOPPOLI L., *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 – 141/2012; AUER P., *La flexicurity nel tempo della crisi*, *DRI*, 2011, 37. In termini molto scettici, ritiene che il concetto di flessicurezza sia stato una vana utopia, ormai superata, Rodriguez R. E., *Un requiem per la flessicurezza. Teoria e pratica del modello in alcuni Paesi dell’Europa del Sud*, *RGL*, 2013, I, 503.

<sup>1113</sup> WILTHAGEN T., *Flexicurity: A new paradigm for labour market policy reform?*, WZB Discussion Paper, No. FS I 98-202, 1998; WILTHAGEN T., TROS F., *The concept of flexicurity: A new approach to regulating employment and labour markets*, *Transfer -European Review of Labour and Research*, 2004, vol. 10, n. 2, 166. Per una ricostruzione italiana del dibattito sviluppatosi a partire da quella fase, MASSIMIANI C., *La qualità del lavoro nell’esperienza dell’OIL e nelle politiche sociali europee*, Ediesse, 2010, cap. III; e, nel contesto di un’analisi riguardante l’evoluzione della legislazione italiana sul lavoro a termine, ZAPPALÀ L., *Flexicurity e valorizzazione delle capability: l’impulso alla ri-regolamentazione del lavoro a termine*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 97/2012.

<sup>1114</sup> Su cui v. *amplius*, SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro*, cit., § 2.

mercato del lavoro che aumentino la flessibilità dei contratti e riducano le tutele in materia di licenziamenti<sup>1115</sup>, ma anche i «piani di miglioramento dell'efficacia dei servizi di collocamento», nonché il rafforzamento dei servizi pubblici per l'impiego, come si ricava da numerosi documenti europei e dalla stessa *Raccomandazione sul Programma Nazionale di Riforma 2014* indirizzata al Governo italiano lo scorso giugno<sup>1116</sup>.

Pertanto, una corretta declinazione nazionale delle riforme veicolate dall'Europa non dovrebbe condurre i legislatori nazionali solo lungo «itinerari regressivi»<sup>1117</sup>, ma su più binari paralleli, al fine di pervenire ad un'attuazione “in blocco” dei “principi comuni” di flessicurezza<sup>1118</sup>, attraverso riforme dei mercati (e non solo delle legislazioni) del lavoro che rendano questi ultimi più dinamici, facilitando le «transizioni positive»<sup>1119</sup>. Anche le politiche attive del lavoro rientrano, del resto, nel novero di quegli “investimenti sociali” raccomandati dall'Ue (che spaziano dal settore dell'infanzia, alla parità di genere, all'inclusione)<sup>1120</sup> al fine di modernizzare le politiche sociali, ridefinire la natura e le ambizioni dello Stato sociale<sup>1121</sup>, raccogliere le sfide della crisi e fronteggiare i rischi di emarginazione sociale ed esclusione dal mercato del lavoro<sup>1122</sup>.

## 2. Dal riordino degli ammortizzatori sociali (d. lgs. n. 22/2015) al decreto sui servizi per il lavoro e le politiche attive: disposizioni in attesa di completamento.

Torniamo, dunque, alla delega della legge italiana sui SPI, la cui attuazione, oltre che per i motivi richiamati, è diventata imprescindibile per altre due ragioni.

La prima è di carattere tecnico ed è legata alla circostanza che alcune disposizioni del “decreto ammortizzatori” non sono direttamente operative senza il decreto sui SPI, al quale attendono di

<sup>1115</sup> Sulla “variante italiana” della *flexicurity* e sul rischio di una sua trasformazione in *flex/insecurity* v. ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero* (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo, Editoriale Scientifica, 2012); BUBBICO D., *Le politiche attive del lavoro in Italia tra sostegno all'occupazione e deregolamentazione contrattuale dell'impiego*; *Dem. Dir.*, 2013, 105; MANDRONE E., MAROCCO M., *La variante italiana della flessibilità*, Roma, ISFOL, 2012 (Isfol Research Paper, 1).

<sup>1116</sup> COM(2014) 413, *Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2014 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2014 dell'Italia*: «Dopo i ritardi registrati, è necessario progredire rapidamente con i piani di miglioramento dell'efficacia dei servizi di collocamento rafforzando i servizi pubblici per l'impiego». V. pure il passaggio della lettera della BCE indirizzata al Governo italiano nell'agosto del 2011 nel quale si legge che «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».

<sup>1117</sup> MARIUCCI L., *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, leggibile alla pagina Internet: <http://www.rispensarelasinistra.it/wp-content/uploads/2014/02/Itinerario-regressivo.pdf>

<sup>1118</sup> PEDERSINI R., *Quale flexicurity? Studi e politiche su flessibilità e sicurezza del lavoro*, *Soc. lav.*, 2009, 125.

<sup>1119</sup> COM (2012) 173 *Verso una ripresa fonte di occupazione*.

<sup>1120</sup> Cfr. la COM (2013) 83 *Investire nel settore sociale a favore della crescita e della coesione, in particolare attuando il Fondo sociale europeo nel periodo 2014-2020*.

<sup>1121</sup> DAHAN J., DI NARDO L., *The European Social Fund: Active Labour Market Policies and Public Employment Services*, European Union, 2010 (brochure di sintesi, in lingua italiana, visionabile al sito Internet: <http://ec.europa.eu>.)

<sup>1122</sup> In un'ottica di protezione ancor più avanzata la componente di *security* legata alla “sicurezza nel mercato” «implicherebbe un trasferimento di risorse in una prospettiva fortemente redistributiva della ricchezza prodotta nel mercato. (...) ciò richiederebbe una riforma del sistema fiscale e un impegno sulle risorse da destinare a forme tendenzialmente universalistiche di reddito minimo» (BUBBICO D., *op. cit.*, 2013, 129).

saldarsi<sup>1123</sup>.

Si è visto che ammortizzatori sociali, politiche attive, principio di condizionalità ed obbligo di attivazione del soggetto disoccupato fanno parte di un disegno unitario, in cui tutte le componenti richiamate si completano reciprocamente, integrandosi l'una con l'altra.

È per tale ragione che alcune importanti disposizioni del “decreto ammortizzatori” resteranno monche sino all'adozione del decreto sui SPI.

È il caso delle disposizioni sorrette dal principio di condizionalità: l'art. 7 - sulla condizionalità della Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpl) - e l'art. 15, comma 10, sulla condizionalità dell'indennità di Disoccupazione per i lavoratori con rapporto di Collaborazione coordinata e continuativa: DIS-COLL. Tali disposizioni, oltre a contenere un generale rinvio al d. lgs. n. 181/2000 per l'individuazione dei servizi competenti a proporre le iniziative di attivazione lavorativa, affidano al decreto sui SPI l'introduzione delle «ulteriori misure» che condizioneranno la fruizione delle due indennità «alla ricerca attiva di un'occupazione e al reinserimento nel tessuto produttivo».

È probabile che anche l'art. 16 - sull'Assegno di Disoccupazione (ASDI) – necessiti di un completamento. Benché la disposizione demandi la definizione di molteplici e ulteriori aspetti della disciplina dell'ASDI ad un decreto ministeriale<sup>1124</sup>, la corresponsione dell'assegno è pur sempre condizionata «all'adesione ad un progetto personalizzato» contenente «specifici impegni in termini di ricerca attiva di lavoro, disponibilità a partecipare ad iniziative di orientamento e formazione, accettazione di adeguate proposte di lavoro», la cui redazione è affidata ai SPI. È verosimile che anche la “messa a regime” del nuovo ASDI attenda, dunque, il decreto sui servizi e le politiche attive.

Ma è soprattutto l'art. 17, dedicato al contratto di ricollocazione, ad esigere, come meglio si vedrà, un completamento.

Anche in tal caso, si attendono indicazioni relative alla «definizione del profilo personale di occupabilità», ma soprattutto, alle risorse utilizzabili, che appaiono strettamente legate al (ri)-finanziamento del Fondo per le politiche attive (da qui: FPA) (v. *infra*, § 3.3).

### 2.1 Questioni di *policy* e di architettura generale del modello: l'Agenzia Nazionale per l'Occupazione e il rapporto pubblico-privato.

La seconda ragione di necessaria attuazione della delega è di tipo più generale e rinvia a questioni di *policy* e di architettura generale del modello nazionale di SPI (e delle sue articolazioni territoriali).

Se è vero che si è consumato, ormai da tempo, il passaggio da un assetto stato-centrico e burocratico di collocamento a un sistema di servizi orientati all'utenza, è anche vero che occorre costruire un nostro modello, strutturale e organizzativo di SPI, che tenga, sì, il passo dei più avanzati sistemi presenti in Europa, ma che eviti sbrigativi approcci imitativi, per evitare insuccessi.

<sup>1123</sup> Cfr. RENGÀ S., *Post fata resurgo*, cit.

<sup>1124</sup> Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, da emanare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto.

Per far ciò, occorrerà sciogliere alcuni nodi di fondo, visibili anche fra le righe della legge delega.

a) Il primo è quello dell'assenza, in Italia, di una struttura integrata che gestisca le politiche attive e le politiche passive e che in altri Paesi - per esempio in Germania e nel Regno Unito (pur con le dovute differenze)<sup>1125</sup> – costituisce un punto di forza dell'intero sistema, basato sul meccanismo del cosiddetto "one stop-shop".

Mentre nel Regno Unito esistevano, sino alla fine degli anni novanta, due distinte Agenzie<sup>1126</sup>, in Germania esiste, da tempo, una struttura unica (recentemente rinominata Agenzia Nazionale per il Lavoro: *Bundes Agentur für Arbeit - BA*) alla quale è affidato il compito di muovere entrambe le leve, con indubbi vantaggi in termini di chiarezza ed efficienza dell'intero sistema.

In Italia stiamo immaginando un modello "a due teste" - e quindi una *governance* sdoppiata -, con la (istituenda) Agenzia Nazionale per l'Occupazione<sup>1127</sup>, da una parte, e l'INPS dall'altra (con compiti di gestione centralizzata delle politiche passive).

È vero che sono molti i sistemi in cui le politiche attive e passive sono gestite da due canali istituzionali indipendenti<sup>1128</sup>, ma è anche vero che, rispetto all'Italia, si registra, in quei casi, una maggiore integrazione dei servizi<sup>1129</sup>.

Nel nascente modello italiano, non è invece chiaro come le due teste debbano coordinarsi, poiché si attribuiscono all'Agenzia non meglio definite «competenze gestionali in materia di SPI, politiche attive e ASpl» (art. 1, c. 4, lett. e). L'idea è quella di costruire una "cabina di regia" centrale che fissi *standard* unitari di servizio (*rectius*: "livelli essenziali delle prestazioni" dei servizi pubblici per l'impiego: LEP-SPI) da garantire su tutto il territorio nazionale, eliminando il caos nei territori e le criticità territoriali<sup>1130</sup>, ma non è chiaro quali competenze gestionali l'Agenzia potrà avere in tema di ASpl. D'altra parte, si raccomandano «meccanismi di raccordo e di coordinamento delle funzioni tra l'Agenzia e l'INPS» proprio al fine di tendere a una maggiore integrazione delle politiche attive e delle politiche di sostegno del reddito (art. 1, c. 4, lett. r). Al Ministero del lavoro è demandato, infine, il compito di verificare e controllare il «rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale» determinati dall'Agenzia (art. 1, c. 4, lett. t).

Spetterà, dunque, al decreto sui SPI delineare al meglio il rapporto fra i tre soggetti istituzionali.

<sup>1125</sup> Cfr. l'ampia comparazione di SARTORI A., *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, 2013, ma v. anche GIUBILEO F., *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, RDSS, 2011, 759. Per una comparazione limitata ad Italia e Germania v., invece, GUALMINI E., RIZZA R., *Attivazione, occupabilità e nuovi orientamenti nelle politiche del lavoro: il caso italiano e tedesco a confronto*, *St. merc.*, 2011, 195.

<sup>1126</sup> *Employment Service*, competente per i servizi al lavoro, e *Social Security Benefit Agency* (competente per la gestione delle politiche passive). Oggi i *Jobcentre Plus* gestiscono contemporaneamente il reinserimento dei disoccupati e l'erogazione dei sussidi.

<sup>1127</sup> Prevista dall' art. 1, c. 3, lett. c, l. n. 183/2014 e, ai sensi di tale disposizione, partecipata da Stato, Regioni e Province autonome e vigilata dal Ministero del lavoro. Per alcune prime considerazioni sull' istituenda Agenzia v. RENGÀ S., *op. cit.*; GIUBILEO F., *Quale orientamento per la nuova Agenzia nazionale del lavoro*, <http://lavoroeimpresa.com> 16.2.2015.

<sup>1128</sup> Cfr. la comparazione contenuta nel volume di LAGALA C., D'ONGHIA M. (a cura di), *Politiche di attivazione dei disoccupati in Europa. Le esperienze realizzate in Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Inghilterra, Spagna e Svezia*, Ediesse, 2010.

<sup>1129</sup> LAGALA C., D'ONGHIA M., *Rapporto di sintesi*, in LAGALA C., D'ONGHIA M. (a cura di), *op. cit.*, 20.

<sup>1130</sup> Per un'analisi delle criticità riscontrabili in tre Regioni del Sud (Basilicata, Campania e Puglia) v., per es., FASANO A., *La gestione decentrata delle politiche attive del lavoro: tre Regioni in prospettiva comparata*, EL, 2013, 99.

b) Altro nodo da sciogliere e che rinvia, ancora una volta, alla scelta del modello generale, riguarda il rapporto pubblico-privato, poiché la legge delega, oltre a raccomandare la «valorizzazione delle sinergie fra servizi pubblici e privati» (...) prevede «la definizione dei (n.d.r. nuovi) criteri per l'accreditamento e l'autorizzazione» (art. 1, c. 3, lett. n).

Non si tratta di una novità poiché la stessa norma era contenuta nella precedente delega (l. 247/2007, art. 31, c. 1, lett. b).

E tuttavia, l'interazione pubblico-privato era stato uno degli snodi fondamentali della riforma del mercato del lavoro del 2003 (l. n. 30/2003 e d. lgs. n. 276/2003, titolo II)<sup>1131</sup>. Per tale ragione esistono già discipline degli accreditamenti riconducibili alla combinazione fra normativa di principio nazionale - l'art. 7 del d. lgs. n. 276/03 - e normative regionali<sup>1132</sup>; queste ultime hanno un contenuto assai variegato, come emerge da una recente ricerca<sup>1133</sup>, che classifica ben undici modelli di accreditamento regionali.

Anche questo nodo va, dunque, sciolto. Occorre capire perché e come rimettere mano alla disciplina nazionale dell'istituto, chiarendo, preliminarmente, se è davvero necessario un recupero di centralismo e un'uniformità di disciplina a livello nazionale per l'accreditamento di soggetti pubblici e privati alla erogazione di servizi per il lavoro (proprio come si è fatto, con la "riforma Biagi", per i regimi di autorizzazione), o se è preferibile lasciare la costruzione del sistema integrato (pubblico/privato) dei SPI ai legislatori e ai governi regionali.

Vi è ancora il rischio di un'inefficienza del sistema se tali nodi – al pari delle questioni riguardanti l'assetto delle competenze (legislative e amministrative) Stato-Regioni e lo stanziamento di risorse umane<sup>1134</sup> e finanziarie al sistema<sup>1135</sup> - non verranno affrontati e risolti al meglio.

### 3. Il contratto di ricollocazione.

Fra gli strumenti di politica attiva organizzati su meccanismi di *workfare* spicca, nel primo decreto attuativo della legge delega, il contratto di ricollocazione (d. lgs. n. 22/2015, art. 17)<sup>1136</sup>.

<sup>1131</sup> In argomento v., recentemente, TULLINI P., *Ragioni e filosofie della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro*, DLM, 2011, 575; nel periodo successivo alla riforma del 2003, v., per tutti, OLIVELLI P., *Prospettive di un sistema integrato pubblico-privato nei servizi per l'impiego*, in OLIVELLI P. (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, 2003, 1.

<sup>1132</sup> Sulle quali, per gli anni immediatamente successivi alla riforma, è possibile vedere ALAIMO A., *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, 2009, cap. III; NAPOLI M., OCCHINO A., CORTI M., *I servizi per l'impiego*, in *Cod. civ. Comm.* (fondato da P. SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI F.D.), Giuffrè, 2010, 162 ss.

<sup>1133</sup> GIUBILEO F., *La riforma dei centri per l'impiego. Tutto quello che avreste voluto sapere sui servizi per il lavoro*, 2014, visibile alla pagina Internet: <http://www.linkiesta.it/sites/default/files/riforma-centri-per-impiego-ebook.pdf>

<sup>1134</sup> Il punto è evidenziato da CICCIOMESSERE R., *La capacità d'intermediazione degli operatori pubblici e privati del lavoro: criticità e proposte per superarle. Indagine conoscitiva sulla gestione dei servizi per il mercato del lavoro e sul ruolo degli operatori pubblici e privati*, Audizione alla Camera dei deputati - XI Commissione (Lavoro pubblico e privato), Roma, 30 settembre 2014.

<sup>1135</sup> Un raffronto fra le quote di PIL destinate all'investimento nei SPI nei diversi Paesi dell'Ue si legge nella ricerca di BERGAMANTE F., MAROCCO M., *Lo stato dei Servizi pubblici per l'impiego in Europa: tendenze, conferme e sorprese*, Isfol Occasional Paper, n. 13, marzo 2014 ([www.isfol.it](http://www.isfol.it)). Riguardo all'Italia, la scarsità di risorse costituisce un *punctum dolens* evidenziato da tutti i commenti alla recente riforma. Sul mancato stanziamento di risorse relative, in particolare, all'istituzione dell'Agenzia Nazionale per l'Occupazione v. CARINCI F., *Jobs Act, atto II*, cit.

<sup>1136</sup> V. i primi commenti di TIRABOSCHI M., *Il contratto di ricollocazione: prime interpretazioni e valutazioni di sistema*, in CARINCI F., TIRABOSCHI M. (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 158; L. OLIVERI, *Il contratto di ricollocazione: prospettive operative*, ADAPT

Da tempo si prospettavano ipotesi di regolazione legislativa<sup>1137</sup> e, più recentemente, modelli regionali; questi ultimi sollecitati (come possibili “sperimentazioni”) dalla legge di stabilità per il 2014<sup>1138</sup>. Fra le migliori sperimentazioni locali si annoverano quelle delle Regioni Lazio<sup>1139</sup> e Lombardia<sup>1140</sup>.

La stessa versione del c.r. disciplinata dall’art. 17 del d. lgs. n. 22/2015 è una rivisitazione del modello previsto, in origine, nel “decreto contratto a tutele crescenti”<sup>1141</sup>, con una disposizione (l’art. 11 dello schema di decreto) successivamente transitata nel “decreto ammortizzatori” (art. 17). A pochi giorni di distanza dalla definitiva approvazione del d. lgs. n. 22/2015, il testo dell’art. 17 è stato, infatti, interamente emendato, in accoglimento di una proposta contenuta nell’Intesa della Conferenza Permanente Stato Regioni del 12 febbraio 2015.

Il passaggio dall’uno all’altro decreto e l’emendamento apportato in fase finale hanno radicalmente cambiato lo schema contrattuale: rispetto alla versione originaria, sono diversi i soggetti, i diritti e gli obblighi delle parti; la stessa funzione economico-sociale del contratto ne è risultata completamente modificata.

### 3.1. Le parti e lo schema contrattuale.

Come nella disciplina regionale del Lazio, la platea dei soggetti “ricollocabili” è ora più ampia rispetto a quella della versione precedente, che limitava la ricollocazione al «lavoratore licenziato illegittimamente per giustificato motivo oggettivo o per licenziamento collettivo». Nella disposizione originaria, il contratto era, infatti, esclusivamente collegato all’area della flessibilità in uscita - tanto è vero che la norma era collocata nel decreto contenente la revisione della disciplina dei licenziamenti - e neppure a tutta quell’area (ne erano esclusi i lavoratori il cui rapporto di lavoro fosse cessato per dimissioni per giusta causa o risoluzione consensuale attraverso conciliazione stragiudiziale).

Anche nella fase intermedia – quella del passaggio della disciplina del c.r. dal “decreto contratto a tutele crescenti” al “decreto ammortizzatori” – veniva mantenuta la limitazione soggettiva, in ragione di una distinzione – che ancora emerge dalla lettura complessiva del d. lgs. n. 22/2015

---

Labour Studies e-Book series (gennaio 2015); VALENTE L., *Politiche attive e passive del lavoro: dalla Cig al contratto di ricollocazione*, DPL, 2014, 2317.

<sup>1137</sup> Una versione del c.r. era pure presente nell’art. 2120 (*Assistenza nel mercato del lavoro al lavoratore licenziato*) del *Codice semplificato del lavoro* curato da Ichino P. e Tiraboschi M. Si trattava, tuttavia, di una versione diversa da quella disciplinata dal d.lgs. n. 22/2015: il contratto era immaginato come un negozio giuridico fra il datore di lavoro e il lavoratore licenziato (non per motivi disciplinari o, se licenziato per tali motivi, reintegrato) ed era prevista l’erogazione di un trattamento complementare, a carico del datore di lavoro, per il periodo di disoccupazione effettiva e involontaria del lavoratore. La scelta dell’agenzia incaricata della ricollocazione era, infine, affidata all’accordo fra il datore di lavoro e il lavoratore. Per un’analisi delle precedenti proposte v., comunque, PONTE F. V., *Politiche attive del lavoro e contratto di ricollocazione: riflessioni sulla legge di stabilità 2014*, *Dir. merc. lav.*, 2013, 483.

<sup>1138</sup> L’art. 1, c. 215, l. n. 147/2013 menziona espressamente il c.r. e non è stato abrogato dalla l. n. 183/2014.

<sup>1139</sup> Cfr. la ha *Delibera della giunta regionale del Lazio del 30.9.2014 - Allegato A*.

<sup>1140</sup> Sul modello lombardo v., in generale, GIUBILEO F., *Il modello di welfare occupazionale in Lombardia*, Milano, 2013. Da ultimo anche la Regione autonoma sarda ha disciplinato il c.r., con *Delibera di giunta n. 7/17 del 12.2.2015*. In linea con la disciplina laziale anche la *proposta di direttiva presentata dall’assessorato alla famiglia, politiche sociali e lavoro della Regione Sicilia, nel quadro di un piano straordinario di interventi mirati all’aumento dell’occupazione (gennaio 2015)*. Documenti, leggi e progetti relativi al c.r. si leggono al sito <http://www.pietroichino.it>.

<sup>1141</sup> Nel quale, tuttavia, la disciplina del c.r. era sembrata come «un corpo estraneo» (TIRABOSCHI M., *Il contratto di ricollocazione*, cit., 164), pur essendo parte, in quel (con)testo, del nuovo assetto di tutele del lavoratore licenziato.

(combinato disposto degli artt. 3, c. 2, e 17) - fra lavoratori che rassegnino le dimissioni per giusta causa e che provvedano alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro attraverso la conciliazione - i quali hanno diritto alla NASpl (art. 3, c. 2) - e lavoratori che abbiano subito "licenziamenti economici", ai quali, non essendo riconosciuto il diritto alla nuova prestazione, veniva *espressamente* attribuito il diritto di sottoscrivere il c.r.

Nella versione disciplinata dall'attuale testo dell'art. 17 la platea dei soggetti "ricollocabili" è, invece, collegata al d. lgs. n. 181/2000 e comprende tutti i soggetti in stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. c), d. lgs. 181/2000.

Il contratto ha, dunque, un'anima più *welfarista*: la sua funzione economico-sociale è la ricollocazione di tutti i soggetti in stato di disoccupazione e la *ratio* della disciplina non è più quella di operare un contrappeso alla monetizzazione dei licenziamenti.

L'ampliamento della sfera dei soggetti destinatari va certamente salutata con favore, innanzitutto per una ragione tecnico-giuridica: la restrizione soggettiva contenuta nella precedente formulazione dell'art. 17 era in netto contrasto con la *ratio* e la lettera della delega (segnatamente, con la lett. p del comma 4 dell'art. 1), che impone l' «introduzione di principi di politica attiva del lavoro» a favore della «*persona inoccupata o disoccupata* e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo, *anche attraverso la conclusione di accordi per la ricollocazione* che vedano come parte le agenzie per il lavoro o altri operatori accreditati».

Era presente, dunque, un vincolo di delega riguardante i soggetti, che ha giustamente indotto a rivisitare il testo dell'art. 17 nel senso proposto dall'Intesa raggiunta in sede di Conferenza Permanente.

Ma vi erano anche ragioni di opportunità e di salvaguardia della funzione economico-sociale tipica del c.r.: misura di politica attiva e non di riequilibrio del (l'ormai ridotto) regime di tutela del licenziamento; strumento contrattuale già ampiamente diffuso in altri ordinamenti, per esempio in quello tedesco, al quale, per diversi profili della riforma, il legislatore (delegante e delegato) del *Jobs Act* guarda con evidente interesse.

Neanche ad un'analisi comparata affrettata sfugge che la previsione normativa del c.r. è legata ad una più generale circolazione inter-ordinamentale<sup>1142</sup> di modelli di politiche attive e di gestione dei SPI ampiamente sostenuta dalla "regia europea", come dimostra la recente *Decisione* del Parlamento e del Consiglio europeo sulla cooperazione rafforzata tra i servizi pubblici per l'impiego<sup>1143</sup>, che promuove, in materia di SPI, l'«apprendimento comparativo»<sup>1144</sup> e la circolazione delle "migliori prassi" in ambito europeo.

Tali modelli sono contraddistinti da una serie di caratteristiche ("approccio preventivo e di

<sup>1142</sup> CARUSO B., MILITELLO M., *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, in Nogler L., Corazza L. (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Marcello Pedrazzoli, Angeli, 2012.

<sup>1143</sup> *Decisione n. 573/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 su una cooperazione rafforzata tra i servizi pubblici per l'impiego* istitutiva della "rete dell'Unione di servizi pubblici per l'impiego".

<sup>1144</sup> Cfr. l'art. 2 della *Decisione*, cit.

attivazione”<sup>1145</sup>, “gestione personalizzata sistemica” delle situazioni degli utenti-disoccupati, “piani di azione individuali”), fra le quali spicca una forte e diffusa tendenza alla contrattualizzazione e, cioè, all’uso di contratti da parte dell’attore pubblico, sia per regolare il rapporto con gli operatori privati (ai quali vengono esternalizzati servizi, secondo forme virtuose di cooperazione/complementarietà pubblico-privato), sia per implementare le politiche attive del lavoro, regolando, tramite lo strumento pattizio, il rapporto con i soggetti in cerca di lavoro (*job-seeking clients*)<sup>1146</sup>.

In altri sistemi – per esempio nei Paesi scandinavi - la via seguita per gestire le transizioni occupazionali è diversa. In Svezia sono le organizzazioni datoriali e i sindacati dei lavoratori a svolgere un ruolo decisivo nella progettazione degli accordi sulle transizioni occupazionali, attraverso la costituzione di enti bilaterali o agenzie per le transizioni di livello settoriale; analoghe soluzioni si ritrovano in Finlandia, dove le transizioni sono per lo più gestite attraverso i “fondi per la sicurezza del cambiamento”.

Diversi sono, invece, i punti di contatto fra il neonato c.r. italiano e i “*vouchers* per l’attivazione e il collocamento” (*Aktivierungs- und Vermittlungsgutschein*) del sistema tedesco, così ribattezzati, in Germania, dalla riforma del 2011 e riconosciuti, anche in quell’ordinamento, a *tutti soggetti disoccupati* (da almeno sei settimane)<sup>1147</sup>.

Non è chiaro, tuttavia, se lo schema contrattuale oggi previsto dall’art. 17 sia bilaterale – fra il soggetto da ricollocare e uno dei soggetti accreditati all’erogazione dei servizi per il lavoro - o trilaterale - come nella disciplina regionale del Lazio, nella quale si prevede che il c.r. sia sottoscritto dalla persona interessata, dall’operatore accreditato e *dal centro per l’impiego* (art. 3).

Il c. 2 dell’art. 17 del decreto nazionale si limita, infatti, a prevedere che «il soggetto in stato di disoccupazione (...) ha diritto di ricevere dai servizi per il lavoro pubblici o dai soggetti privati accreditati, un servizio di assistenza intensiva nella ricerca del lavoro attraverso la stipulazione del contratto di ricollocazione (...)».

È probabile che l’intenzione sottesa a una simile, piuttosto imprecisa, formulazione sia quella di lasciare spazio alle discipline regionali, benché – come si dirà - il legislatore delegato avrebbe potuto approfittare delle prime iniziative territoriali per confezionare una disciplina più articolata e dai contorni più definiti<sup>1148</sup>, in linea con la tendenza a ri-centralizzare (per rendere uniforme sul territorio nazionale) l’organizzazione del mercato del lavoro (v. *infra*, § 4).

### 3.2 La dote individuale di ricollocazione.

Dalla sperimentazione regionale lombarda l’art. 17 trae il riferimento alla «dote individuale di

<sup>1145</sup> Sulla diffusione del paradigma dell’attivazione nei Paesi dell’OCSE v., da ultimo, MARTIN J.P., *Activation and Active Labour Market Policies in OECD Countries: Stylized Facts and Evidence on their Effectiveness*, IZA Policy Paper No. 84, June 2014.

<sup>1146</sup> SOL E., WESTERVELD M., eds., *Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance*, The Hague: Kluwer Law International, 2005; il tema è ripreso in Italia da SPATTINI S., *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo contrattualismo. Analisi storico-comparata dei sistemi di regolazione e governo attivo del mercato del lavoro*, Giuffrè, 2008, spec. cap. III. Sulle discipline regionali dei “patti di servizio” si consenta di rinviare ad ALAIMO A., *Politiche attive del lavoro, patto di servizio*, cit., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>1147</sup> Cfr. SARTORI A., *op. cit.*, 250-251.

<sup>1148</sup> PONTE F. V., *op. cit.*, 498.

ricollocazione» (che, nella versione pre-Intesa, era il «*voucher* rappresentativo della dote individuale di ricollocazione»; il cambiamento appare, tuttavia, meramente nominalistico).

Il diritto alla “dote” è riconosciuto al disoccupato soltanto «a seguito della definizione del profilo personale di occupabilità». Anche per questo aspetto la disciplina ricalca il modello tedesco e, in particolare, lo strumento del *profiling*, che in Germania è stato meglio definito nel 2005, per effetto delle riforme *Hartz*.

L’impiego dei meccanismi di *profiling* ripropone, tuttavia, il problema della (in)adeguatezza delle strutture pubbliche (gli attuali centri per l’impiego) preposte, in Italia, all’erogazione dei servizi, nonché la questione del loro rapporto con gli operatori privati. Al di là delle buone intenzioni e dell’importazione, a volte apprezzabile, di istituti e meccanismi sperimentati (e ormai rodati) in altri sistemi, è del tutto irrisolto il problema di “come, quando e dove” definire i profili personali di occupabilità e i progetti personalizzati più volte menzionati dalle disposizioni del “decreto ammortizzatori”.

Nelle migliori pratiche emulate, le tecniche di *profiling* sono, infatti, molto sofisticate; per esempio, permettono, tramite metodi di predizione statistica, di distinguere i disoccupati-utenti del servizio in più gruppi, soprattutto in ragione del rischio di diventare/rimanere disoccupati di lunga durata<sup>1149</sup>.

Nell’esperienza e nella normativa tedesca, i meccanismi di *profiling* costituiscono, per esempio, la prima delle quattro fasi di un sofisticato modello di approccio personalizzato all’utenza (il cd. *4-Phasen-Modell*), a sua volta gestito da raffinati *software*<sup>1150</sup>.

In Italia il modello è ripreso nell’esperienza lombarda, nella quale si distinguono quattro diverse fasce di intervento, che identificano *target* di lavoratori a maggior rischio di esclusione dal mercato del lavoro, al fine di predisporre politiche di sostegno dei SPI mirate ed adeguate alle caratteristiche individuali dei disoccupati<sup>1151</sup>.

È evidente che si tratta di un’esperienza isolata nel panorama nazionale, che occorrerebbe “esportare” anche in altre Regioni e che, dunque, ripropone il problema di un allineamento dei servizi offerti ai cittadini-utenti-disoccupati ai più elevati *standard* presenti sul territorio nazionale.

È, dunque, auspicabile che l’atteso decreto sui SPI contenga anche qualche indicazione relativa alla «definizione del profilo personale di occupabilità» (come del «progetto personalizzato» alla cui adesione è condizionata la corresponsione dell’ASDI), nell’ottica di un’applicazione più coesa e territorialmente meno differenziata del c.r.

Va, infine, ricordato che il soggetto accreditato (presso il quale il disoccupato ha deciso di spendere la propria “dote”) ha diritto ad incassare il compenso «soltanto a risultato occupazionale ottenuto secondo quanto stabilito dal decreto legislativo di cui al comma 2» (art. 17, c. 5); anche la definizione normativa del “risultato occupazionale” è demandata al futuro decreto sui SPI.

<sup>1149</sup> SARTORI A., *op.cit.*, 237.

<sup>1150</sup> *Ibidem*. Sul cd. *4-Phasen-Model* tedesco - comprendente (1) *profiling* (definizione competenze cliente); (2) definizione obiettivi; (3) scelta strategia; (4) implementazione - v. SARTORI A., *op.cit.*, 237-38); cfr. pure GIUBILEO F., *La riforma dei centri per l’impiego*, cit.

<sup>1151</sup> MEZZANZANICA, MONTALETTI, RONZONI, VERZILLO, *Da politiche generaliste a politiche mirate: un modello per il ricollocaimento*, Arifl (*Newsletter*), novembre 2013.

La prestazione degli operatori accreditati è concepita come una prestazione di risultato, secondo un principio “*no cure – no pay*”: in mancanza del risultato, non sorge il diritto alla controprestazione finanziata dalla “dote”.

Il decreto prospetta, al riguardo, una soluzione diversa da quella adottata nelle prime sperimentazioni regionali, che prevedono la corresponsione di una quota parte della “dote” (il cui importo massimo è pari al venti per cento del suo valore complessivo) «indipendentemente dal risultato».

Il pagamento di una quota di compenso già al momento della stipulazione del contratto è, tuttavia, giustificata in presenza dell’*obbligo* dell’operatore accreditato di prendere in carico il disoccupato e, cioè, di stipulare il c.r.; vero e proprio obbligo a contrarre<sup>1152</sup>, previsto nella versione pre-intesa dell’art. 17<sup>1153</sup>.

In presenza di un simile obbligo, compensare l’operatore accreditato soltanto a risultato occupazionale ottenuto significherebbe non tener conto dei cosiddetti “costi di processo” (l’accoglienza, il colloquio iniziale, la sottoscrizione del contratto, la ricerca congiunta di lavoro, la predisposizione di programmi formativi, ecc...) sostenuti con soggetti “problematici” dal punto di vista della ricollocazione; soggetti con i quali il risultato occupazionale – e, dunque, il compenso – potrebbe non essere neppure conseguito.

La versione finale dell’art. 17 mette in campo una disciplina meno dirigistica rispetto alla precedente, garantendo piena libertà contrattuale sia al disoccupato che all’operatore accreditato<sup>1154</sup>. Poiché in assenza dell’obbligo di stipulare il c.r. gli operatori privati tenderanno a compiere delle scremature (preferendo lavoratori più facilmente ricollocabili), la previsione di erogare il compenso «soltanto a risultato occupazionale ottenuto» può rappresentare uno stimolo adeguato a “prendere in carico” e a restituire occupazione anche a soggetti molto problematici dal punto di vista del reinserimento lavorativo.

<sup>1152</sup> LIBERTINI M., SANFILIPPO M.P., *Obbligo a contrarre*, Dig. disc. priv. – sez. civ., IV ed., vol. XII, Utet, 1995, 480.

<sup>1153</sup> Nella precedente disposizione si attribuivano al lavoratore licenziato due diritti: il diritto di ricevere dal centro per l’impiego il *voucher* per la ricollocazione e il diritto a sottoscrivere il c.r. con l’agenzia, previa presentazione del *voucher*. A fronte di quest’ultimo diritto (che appariva come un vero e proprio diritto potestativo a costituire, previa presentazione del *voucher*, il rapporto obbligatorio) sembrava profilarsi un obbligo a contrarre degli operatori accreditati. L’opzione, pur essendo fortemente dirigistica, trovava riscontro nella presenza di diversi obblighi a contrarre previsti in altri settori dell’ordinamento: si pensi agli obblighi a contrarre dell’imprenditore monopolista, ex art. 2597 c.c., e a quelli delle compagnie assicurative operanti nel campo della Rc auto (BUZZACCHI L., SIRI M., *Gli effetti dell’obbligo a contrarre nel mercato Rc auto*, *Consumatori, diritti e mercato*, 2008, 112). Come nei casi appena richiamati, la previsione del diritto e dell’obbligo di stipulare il c.r. era sorretta dall’esigenza di tutelare un interesse economicamente e socialmente debole: l’interesse del *Jobseeker* alla ricollocazione. È anche vero che il mantenimento della precedente formulazione – e, in generale dell’obbligo a stipulare il c.r. – avrebbe posto diversi problemi. Per esempio: quali conseguenze avrebbe prodotto l’inadempimento dell’obbligo e, cioè, la mancata conclusione del c.r.? Come negli altri campi richiamati, l’agenzia che si fosse rifiutata di stipulare il c.r. sarebbe incorsa in responsabilità contrattuale, o extracontrattuale, e si sarebbe profilato un obbligo di risarcimento? Ed ancora: poteva immaginarsi l’uso di rimedi ulteriori rispetto a quello risarcitorio, per esempio, il ricorso alla sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. e, per quanto riguarda la tutela giudiziale, alla tutela cautelare d’urgenza? (su tali questioni, in relazione agli obblighi a contrarre, in generale, v. sempre LIBERTINI M., SANFILIPPO M.P., *op. cit.*, 509 ss.).

<sup>1154</sup> Anche per questo aspetto si realizza una imitazione significativa del modello tedesco dei *vouchers* per il collocamento. In Germania è, infatti, garantita la massima libertà delle parti: l’intermediario privato non è obbligato a stipulare il contratto di *placement* se non lo trovi, per esempio, conveniente perché i costi della ricollocazione sarebbero superiori ai profitti (SARTORI A., *op. cit.*, 251).

Il rischio delle attuali discipline regionali è viceversa quello di un finanziamento pubblico parzialmente incondizionato alle imprese del settore, non controbilanciato da una responsabile "presa in carico" dei soggetti con cui verranno stipulati i c.r.

Senza dimenticare, peraltro, che regole e modalità del compenso attengono a profili di disciplina del contratto che, come meglio si vedrà (§ 4), sono riservati al legislatore statale e non dovrebbero, dunque, poter subire modifiche in sede regionale.

### 3.3. Il finanziamento della "dote": il Fondo per le politiche attive.

L'*incipit* della disposizione che regola il c.r. riguarda il finanziamento delle "doti". Il c. 1 dell'art. 17 non istituisce un esplicito nesso fra il *Fondo per le politiche attive del lavoro* ed il finanziamento del c.r., ma è evidente che sarà il FPA a finanziare il c.r. assieme agli (eventuali ma, di fatto, necessari) strumenti di finanziamento regionali.

È chiaro che il previsto ampliamento della platea dei destinatari dovrà fare i conti con la scarsità di risorse, come evidenziava anche la nota tecnica predisposta dal Dipartimento della ragioneria generale dello Stato depositata presso la Commissione Bilancio nel corso dell'esame del decreto al Senato<sup>1155</sup>.

Al FPA sono destinati, infatti, i limitati stanziamenti indicati (per l'anno 2015) dal comma 1 dell'art. 17; disposizione che integra quanto previsto, in generale, dalla legge di stabilità per il 2014<sup>1156</sup> e dal decreto ministeriale istitutivo del FPA<sup>1157</sup>. Esclusivamente per l'anno 2015 l'art. 17 prevede risorse aggiuntive in misura pari a 32 milioni di euro (derivanti dall'utilizzo del gettito relativo al contributo a carico dei datori di lavoro per i casi di interruzione del rapporto e ai sensi della legge 92/2012: art. 2, c. 31). Poco più di una briciola se si considera che, per l'anno 2014, la disponibilità complessiva del Fondo sociale per l'occupazione e formazione – che provvede al finanziamento degli ammortizzatori in deroga - ammontava a più di due miliardi e mezzo di euro<sup>1158</sup>.

È previsto, d'altra parte, che «*all'eventuale estensione del rifinanziamento del fondo (...) per gli anni successivi al 2015*» si provvederà con «*quota parte delle risorse derivanti dai decreti legislativi attuativi*» degli ulteriori criteri di delega previsti dalla l. n. 183/2014 (art. 17, u.c.): anche il problema delle risorse destinate alla ricollocazione è, dunque, rinviato al futuro decreto sui SPI.

È certamente per tali motivi che - nella formulazione definitiva della norma sul c.r. - si prevede che le Regioni possano non solo «attuare» (*rectius*: disciplinare) il c.r., ma che, «nell'ambito della

<sup>1155</sup> Cfr. il Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.G. n. 135 "Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati" – gennaio 2015.

<sup>1156</sup> Art. 1, c. 215, l. n. 147/2013.

<sup>1157</sup> Il FPA, previsto dall'articolo 1, comma 215, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, è stato istituito, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con d.m. 14 11 2014. Oltre a prevedere la dotazione finanziaria del fondo relativamente agli anni 2014, 2015 e 2016 (in misura pari a 15 milioni di euro: art. 1), il d.m. ha regolato le modalità di accesso delle Regioni e Province Autonome di Trento e di Bolzano alle risorse del Fondo tramite presentazione al Ministero di domanda di contributo secondo lo schema allegato al d.m.

<sup>1158</sup> VALENTE L., *op. cit.*, 2318. Nella fase della formulazione dell'art. 17 limitativa del c.r. ai lavoratori licenziati per motivi economici si era, ad esempio, calcolato che con *voucher* medio ipotetico di 1.500 euro il c.r. avrebbe potuto riguardare, con le risorse del FPA, poco più di 26.000 lavoratori (OLIVERI L., *op. cit.*).

*programmazione delle politiche attive del lavoro, ai sensi dell'art. 1 comma 4 lett. u della legge 10 dicembre 2014 n. 183», possano anche finanziarlo.*

Il rinvio alle Regioni non riguarda, dunque, il solo finanziamento del c.r., ma anche la disciplina del contratto, già anticipata da alcune Regioni prima della delega e alla quale è immaginabile che anche altre daranno presto seguito.

#### **4. Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro: la partita fra Stato e Regioni resta aperta.**

Si giunge con ciò a un punto critico della disciplina del c.r. e, in generale, della riforma, al quale è possibile, in questa sede, dedicare solo qualche riga: l'assetto delle competenze Stato-Regioni in materia di organizzazione del mercato del lavoro, SPI e politiche attive<sup>1159</sup>.

È un terreno su cui si sta giocando una partita istituzionale accesa fra Stato e Regioni<sup>1160</sup>, come dimostrano una serie di passaggi legati all'approvazione della l. n. 183/2014 e ai suoi decreti attuativi.

Tra il testo di delega iniziale, quello suggerito dalla Conferenza e quello approvato in via definitiva dal Parlamento vi sono differenze che sbilanciano ora a favore dello Stato, ora a favore delle Regioni, l'assetto dei poteri e delle competenze in materia di organizzazione dei SPI e politiche attive.

Basti ricordare che le proposte di modifica del d.d.l. n. 1428 (AS n. 1428 del 2014) avanzate dalla Conferenza Stato-Regioni<sup>1161</sup> prevedevano il «mantenimento e l'attribuzione in capo alle Regioni e Province autonome delle competenze in materia di programmazione, *organizzazione e gestione* delle politiche attive del lavoro<sup>1162</sup>», mentre i principi e criteri direttivi della delega si sono limitati a prevedere il mantenimento in capo alle Regioni e alle Province autonome delle competenze in materia di «*programmazione* di politiche attive del lavoro» (art. 1, c. 3, lett. u), con un'evidente sottrazione alle Regioni degli aspetti organizzativi e gestionali. Basti pensare ancora che, secondo le proposte della Conferenza, la previsione dell'Agenzia Nazionale per l'Occupazione avrebbe dovuto affiancarsi all'espressa menzione di «Agenzie regionali, istituite dalle Regioni»<sup>1163</sup>.

<sup>1159</sup> Sul riparto di competenze Stato-Regioni nei diversi ambiti materiali rilevanti per il diritto del lavoro v., fra gli innumerevoli contributi, per tutti, TROISI A., *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013.

<sup>1160</sup> Sullo scontro istituzionale apertosi all'indomani della riforma del mercato del lavoro del 2003 (l. n. 30/2003 e d. lgs. n. 276/2003) e sulla mediazione della Corte costituzionale v. CARUSO B., ALAIMO A., *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, RIDL, 2007, II, 569.

<sup>1161</sup> Conferenza delle Regioni e della Province autonome 14/057/CU4/C9 – Parere sul Disegno di legge delega al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione (A.S. 1428).

<sup>1162</sup> Ma anche «della cooperazione territoriale tra i servizi pubblici e i servizi privati, collocamento e incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro e attuazione degli interventi in materia di occupazione nei confronti dei cittadini» (proposta di modifica dell'art. 2, lett. d).

<sup>1163</sup> Dotate, secondo la proposta della Conferenza, di «competenze in materia di organizzazione e gestione dei servizi per il lavoro e degli interventi sul territorio, in un'ottica di collaborazione tra pubblico e privato, con riunificazione nel sistema regionale dei servizi delle funzioni autorizzatorie in materia di prestazioni di disoccupazione e delle competenze in materia di politiche attive, ferma restando la facoltà per le Regioni di adottare proprie soluzioni organizzative».

Diversamente da quanto accaduto rispetto al c.r., le suggerite modifiche alla legge delega non sono state accolte dal legislatore nazionale.

La riscrittura in senso regionalista della norma sul c.r., ottenuta proprio “in calcio d’angolo” dalla Conferenza Stato-Regioni del 12 febbraio 2015, sembra aver operato, dunque, un contrappeso alle mancate modifiche alla l. n. 183/2014.

Ma la partita rimarrà ancora aperta, almeno sino all’approvazione del d.d.l. costituzionale n. 1429 B<sup>1164</sup> - che dovrebbe modificare, fra l’altro, il Titolo V (e dunque l’art. 117) della Costituzione - e sino all’attuazione della delega sui SPI, che richiederà la *previa intesa in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni*<sup>1165</sup>.

Vale la pena di ricordare che, a Costituzione invariata, Stato e Regioni mantengono una competenza concorrente in materia di organizzazione del mercato del lavoro (*rectius*: di «tutela e sicurezza del lavoro»), con lo Stato competente a fissare principi e regole generali e le Regioni competenti ad adottare norme ulteriori, di specificazione e dettaglio, nel rispetto della cornice di principi statali.

La materia dell’ordinamento civile e, dunque, dei contratti, è (e rimarrà) di competenza esclusiva dello Stato.

Per tale ragione, sarebbe stato già opportuno che il decreto nazionale definisse gli elementi essenziali dello schema contrattuale, adottando una disciplina dai contorni più definiti, che consentisse alle Regioni di muoversi in modo uniforme. L’art. 17 non individua, invece, con precisione né i soggetti erogatori del servizio di ricollocazione, né, in generale, le parti contraenti (il contratto è bilaterale, fra il disoccupato e l’operatore accreditato, o trilaterale, tra il disoccupato, l’operatore accreditato e il centro per l’impiego?). Il compromesso di disciplina raggiunto con le Regioni non trova ad oggi riscontro nell’impostazione di politica costituzionale che accompagna il testo dell’art. 117 Cost. nella versione del d.d.l. n. 1429 B modificata dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera e approvata il 10 marzo 2015.

In tale ultimo testo, non solo l’ordinamento civile (e dunque la materia contrattuale) rimane in capo allo Stato, ma la «tutela e sicurezza del lavoro», unita alle (ora espressamente menzionate) «politiche attive del lavoro» transita nell’area della competenza esclusiva (o “propria”) dello Stato<sup>1166</sup>, con una conseguente esigenza di maggiore definizione legislativa dei vari istituti rientranti in quegli ambiti.

<sup>1164</sup> D.d.l. costituzionale (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione*) presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi,) comunicato alla Presidenza l’8 aprile 2014 e approvato alla Camera il 10 marzo 2015.

<sup>1165</sup> Art. 1, c. 3, l. n. 183/2014. Anche a tal proposito, il testo definitivo della l. n. 183/2014 non ha accolto la proposta della Conferenza di non poter prescindere dall’Intesa, prevedendo, al fine di superare eventuali stalli del decreto in Conferenza, che «in mancanza dell’intesa (...) il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata (...)»

<sup>1166</sup> La lett. o) del proposto art. 117 Cost. assegnerebbe, infatti, alla competenza esclusiva dello Stato «*previdenza sociale, ivi compresa la previdenza complementare e integrativa; tutela e sicurezza del lavoro; politiche attive del lavoro; disposizioni generali e comuni sull’istruzione e formazione professionale*». Sul d.d.l. v. BARBERA A., *Note sul Disegno di legge costituzionale n. 1429 (Riforma del bicameralismo e del Titolo V)*. Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato – Seduta del 27 maggio 2014, *Forum di*

È vero che, secondo il d.d.l. n. 1429 B (nuovo art. 117, c. 6), lo Stato dovrebbe avere la possibilità di delegare alle Regioni l'esercizio della funzione legislativa in materie o funzioni di propria competenza esclusiva, «anche su richiesta delle stesse e per un tempo limitato, previa intesa con le Regioni interessate»<sup>1167</sup>, ma è anche vero che, in materia di organizzazione del mercato del lavoro e politiche attive ciò riguarderà, verosimilmente, le Regioni più virtuose in questi ambiti.

Al cospetto di un quadro politico-costituzionale ancora incerto, in un campo di gioco in cui è aperta la partita istituzionale Stato-Regioni e non è ancora chiaro il modello organizzativo di SPI che verrà adottato (le Province scompaiono e i centri per l'impiego dovrebbero passare alle Regioni), è vero che il c.r. rischia di perdersi, per mancanza di una regia forte che ne curi l'attuazione<sup>1168</sup>.

Anche l'art. 17 del d. lgs. n. 22/2015 è una promessa, di cui bisognerà tener memoria nell'emanando decreto sui SPI, per rendere effettiva l'applicazione della normativa e perché le promesse sono promesse, mentre solo ciò che viene mantenuto diventa realtà.

---

*Quaderni costituzionale* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)); OLIVETTI M., *Alcune osservazioni sulla riforma del Senato e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale n. 1429, approvato dal Senato l'8 agosto 2014*, [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/12/Olivetti\\_Riforma-Senato-e-Titolo-V.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/12/Olivetti_Riforma-Senato-e-Titolo-V.pdf).

<sup>1167</sup> Art. 26, c. 3, d.d.l. 1429 B.

<sup>1168</sup> FALASCA G., *L'analisi - Le trappole sulla strada del contratto di ricollocazione, Il sole 24 ore*, 23 febbraio 2015.

## Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio\*

Luigi de Angelis

1. L'inapplicabilità del <i>rito Fornero</i> ai contratti a tutele crescenti e la duplicità dei riti in materia di impugnazione dei licenziamenti.	375
1.1. La (non piana) ragione sistematica di tale inapplicabilità.	376
2. Duplicità dei riti e licenziamenti collettivi.	378
3. Le discriminazioni: pluralità dei procedimenti.	378
3.1. Onere della prova e altre misure processuali delle discriminazioni per le quali sono dettate specifiche regole di rito.	380
3.2. I licenziamenti discriminatori <i>altri</i> e i licenziamenti nulli.	380
4. L'onere della prova relativo ai licenziamenti orali.	382
5. L'onere della prova per i licenziamenti disciplinari.	382
6. La prova in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento collettivo.	384
7. Il rapporto privatizzato dei dipendenti delle p.a. ed il rito Fornero.	384
8. Conclusioni critiche sulla <i>Babele processuale</i> .	385

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 250/2015

## 1. L'inapplicabilità del rito *Fornero* ai contratti a tutele crescenti e la duplicità dei riti in materia di impugnazione dei licenziamenti.

Che il processo dei licenziamenti previsto dalla l. n. 92/2012 non abbia dato buoni frutti è opinione generalizzata, tanto da farne proporre da più parti l'eliminazione.<sup>1169</sup> Potrebbe sembrare che ciò si sia realizzato, per i soli contratti di lavoro subordinato successivi all'entrata in vigore, il 7 marzo 2015, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (c.d. contratti a tutele crescenti),<sup>1170</sup> con l'art. 11 del decreto stesso, per il quale <<ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012>>. In realtà può ben sostenersi non trattarsi di abrogazione né di deroga visto che ai sensi dell'art. 1, commi 48 e 47, l. n. 92 cit. il processo speciale del 2012 si applica ai licenziamenti soggetti all'art. 18 l. n. 300/1970 e successive modificazioni, mentre la disciplina del 2015 non tocca tale disposizione contenendone una nuova, autonoma ed avulsa da quella. Per cui l'art. 11 cit. sarebbe superfluo e i licenziamenti relativi ai nuovi contratti sarebbero *de plano* processualmente regolati dal rito previsto per tutte le controversie di lavoro di cui agli artt. 409 ss. c.p.c. (v., però, *infra*, quanto ai riti delle discriminazioni).

Se però non vuole privarsi di utilità la disposizione, come penso un giurista debba sempre tentare di fare, si deve ritenere che con essa si sia voluto evitare una lettura estensiva dell'art. 1, comma 47 cit., per la quale vanno incluse nell'ambito soggetto alla disposizione stessa anche modificazioni che comunque toccano la disciplina delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi già coperte dall'art. 18 pur se dalla tecnica di formulazione poste al di fuori dell'infuocata disposizione statutaria.

In questo caso, però, va subito notata la mancanza di delega in punto, con il relativo problema di costituzionalità in riferimento all'art. 76 cost., tanto più acuto in ragione dell'appartenenza al diritto pubblico della disciplina incisa. Né pare che in una situazione siffatta di assoluta carenza possa soccorrere la generosità dimostrata più volte dalla corte costituzionale nell'indicare i criteri di valutazione delle tensioni di altri interventi normativi delegati con le rispettive leggi di delegazione.<sup>1171</sup> Infatti, se, a tal fine, i rilievi sistematici di cui al successivo paragrafo appaiono in linea con le linee generali della delega, essi sono piuttosto malfermi nella rappresentazione <<dell'ordinario sviluppo e, se del caso, del completamento delle scelte del legislatore delegante>> cui fa riferimento il giudice delle leggi nella sua pur comprensiva lettura dei rapporti tra legge delegante e decreto delegato.

Altro è, ovviamente, che si tratti di disciplina che non lascia rimpianti se non per non essere stata abrogata *tout court*, in specie a chi, come lo scrivente, ne è stato particolarmente critico sin da

<sup>1169</sup> Cfr. la proposta elaborata congiuntamente dall' Agi (Avvocati giuslavoristi italiani) e dall' Anm (Associazione nazionale magistrati), in *Associazione magistrati.it*. In proposito v. *Il sole24ore*, 23 aprile 2014 *Avvocati e giudici contro il rito Fornero*, a firma di V. MELIS. In dottrina, da ult. D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Judicium.it*, 2015, p. 5, per il quale, però, per le cause aventi ad oggetto la reintegra andrebbe comunque creata una corsia preferenziale.

<sup>1170</sup> Sul non dar luogo, il contratto a tutele crescenti, ad una nuova tipologia contrattuale e sulla sostanziale differenza con quanto emerso dalle prime discussioni sul *Jobs Act*, con l'originario intento del Governo e con l'idea del contratto unico formulata da T. Boeri e P. Garibaldi cfr., tra gli altri, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *unct.it*, WP M. D' Antona, 2015, n. 246, p. 2 ss., anche riferimenti alle note 1, 2, 4.

<sup>1171</sup> Cfr., tra le altre, Corte cost., 24 giugno 2010, n. 230, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 576.

prima della sua introduzione.<sup>1172</sup> L'indicata inapplicabilità, peraltro, presenta aspetti problematici di rilievo, lo si vedrà, soprattutto, ma non solo, per le controversie inerenti i licenziamenti collettivi, che si aggiungono ai problemi numerosi e complicati che l'ormai famigerato *rito Fornero* ha posto e porrà.<sup>1173</sup> Infatti, questo rito continuerà ad applicarsi sì ad esaurimento<sup>1174</sup> ma per un tempo imprecisato che potrà essere anche lunghissimo se non interverranno ulteriori modifiche processuali: si pensi alla controversia sul licenziamento di un dipendente assunto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. e per sua fortuna licenziato tra molti anni.

### 1.1. La (non piana) ragione sistematica di tale inapplicabilità.

L'inapplicabilità di cui si è detto sembrerebbe non derivare solo dalle difficoltà notevoli che il processo dei licenziamenti del 2012 ha creato e dalla giustificata reazione di rigetto di studiosi ed operatori. Si può infatti pensare anche ad una ragione sistematica cui avrebbe dato peso un legislatore certo tecnicamente più avvertito – è opinione già espressa da altri<sup>1175</sup> del precedente: se il nuovo rito era finalizzato alla tutela reale, la sua necessità è stata ridimensionata dall'essere ormai appunto la tutela reale incontestabilmente ridotta ad eccezione<sup>1176</sup> nel sistema dei licenziamenti (v. art. 3, commi 1 e 2 d.lgs. n. 23/2015 cit.: <<Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo....>>, e, rispettivamente, <<Esclusivamente nelle ipotesi.....>>), come invece era incerto con la l. n. 92/2012.<sup>1177</sup> Senza dire che il d.lgs. ha compreso in sé, sempre con riguardo ai contratti *nuovi*, anche la tutela obbligatoria tradizionale, quella di cui all'art. 8 l. n. 604/1966.

Non è del tutto vero che la disciplina del 2012 si riferisse alla sola stabilità reale (v. *infra*), ma a questo punto è utile ripercorrere come si sia arrivato al *rito Fornero*.

Già da alcuni anni prima gli interventi normativi sul processo, anche del lavoro, tutti in astratto improntati ad una maggiore efficienza, si erano caratterizzati per una logica accentuatamente economicistica, nel senso di essere protesi, piuttosto che verso l'assicurazione, appunto attraverso l'efficienza, dell'effettività dei diritti, soprattutto verso la prevedibilità e la rapida conoscenza degli esiti giudiziari al fine di non scoraggiare o stimolare gli investimenti specie da parte degli operatori economici stranieri e quindi di favorire la ripresa dell'occupazione, quest'ultima messa in ginocchio dalla grave e lunga crisi economica.<sup>1178</sup>

<sup>1172</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII congresso nazionale di diritto del lavoro dell'Aidlass (Pisa, 7-9 giugno 2012), Giuffrè, Milano, p. 293 ss.

<sup>1173</sup> In proposito è sufficiente richiamare le rassegne di D. DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, p. 153 ss., e *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 397 ss.; altresì M. BIASI, *Il c.d. "Rito Fornero" nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, p. 1449; da ult., A.D. DE SANTIS, *Errore sul rito, inammissibilità dell'impugnativa del licenziamento e impedimento della decadenza*, nota a Trib. Firenze 7 ottobre 2014, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II.

<sup>1174</sup> G. PROIA, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 62.

<sup>1175</sup> Cfr. A. MARESCA, intervento a *I decreti attuativi del Jobs Act: il contratto di lavoro a tutele crescenti*, seminario organizzato da Unioncamere, Freccia rossa, Universitas mercatorum (Roma, 15 gennaio 2015), testo ascoltabile in [www.unimercatorum.it](http://www.unimercatorum.it).

<sup>1176</sup> Tra gli altri cfr. M. MAGNANI, C. PONTERIO, A. PERULLI, V. SPEZIALE, interventi al seminario *I decreti attuativi*, cit.

<sup>1177</sup> V., infatti, F. SCARPELLI, in AA. VV., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, supp. al n. 12, p. 82.

<sup>1178</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in L. CORAZZA, L. NOGLER, (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, p. 906. Sul tema in una prospettiva più ampia cfr. R. CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 10 ss.

Appunto per il processo del lavoro ciò è particolarmente marcato sin dal 2008. A siffatta tendenza non sfugge – ed anzi l'accentua<sup>1179</sup> – la l. n. 92/2012, che al suo esordio (art. 1, comma 1) colloca tra le << misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione” che intende introdurre, l'adeguamento alle esigenze del mutato contesto di riferimento della disciplina del licenziamento, “con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie>>. Era infatti opinione diffusa<sup>1180</sup> come la crisi del processo del lavoro, e cioè la sua lunga durata, avesse aggravato, rendendoli spesso insopportabili per un datore di lavoro nel vortice della crisi dell'economia, i costi dell'applicazione dell'art. 18 tanto più allorquando la pronuncia demolitoria del licenziamento avvenisse a seguito di sentenza resa in appello o in cassazione o in giudizio di rinvio e successivi. Opinione, questa, per il vero legata ad un meccanismo, quello della tutela reale, che il ridimensionamento di essa operato già dalla riforma del 2012 avrebbe dovuto in larghissima parte far rivalutare,<sup>1181</sup> anche alla luce dell'introduzione del termine di decadenza giudiziale di duecentosettanta giorni, in aggiunta a quello stragiudiziale di sessanta giorni, attuata dall'art. 32 l. n. 183/2010, e poi successivamente accorciato, dall'art. 1, comma 11, lett. a), l. n. 92/2012, a centottanta giorni.

Che alla base dell'introduzione del nuovo procedimento, caratterizzato da informalità e speditezza e munito di corsia preferenziale, fosse secondaria rispetto a quella sopra tratteggiata l'esigenza di proteggere più incisivamente chi avesse perso il posto di lavoro (non per propria iniziativa), è confermato<sup>1182</sup> dal fatto che del procedimento medesimo non potesse giovare chi reclamasse il posto invocando alla scadenza di contratto a tempo determinato l'illegittimità dell'apposizione del termine, e, per muoversi nel solo ambito dei licenziamenti, chi, appunto licenziato, usufruisse della tutela ex art. 8 l. n. 604/1966 e non di quella ex art. 18, della quale poteva peraltro godere anche chi invocasse in giudizio il regime di stabilità obbligatoria rimpolpata (nella forma forte o in quella dimidiata).<sup>1183</sup>

Ora – e ritorno a quanto dicevo prima circa la ragione sistematica della non applicabilità del rito speciale – la collocazione della conseguenza della reintegrazione tra le eccezioni e di fatto la sua marginalizzazione conferisce all'art. 11 cit. una spiegazione di tipo sistematico, pur se con qualche contraddizione data dal fatto che, come si è appena detto, il *rito Fornero* riguarda anche le do-

<sup>1179</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, p. 695 ss.

<sup>1180</sup> Cfr., ad es. gli interventi di A. VALLEBONA, M.V. BALLESTRERO e, soprattutto, di G. SUPPIEJ, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro dell'Aidlass (Venezia, 25-26 maggio 2007), Giuffrè, 2008, p. 287 ss. e, rispettivamente, 308 e 310.

<sup>1181</sup> Spunto in tal senso in S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Argomenti dir. lav.* 2012, p. 537.

<sup>1182</sup> Cfr. L. de ANGELIS, *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo*, cit., p. 695 ss.

<sup>1183</sup> Per stare al lessico adoperato da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, p. 551 ss.; EAD., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto de lavoro al tempo della crisi*, Atti cit., p. 197 ss.

mande volte a far valere la tutela obbligatoria del novellato art. 18, e che ora di esso non usufruisce chi invochi un' ipotesi eccezionale di tutela reale.<sup>1184</sup> Ed analoga spiegazione può essere fornita con l'inapplicabilità, sempre per i contratti stipulati dal 7 marzo 2015, del tentativo obbligatorio pregiudiziale per il licenziamento determinato da giustificato motivo oggettivo,<sup>1185</sup> qui sostituita da un istituto, quello dell'offerta di conciliazione,<sup>1186</sup> i cui aspetti monetari sono ulteriormente accentuati anche attraverso il sostegno fiscale (art. 6 d.lgs. cit.).

## 2. Duplicità dei riti e licenziamenti collettivi.

La non applicazione del rito speciale ai licenziamenti relativi ai nuovi contratti, sia o meno sistematicamente corretta, porta con sé, lo si accennava in precedenza, delicati profili critici innanzitutto nelle vicende collettive riguardanti licenziamenti coinvolgenti ad un tempo lavoratori assunti prima e dopo il d.lgs. Solo per fare un esempio, si pensi all'impugnazione giudiziale per violazione dei criteri di scelta da parte di più lavoratori vecchi e nuovi e quindi soggetti a regime processuale differente, per decidere la quale è all'evidenza più che opportuna una uniformità di regole processuali e di *corsie* e la trattazione unitaria di controversie promosse avanti lo stesso giudice: basti pensare alla necessità della valutazione dei criteri delle esigenze dell'impresa, dell'anzianità e del carico di famiglia rispetto ai quali i lavoratori assunti prima e dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, ma interessati dalla medesima operazione riduttiva del personale, sono in conflitto da di loro. Ebbene, la diversità di rito e la nota mancanza di regolamentazione al riguardo della connessione di questioni impedisce il *simultaneus processus*,<sup>1187</sup> con ciò facendo insorgere dubbio di costituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza.

## 3. Le discriminazioni: pluralità dei procedimenti.

L'inapplicabilità del *rito Fornero* ai licenziamenti di lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti fa sì che per costoro non si ponga la questione della compatibilità della disciplina processuale delle discriminazioni di cui all'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 150/2011 con quella di cui alla l. n. 92/2012 e con quella di cui agli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006; questione sorta a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 92 stessa, ed a mio avviso condivisibilmente risolvibile in senso affermativo.<sup>1188</sup> Si deve pertanto ritenere, nel caso di discriminazione riguardante lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, che sia lasciata all'attore la scelta di utilizzare, oltre che il rito della l. n. 533/1973, il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. (cui l'art. 28, comma 3 cit. rinvia) ed il procedimento previsto dagli artt. 36 cit., ovvero il rito previsto dalla l. n.

<sup>1184</sup> Spunti in D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 4.

<sup>1185</sup> Cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1186</sup> Per il quale cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 5 ss.; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *unict.it*, WP M. D'Antona, 2015, n. 245, p. 8 ss.

<sup>1187</sup> Cfr., ad es., Cass., 6 dicembre 2006, n. 26158, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 268.

<sup>1188</sup> Cfr., da ult., E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela processuale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 82 ss., anche per i profili inerenti le azioni contro le discriminazioni collettive.

92 cit.,<sup>1189</sup> con notevoli differenze anche in punto competenza territoriale, *jus postulandi*, impugnazione, e altro (v. *infra*). Questo, però, non sembra incidere sull'alleggerimento del carico probatorio del lavoratore e sulla sanzione risarcitoria<sup>1190</sup> (v., ancora, *infra*).

Va poi considerato che, accogliendo i rilievi espressi nel parere reso dalla XI commissione permanente del Senato<sup>1191</sup> sullo schema del Governo (atto n. 134) che faceva generico riferimento al licenziamento discriminatorio tra i casi residuali di tutela reale forte, si è nel decreto legislativo precisato che la discriminatorietà vada individuata <<a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni>>.<sup>1192</sup> Il decreto legislativo si è così conformato *in parte qua* al testo dell'analogia disposizione della l. n.92 cit., ma con l'aggiunta delle <<successive modificazioni>>.

In tal modo si è evitato che in materia di licenziamento si potesse pensare, specie nella contrapposizione con l'enunciato del 2012 (art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012), che operasse in materia di licenziamento il principio di parità di trattamento, e soltanto per i *nuovi* assunti. Ciò per non essere la discriminazione vietata ancorata a specifiche ragioni, come è anche secondo la normativa eurounitaria,<sup>1193</sup> pur se questa mostra una tendenza all'allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria.<sup>1194</sup>

Si deve ritenere che nell'area del licenziamento discriminatorio in questione non rientri il licenziamento per ritorsione e in genere il licenziamento per motivo illecito, in passato dalla giurisprudenza ricondotti sotto la protezione della tutela antidiscriminatoria (v. *infra*).<sup>1195</sup>

Per il licenziamento discriminatorio sono quindi contemplati vari procedimenti:

per i nuovi assunti, in alternativa al rito della l. n. 533 del 1973, quello di cui all'art. 28 cit. riguardante i licenziamenti per le sole ragioni contemplate dal comma 1 dell'art. 28 stesso, e quello speciale previsto per le discriminazioni di genere dagli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006, mentre, per le altre ragioni, il procedimento di cui agli artt. 409 ss. c.p.c.,<sup>1196</sup> e quello speciale previsto per le discriminazioni di genere dagli artt. 36 ss. d.lgs. n. 198/2006;

<sup>1189</sup> Sulla diversità di regole procedurali in materia di discriminazioni cfr., da ult., R. SANTAGATA de CASTRO, R. SANTUCCI, *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto*, in *Dir. lav. mercati*, 2014, p. 356.

<sup>1190</sup> Che di sanzione si tratti si evince dal comma 6 dell'art. 28.

<sup>1191</sup> Nel parere, che può leggersi in allegato al resoconto della seduta dell' 11 febbraio 2015 (in [www.senato.it](http://www.senato.it)), la XI commissione, constatata la mancanza di un riferimento espresso alle fattispecie di licenziamento discriminatorio previste dall'ordinamento, ha sottolineato l'opportunità di <<definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo (con ripresa, senza variazioni, dell'elenco di criteri di differenziazione vietati contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei Lavoratori) e specificare se esistono casi di nullità sottratti al regime descritto>>.

<sup>1192</sup> Che a sua volta rimanda ai casi di cui agli art. 4 l. n. 604/1966 e 15 l. n. 300/1970 come modificato dall'art. 13 l. n. 903/1977. Quindi: ragioni determinate da credo politico o fede religiosa, appartenenza ad un sindacato o partecipazione ad attività sindacali; adesione o non adesione ad una associazione sindacale o cessazione di farne parte, affiliazione o attività sindacale ovvero partecipazione a uno sciopero; discriminazione religiosa, politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso.

<sup>1193</sup> Cfr., da ult., E. TARQUINI, *op. cit.*, p. 19 ss.

<sup>1194</sup> Cfr. M. BARBERA, *op. cit.*, p. XXXII.

<sup>1195</sup> Cfr., tra le altre, Cass., 1 dicembre 2010, n. 24347, in *Mass. Foro it.*, 2010, 1048.

<sup>1196</sup> Motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 44 d.lgs. n. 286/1998); motivi di razza o etnici (art. 4 d.lgs. n. 215/2003); motivi di handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni personali (art. 4 d.lgs. n. 216/2003).

per i vecchi assunti, i riti speciali e il rito della l. n. 533 del 1973 predetti e quello *Fornero*, i primi sempre riguardante i licenziamenti per le sole ragioni contemplate da essi, il terzo, che per l'orientamento dominante è obbligatorio e anche per il datore di lavoro, riguardante un ambito leggermente diverso (ad esempio, non sono previste le ragioni di nazionalità e di handicap, ed è previsto il motivo di sesso).

### 3.1. Onere della prova e altre misure processuali delle discriminazioni per le quali sono dettate specifiche regole di rito.

La natura sostanziale dell'alleggerimento dell'onere della prova per le (sole) discriminazioni nominate – si rammenta che non a caso la disciplina generale sull'onere della prova è contenuta nel codice civile (art. 2697), che ammette anche la stipulazione di patti diretti a modificarlo<sup>1197</sup> e nella cui relazione, al n. 6, 5° capoverso, si legge di <<norme apparentemente processuali>><sup>1198</sup> – induce a ritenere che tale misura operi anche quando il rito utilizzato sia stato altro.<sup>1199</sup> Non vi è del resto ragione per legare al tipo di procedimento una misura la cui logica è piuttosto correlata dal diritto dell'Unione europea alle posizioni giuridiche tutelate (v. art. 8 direttiva 2000/43, art. 10 direttiva quadro 2000/78; altresì Corte giust. CE, 27 ottobre 1993, n. 127/92; 17 ottobre 1989, n. 109/88).<sup>1200</sup>

Lo stesso è per la peculiare sanzione risarcitoria prevista dall'art. 28, comma 5 d.lgs. n. 150/2011 e dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 198/2006, pur se l'enunciato normativo fa riferimento all'ordinanza e, rispettivamente, al decreto, ma ciò, quanto al primo, perché è appunto l'ordinanza che definisce in primo grado il procedimento e che è poi appellabile (e il giudice d'appello decide con sentenza che ovviamente potrà contenere la statuizione risarcitoria). Quanto al secondo, perché il d.lgs. n. 198 cit. considera la sanzione già nella fase sommaria; sanzione che però potrà essere inflitta anche nella fase d'opposizione e in grado d'appello, che si chiudono entrambe con sentenza.

Diverso è invece circa alcune misure processuali quali l'adozione del piano di rimozione delle discriminazioni collettive, e, forse, dell'ordine di pubblicazione, che sembrano strettamente legate alla disciplina processuale delle discriminazioni di genere e – oppure o - al rito sommario unificato del 2011.

### 3.2. I licenziamenti discriminatori *altri* e i licenziamenti nulli.

Quanto detto sopra sull'alleggerimento dell'onere della prova attutisce, per i licenziamenti discriminatori, le difficoltà per il lavoratore di dimostrare una ragione siffatta. Ciò non vale, però, non solo con riguardo ai licenziamenti discriminatori non contemplati dalle disposizioni suddette, ma

<sup>1197</sup> In punto si fanno proprie le considerazioni di S. PATTI, *Prove Disposizioni generali*, in *Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-II foro italiano, Bologna, Roma, 1988, p. 46 ss., spec. 48-49. A tale contributo, sempre p. 46 ss., si rinvia per efficace sintesi del tradizionale dibattito in argomento, <<in verità sopito negli ultimi anni>> come *ivi* evidenziato.

<sup>1198</sup> Al riguardo cfr. già L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIX, 1, Utet, Torino, 1985, p. 169.

<sup>1199</sup> Spunto in D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>1200</sup> Rispettivamente in *Mass. Giur. lav.*, 1994, p. 363, con nota di R. FOGLIA, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la corte di giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, e in *Dir. lav.*, 1990, II, p. 286, con nota di R. FOGLIA, *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della corte di giustizia-Cee*.

anche per un'altra ipotesi per la quale il l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede la tutela reale forte, quella del licenziamento <<riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge>>. A quest' ultimo proposto si deve sottolineare che l'inclusione nel testo dell'avverbio <espressamente> fa ritenere che siano compresi nell'ambito di previsione normativa i soli casi in cui la conseguenza della nullità sia specificamente indicata negli enunciati normativi. Non è infatti condivisibile la diversa tesi<sup>1201</sup> per la quale sarebbero soggette al disposto tutte le ipotesi di contrarietà a norme imperative in quanto anche l'art. 1418 c.c. contempla per esse, espressamente, la nullità. La tesi non è convincente non solo e non tanto perché toglie ogni significato all'inclusione dell'avverbio, ma anche perché la nuova formulazione si contrappone alla precedente il cui testo, *in parte qua* analogo, l'avverbio non prevedeva. Vi è piuttosto un problema di compatibilità con la delega, che non distingue tra i licenziamenti nulli nel prevedere la conseguenza della reintegrazione.

Analoghe considerazioni valgono per il licenziamento per ragioni discriminatorie non nominate o per quello per ritorsione o determinato da motivi illeciti, per i quali, come si è prima accennato, non sembrano applicabili i precedenti approdi giurisprudenziali. Questo non tanto perché nel testo manca il richiamo dell'art. 1345 c.c. in patente contrapposizione con il testo precedente dell'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012,<sup>1202</sup> quanto perché è contraddittorio che il microsistema della materia escluda la tutela reale per i licenziamenti nulli *ex art.* 1418 c.c. e la riconosca, *ultra textum*, per quelli in questione.

L'inapplicabilità delle regole della tutela reale, però, non significa che sul piano sistematico più generale venga a crearsi un'intollerabile aporia: una nullità, quella pure generalissima che deriva dalla violazione di norma imperativa o da ragioni diverse da quelle per cui essa è espressamente prevista, che non è tale, nel senso che non esprima la mancata produzione di effetto negoziale e finale propria dell'atto cui si riferisce (*v.*, però, *infra*).

Ciò significa invece che a tali ipotesi si applichi il diritto *primo*, il diritto civile dei contratti (e degli atti unilaterali); *id est*, si producono le conseguenze di diritto comune,<sup>1203</sup> le quali possono ritenersi compatibili con la delega dando al termine <<reintegrazione>> in essa contenuto un'accezione fattuale e non tecnica nel peculiare senso dell'art. 18 dello statuto.

Ancora una volta viene pertanto a verificarsi quello che già negli ultimi anni si è verificato (si pensi all'uso della nullità per frode alla legge nel caso di abuso del contratto a termine),<sup>1204</sup> e che cioè il diritto dei contratti, il diritto tendenzialmente *tra uguali*, venga in soccorso di un diritto pure orientato alla tutela del contraente dotato di minore forza contrattuale. Neppure qui si inibisce questo soccorso, non impedendosi che il diritto *primo* assolva alla sua funzione. Ovviamente, come rilevato all'inizio del § precedente, non possono qui operare le regole sull'alleggerimento dell'onere della prova previste dalla tutela antidiscriminatoria nominata.

È però il caso di sottolineare che la soluzione accolta in questo e nel precedente paragrafo presupponga che la legge di delega ed il decreto delegato del 2014-2015 non abbiano elevato al

<sup>1201</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>1202</sup> È stata prospettata, sia pure come ipotesi, la tesi per cui la nuova disposizione, non contenendo il riferimento all' art. 1345 c.c., abbia allargato l'area di applicabilità della nullità: cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 8 ss.

<sup>1203</sup> Cfr., sia pure proponendola come tesi subordinata, S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>1204</sup> Cfr., da ult., Cass., 8 gennaio 2015, n. 62, in *Foro it.*, 2015, I, 473, con nota di richiami di A. PERRINO.

rango dell'ordine pubblico la nuova disciplina dei licenziamenti in ragione della funzione economicistica della certezza di cui si diceva all'inizio: in tal caso, infatti, verrebbe meno il carattere inderogabile della norma non sanzionata espressamente di nullità o la stessa illiceità dell'atto; venir meno che troverebbe un aggancio testuale nella secca dicitura <<il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto>> contenuta nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Senonché, una tesi siffatta conduce al paradosso di una disciplina lavoristica, come tale pur sempre di tutela del contraente debole, che depotenzia la normativa generale sui contratti a danno dello stesso. Ancor più paradossale è che tale disciplina si risolverebbe nel rendere priva di sanzione l'atto nullo, posto che la tutela indennitaria è dagli art. 2-4 contemplata per ipotesi differenti dalla nullità non espressa.

Senza dire della già sopra accennata mancanza di delega al riguardo e dunque della necessità di interpretare la disposizione in termini alla delega conformi e quindi conformemente a Costituzione.<sup>1205</sup> Si deve quindi ritenere che la su trascritta dicitura si riferisca alle sole ipotesi indicate in tali articoli, per il resto dovendosi applicare appunto il diritto civile comune.

#### 4. L'onere della prova relativo ai licenziamenti orali.

Non vi è traccia normativa alcuna per ritenere intaccati dalla nuova disciplina gli approdi in ordine alla distribuzione del carico probatorio per i licenziamenti intimati in forma orale, anch'essi soggetti alle regole della stabilità reale forte ex art. 2 d.lgs. cit. Pertanto deve senz'altro valere il *dictum* giurisprudenziale per il quale "ove si controverta sulle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro con affermazioni contrapposte (licenziamento orale o dimissioni), avendo riguardo alla disposizione di cui all'art. 2697, comma 1 e 2, c.c., sul lavoratore grava esclusivamente la prova della cessazione del rapporto lavorativo, mentre la controdeduzione del datore di lavoro riguardante le dimissioni ha valore di eccezione e la relativa prova ricade su esso eccipiente; in mancanza della prova delle dimissioni incombe sul datore di lavoro, inoltre, l'onere di provare il requisito della forma scritta del licenziamento prescritta ex lege a pena di nullità".<sup>1206</sup>

#### 5. L'onere della prova per i licenziamenti disciplinari.

Sempre con riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio, più complicato è il problema che investe il licenziamento disciplinare, di regola soggetto a stabilità obbligatoria piena, ma in via d'eccezione soggetto a stabilità reale debole, nel senso che alla conseguenza della reintegrazione si aggiunge quella dell'indennità commisurata alla ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, ma, a differenza di quanto previsto all'art. 2 del d.lgs., con il limite di dodici mensilità e con la detrazione non solo dell'*aliunde perceptum* ma anche dell'*aliunde percipiendum* ove il lavoratore non abbia accettato una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 181/2000. L'eccezione richiede l'insussistenza del fatto materiale contestato <<direttamente dimostrata>>, <<rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento>>.

<sup>1205</sup> Tra le recenti, Cass., 22 agosto 2013, n. 19440, in *Mass. Foro it.*, 2013, c. 721.

<sup>1206</sup> Cfr., tra le altre, Cass., 8 gennaio 2009, n. 155, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, p. 579, con nota di F. AIELLO, *Licenziamento orale, dimissioni e onere della prova*.

Al di là di quello che si potrebbe pensare ad una prima lettura del testo, il d.lgs. non attua il ribaltamento dell'onere della prova attribuito al datore di lavoro dall'art. 5 l. n. 604/1966. A tale conclusione si deve pervenire non sul rilievo che la indicata disposizione non è stata espressamente abrogata – tutta la legge n. 604 è rimasta in vigore per i vecchi contratti, e si è invece introdotta con il d.lgs. una diversa disciplina per alcuni aspetti dei nuovi, tra i quali potrebbe ritenersi compresa la disciplina dell'onere della prova, così inasprendosi il profilo di costituzionalità per difetto di delega sopra evidenziato<sup>1207</sup> ma considerandosi i due differenti piani su cui ha agito la riforma del 2015, quello della esistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento e l'altro delle conseguenze dello stesso. Mentre sul primo piano si muove l'art. 5 cit., sul secondo si muove l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 cit.

Senonché, potrebbe obiettarsi che la prova della giusta causa comprende l'esistenza del fatto materiale contestato, per cui la nuova regola verrebbe a perdere senso. Ma non è così: innanzitutto è estraneo al fatto materiale contestato ogni ulteriore profilo di fatto rilevante in materia (ad es., il numero dei dipendenti o la clausola di contratto collettivo contenente il codice disciplinare). Vi è poi che se il datore di lavoro fornisce la prova del fatto materiale stesso, *nulla quaestio*, nel senso che o il licenziamento è munito di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, o comunque, ove le ulteriori valutazioni, ad esempio sulla proporzionalità, lo escludano, opererà la tutela obbligatoria forte sussistendo appunto il fatto materiale.<sup>1208</sup> Altrimenti, opererà sempre appunto la tutela obbligatoria forte, e cioè se la prova non sia stata fornita dal datore di lavoro per mancata deduzione o non ammissione dei mezzi di prova ovvero per incertezza sulle risultanze istruttorie. Opererà, invece, la tutela reale se il lavoratore provi la insussistenza del fatto materiale.

Quest'ultimo rilievo apre la strada al profilo maggiormente critico della disciplina, concernente il limite probatorio posto al lavoratore laddove il d.lgs. ha precisato che la dimostrazione dell'insussistenza del fatto debba essere <<*direttamente dimostrata in giudizio*>>. Ebbene, la estrema precisione del testo non può essere ignorata,<sup>1209</sup> e depone univocamente nel senso appunto del limite di utilizzazione – e, ancor prima, di ammissibilità – della prova indiretta, e quindi delle presunzioni e della prova sui fatti secondari, quelli, pure, da cui si ricava l'esistenza dei fatti primari.<sup>1210</sup> È palese allora il *vulnus* all'art. 24 cost. anche in combinazione con l'art. 3, comma 1 cost. (con quest'ultimo per lo squilibrio difensivo rispetto al datore di lavoro che può utilizzare ogni prova), tanto più se si considera che la prova che il lavoratore deve fornire coinvolge un fatto

<sup>1207</sup> Spunto in E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lavoro giur.*, 2015, p. 130.

<sup>1208</sup> Conf. P. ICHINO, risposta a lettera pervenuta il 27 maggio 2015, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it); altresì M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema del decreto)*, intervento a *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., 5.5, anche in *unict.it*, *WP D'Antona it.*, 2015, n. 236 (le citazioni, in seguito, dal predetto intervento; G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo (Attuazione della legge delega 10.12.2014 n. 183)*, in [legge-e-giustizia.it/documenti](http://legge-e-giustizia.it/documenti), § 3.1.1.

<sup>1209</sup> È in fondo quanto fa C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *op. cit.*, .36 ss.

<sup>1210</sup> Cfr. M. MARAZZA, *op. cit.*, § 5.5. Sulla nozione di prova indiretta cfr. per tutti M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Giuffrè, Milano, 1992, p. 426 ss., in particolare p. 429 ss. in cui è sottolineato il carattere non ontologico ma funzionale e relazionale della distinzione tra prova diretta ed indiretta, rilevandosi che l'oggetto della prova indiretta, a differenza di quello della prova diretta, è costituito da un fatto diverso da quello che deve essere provato in quanto giuridicamente rilevante ai fini della decisione.

negativo, e quindi non può che essere fornita dimostrando l'esistenza di fatti positivi contrari, e quindi non può che essere indiretta. Questo a meno che voglia fornirsi una lettura costituzionalmente orientata della disposizione,<sup>1211</sup> la quale però non sarebbe tale cozzando clamorosamente con il testo ed in sostanza ignorandolo facendo come se l'avverbio <<direttamente>> non vi fosse contenuto. O a meno che si legga la diretta dimostrazione dell'insussistenza del fatto come irrilevanza degli elementi accertati in altro giudizio, questo però irragionevolmente impedendo persino l'operatività di altro giudicato, ad esempio espresso in sede penale.

#### 6. La prova in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.

Circa il licenziamento per giustificato motivo oggettivo i problemi suddetti non si pongono. La predetta mancanza di abrogazione dell'art. 5 l. n. 604 cit. e le regole generali sull'onere della prova implicano che la causale del licenziamento e gli altri vari profili di fatto debbano essere provati dal datore di lavoro.

Si pone, però, quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, altra delicata questione, quella in cui, al fine di evitare l'applicazione delle regole della stabilità reale, sia stata adottata una causale oggettiva che nasconda una causale disciplinare.

In tal caso, ad avviso di chi scrive non è tanto il problematico ricorso alla tutela antifraudolenta che potrà farsi dal lavoratore, quanto – ma sul piano pratico ciò non è molto diverso – il sostenere e provare che la causale era appunto di altro tipo. Prova qui non soggetta a limiti di sorta, e, in particolare, fornibile anche attraverso presunzioni e fatti secondari. Ci si rende comunque perfettamente conto che una prova siffatta non è semplice, specie quando il documento contenente la causale sia stato formato in modo avvertito.

Sempre le regole generali fanno sì che il carico probatorio in materia di licenziamenti collettivi sia in capo al datore di lavoro.

#### 7. Il rapporto privatizzato dei dipendenti delle p.a. ed il rito Fornero.

È discussa, come del resto lo è stata l'applicabilità della modifica dell'art. 18 l. n. 300/1970 attuata dalla l. n. 92/2012,<sup>1212</sup> l'applicabilità della disciplina dei licenziamenti contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 al rapporto di lavoro privatizzato dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Fermo che le dichiarazioni di alcuni componenti del Governo per le quali tale applicabilità è stata rimandata alla riforma della pubblica amministrazione non hanno valenza interpretativa, da una parte, coloro che sostengono la tesi positiva valorizzano la mancanza, nella legge delega di esplicita esclusione del lavoro pubblico, soggetto alla generale disciplina del rapporto di lavoro ex artt. 51 e 2 d.lgs. n. 165/2001;<sup>1213</sup> dall'altra, chi sostiene la tesi contraria,<sup>1214</sup> a mio avviso condivisibile, fa

<sup>1211</sup> Cfr. D. BORGHESI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1212</sup> Per opposte posizioni cfr., ad es., F. CARINCI, *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lavoro nelle p. a.*, 2012, p. 251 ss., e L. CAVALLARO, *Perché il nuovo art. 18 st.lav. si applica al pubblico impiego*, in *Lavoro nelle p. a.*, 2013, p. 927 ss., ed *ivi*, p. 927, anche riferimenti al dominante indirizzo della giurisprudenza di merito. Quadro riepilogativo in M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, p. 47 ss., anche riferimenti in nota.

<sup>1213</sup> Cfr. G. MIMMO, *op. cit.*, §2.3, M. MARAZZA, *op. cit.*, § 4.1, sia pure in termini problematici.

<sup>1214</sup> Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *Lavoro o giur.*, 2015, p. 114 ss.; C. PISANI, *op. cit.*, p. 50 ss.; A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *cit.*, p. 99 ss.

leva sul fatto il d.lgs. si riferisce anche ai lavoratori con la categoria di quadri (art. 1, comma 1), inesistente nel lavoro pubblico, e sul fatto che sempre la stessa disposizione non comprende i dirigenti, per i quali, secondo giurisprudenza consolidata, trova applicazione, se pubblici, l'art. 18 l. n. 300/1970: se quindi il d.lgs. si applicasse ai *nuovi* operai ed impiegati pubblici si avrebbe la conseguenza irragionevole, al limite del paradossale, per la quale godrebbero della tutela dell'art. 18, originaria o modificata dalla l. n. 92/2012, soltanto i *nuovi* dirigenti. Inoltre, manca, con riguardo alla pubblica amministrazione, la *ratio* riduttiva dell'occupazione e d' incentivo alle assunzioni a tempo indeterminato sottesa alla disciplina ed espressa nell'art. 1, comma 7, l. n. 184/2014 cit. Vi è altresì da chiedersi se la mera differenza temporale di assunzione renda compatibile la diversità di disciplina con il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost.

Si avrebbe infine, per quanto interessa particolarmente in questa sede, la soggezione al *rito Fornero*, con tutte le implicazioni sopra illustrate, *ivi* compresa quella inerente la corsia preferenziale, dei soli rapporti dirigenziali, con ulteriore, irragionevole diversificazione del trattamento processuale.

#### **8. Conclusioni critiche sulla *Babele processuale*.**

Insomma, dalle considerazioni illustrate nei precedenti paragrafi emerge una vera e propria *Babele dei riti*, ed anzi più generalmente una *Babele processuale*, tale da vanificare l'intento di semplificazione alla base del d.lgs. n. 150/2011. E fa quasi tenerezza il ripetuto, quasi ossessivo ricorrere, nella legge di delega n. 183/2014, appunto del riferimento alla semplicità e alla semplificazione; quelle *virtù* che, lo si è detto all'inizio, per il legislatore dovrebbero attrarre gli investimenti e quindi favorire l'occupazione.

**Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti.  
Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte\***

Giuseppe Bronzini

1. Introduzione.	387
2. Considerazioni generali in ordine alla Carta di Nizza.	388
3. Gli obiettivi della codificazione: il controllo di legittimità diffusa alla luce della Carta.	388
4. L'art. 6 del TUE e la ripartizione di competenze tra Unione e Stati.	391
5. L'ambito di applicazione della Carta.	393
6. L'efficacia della Carta di Nizza ed il rapporto con la giurisprudenza di Strasburgo.	396
7. Il rilievo della Cedu in campo sociale: qualche perplessità metodologica.	398
8. Le ipotesi più significative della tutela Cedu dei diritti sociali: le regole d'ingresso.	402
9. Le linee di convergenza e il contenuto del dissenso tra le Corti in materia di leggi di interpretazione autentica: una sintesi.	405
10. Il Giudice ordinario: quale interpretazione "conforme"?	412
11. Qualche esempio nella più recente giurisprudenza di legittimità.	416
12. Evoluzioni?	421

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 118/2015

## 1. Introduzione.

Il richiamo alle due Carte europee dei diritti, quella dell'Unione europea sui diritti fondamentali – conosciuta anche come Carta di Nizza- e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo- propria dell'ordinamento del Consiglio d'Europa- nelle aule giudiziarie non è più, certamente, un fenomeno raro o eccezionale ma tende ad essere la regola. Le parti (seguite spessissimo dai Giudici) invocano sempre più spesso protezione e tutela anche alla luce di Codici sui diritti continentali, non si accontentano di indicare una fonte interna, anche di natura costituzionale, come fondamento della pretesa avanzata in giudizio. Un ex Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, osservò qualche anno fa che la maggioranza dei casi esaminati dalle Sezioni unite, presentava problemi di applicazione del "diritto europeo"(in senso lato), ma la mia impressione è che, con l'intensificarsi del richiamo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ai diritti della Carta di Nizza (oltre trecento decisioni dal 1.12.2009) e con un indubbio incremento dell'attenzione della Corte di Strasburgo per le questioni sociali (di cui i recenti casi *Stefanetti* e *Dhabi* sono un buon esempio), questa incidenza delle due Carte si sia di molto incrementata anche nel settore sociale. Diventa quindi indispensabile per il Giudice ordinario disporre di un chiaro quadro di insieme, quantomeno in termini di linee orientative, per stabilire quando e come le due Carte siano applicabili e con quali effetti nel conformare il diritto di cui si discute nel processo. La *vis expansiva* di cui parlavamo è, peraltro, vistosa anche nel settore sociale nonostante la Cedu, come noto, non preveda espressamente la tutela di diritti sociali (che vengono protetti in via solo indiretta, come si dirà più avanti) e malgrado il capitolo sociale dell'Unione europea- introdotto con il Trattato di Amsterdam - non abbia conosciuto significativi incrementi negli ultimi anni, dopo la stagione delle grandi direttive della seconda metà degli anni 90 (orario di lavoro, part-time, contratti a termine) e dopo il varo della Strategia di Lisbona nel 2000, rinnovata ma senza un grande slancio propositivo con Europa 20-20 che, a sua volta, a metà strada dovrebbe essere rivista alla luce di obiettivi più realistici. Per chi deve *ius dicere* in questo settore le questioni sembrano talvolta duplicarsi se non triplicarsi: da un lato occorre tenere presente le specifiche regole d'ingaggio delle Carte europee, dall'altro lato però la materia sociale presenta problemi ulteriori posto che le questioni sociali sono nella Ue a competenza condivisa e le linee di ripartizione di questa non sono sempre chiarissime<sup>(1215)</sup> (a ciò si aggiunge la questione dell'efficacia orizzontale delle direttive in campo sociale quando il destinatario non sia lo Stato o un ente pubblico); infine la giurisprudenza della Corte di giustizia, su tale aspetto torneremo, è molto meno disponibile nel farsi orientare da quella di Strasburgo (come in linea teorica dovrebbe avvenire ex 52 terzo comma della Carta di Nizza) rispetto ad altri campi del diritto, posto che una diretta tutela sociale dell'Unione esiste (sia pure con confini troppo ristretti) mentre quella offerta da Strasburgo è indiretta, episodica e molto controversa<sup>(1216)</sup>.

<sup>1215</sup> Ad esempio la Corte di giustizia ha affermato con le due decisioni di fine 2007 *Viking* e *Viking* che il divieto per l'Unione (art. 153 TFUE) di disciplinare la materia del diritto di sciopero non è assoluto, ma concerne solo l'ipotesi in cui ci si volesse avvalere della specifica procedura prevista dall'articolo del Trattato, cosa mai ipotizzata prima dai tanti commentatori dei Trattati.

<sup>1216</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia nei primissimi anni di applicazione della Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.1.2009) cfr. G. Bronzini, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in (a cura di R. Cosio e R. Foglia), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, 2013; nonché i Report a cura di L. Trucco in [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/CartaUE.html](http://www.giurcost.org/casi_scelti/CartaUE.html). Manca allo stato ancora in Italia un Repertorio completo della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Carta: il volume, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di G. Bisogni, G. Bronzini e V. Piccone, Chimienti,

## 2. Considerazioni generali in ordine alla Carta di Nizza.

Nonostante il momento di grave difficoltà in cui versa il processo di integrazione, l'operazione "Carta di Nizza" e quindi l'avvenuta codificazione del settore dei diritti fondamentali (di matrice sovranazionale) sembra poggiare su gambe molto più solide e meno problematiche delle riforme istituzionali realizzate dopo un decennio di convulse trattative con il Trattato di Lisbona e della stessa, affannosa, gestione dell'euro, non implicando strappi radicali nelle linee evolutive del diritto dell'Unione. La ragione di un radicamento molto saldo della Carta nelle dinamiche giurisdizionali sovranazionali ed interne risiede, soprattutto, in un doppio legame con la storia giudiziaria europea precedente. Da un lato la "codificazione" di fine secolo completa, corona e razionalizza, mettendo in "forma" una lunghissima opera di tutela diretta, prima della Comunità e poi dell'Unione, dei diritti fondamentali, via Corte di giustizia. La Carta introduce certamente, come diremo, un profilo più limpido di legittimità costituzionale degli atti normativi dell'Unione, ma non rappresenta, sotto questo profilo, uno strappo ed un salto in avanti, lavora su un solido cemento, edificato sin dalle storiche sentenze di inizio anni settanta dai Giudici di Lussemburgo. Inoltre la Carta come strumento di protezione rivolto *in primis* al Giudice naturale dei diritti, il Giudice ordinario nazionale (certamente sotto la guida delle Corti europee), valorizza il ruolo di questi come organo di base del sistema giudiziario multivello, che già è stato forgiato nell'applicazione quotidiana del diritto comunitario, attraverso la doppia gerarchia, parallela ma distinta, che va da questi alle Corti costituzionali nazionali e su altro versante alla Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale o le forme più dirette di implementazione del diritto Ue, dall'applicazione conforme alla disapplicazione del diritto interno contrastante<sup>1217</sup>. Insomma, la Carta di Nizza ha trovato organi di irradiazione diretta negli ordinamenti degli Stati membri; organi che la Carta non ha dovuto (come invece nel caso della moneta unica) creare *ex novo*, ma che ha semmai esaltato in una funzione già consolidata e "coltivata" da tempo, sia pure ancora con mille imperfezioni, all'interno dei *member states*. Nonostante questi ultimi anni così difficili la Corte di giustizia ha così potuto valorizzare al meglio, nelle oltre 300 sentenze che a questa si riferiscono, le potenzialità garantiste ed applicative della Carta (*ut magis valeat* per così dire), ci sembra in un rapporto sempre più intenso di cooperazione con i giudici ordinari cui sempre più spesso viene demandato in concreto la verifica dei presupposti di fatto per l'applicazione effettiva dei diritti del Testo di Nizza.

## 3. Gli obiettivi della codificazione: il controllo di legittimità diffusa alla luce della Carta.

A distanza di oltre cinque anni dalla conferita obbligatorietà giuridica alla Carta (1° dicembre

---

2009 ricostruisce le *quotations* della Carta solo dal momento di proclamazione della stessa sino al 1.12.2009, data della sua formale obbligatorietà con l'entrata in vigore del nuovo art. 6 TUE nella formulazione del Trattato di Lisbona "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7.12.2000, adattata il 12.12.2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". Sul crescente rilievo della giurisprudenza di Strasburgo in campo sociale cfr. L. Tria, *La Corte di Strasburgo e i diritti sociali*, in corso di pubblicazione sul *Commentario Cedu*, Scialoja, Branca, Galgano. Da Italgire emerge che le *referencies* in campo civile alla Carta dei diritti fondamentali sono in 1707 sentenze della Corte di cassazione (1704 alla Carta di Nizza) ed alla Cedu - sempre in campo civile - 1409. Per la Corte costituzionale *referencies* alla Carta di Nizza sono in 94 decisioni; alla Cedu in ben 368 sentenze. Cfr. anche il bel volume di L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, 2013.

<sup>1217</sup> Sul ruolo del rinvio pregiudiziale cfr. da ultimo R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Relazione al Convegno presso la Corte di cassazione del 29.10.2014 su tema "Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo". Si concorda con l'Autore che proprio il rinvio pregiudiziale è destinato a precisare il ruolo della Carta di Nizza tra ordinamento nazionale ed ordinamento sovranazionale.

2009), è possibile fare un primo raffronto tra gli obiettivi che sono stati assegnati alla formulazione di un solenne Elenco di prerogative riconosciute dall'Ue, ed efficace nel perimetro fissato dallo stesso art. 51 della stessa Carta sul quale ci soffermeremo, e il primo periodo della sua "vita giudiziaria" come fonte obbligatoria, raffronto che è certamente più agile se compiuto in riferimento alla sentenze della Corte di giustizia. Per cercare un parametro il più possibile neutrale rispetto alla *querelle* sulla costituzionalizzazione dell'Unione è opportuno richiamare il documento che è alla base del "progetto Carta", il cd. Rapporto Simitis, dal nome dell'insigne Presidente della Commissione ristretta che, nel 1998, l'ha elaborato per conto delle istituzioni di Bruxelles: la codificazione europea della materia dei *fundamental rights* doveva, per tale documento, assolvere a quattro esigenze fondamentali, quella di visibilità delle pretese fondamentali, di certezza dei diritti e di legittimazione dell'operato della Corte di giustizia, nonché di equiparazione di *status* tra i diritti di diversa generazione con il conferimento di un rango primario anche a quelli di natura economico sociale (ed anche alla pretese cosiddette di quarta generazione), sconosciuti alla Cedu, sino ad allora tutelati in via pretoria secondo una metodologia occasionalistica ed epifenomenica, come si è affermato spesso da parte di costituzionalisti attenti allo statuto dei diritti di *welfare*, cioè in vista del raggiungimento degli obiettivi prioritari di tipo funzionalistico dell'integrazione europea. Le prime tre esigenze possono essere saldate tra di loro e lette come il tentativo, attraverso la codificazione, di introdurre nel contesto ordinamentale europeo ed a catena in quelli interni collegati al primo, un punto di vista interno di natura costituzionale, legato ad una *higher law*, certamente prodotto delle tradizioni costituzionali, ma filtrate, sublimite e condotte a "sistema" nella complessa opera di "codificazione" della materia. Si tratta del progetto e del disegno che soprattutto le opere di Ingolf Pernice e di Armin von Bogdandy ci restituiscono in termini di *multilevel constitutionalism* <sup>(1218)</sup> o di *founding principles* <sup>(1219)</sup>. Il ruolo della Corte di Giustizia in questo cammino, che possiamo considerare veramente avviato solo con il 1° dicembre 2009, è indubbiamente prioritario e cruciale, perché ad essa spetta l'interpretazione di ultima istanza della *higher law* sovranazionale. Certamente è assimilabile a questa esigenza anche il quarto obiettivo perseguito, e cioè l'equiparazione di *status* tra diritti di diversa generazione, in quanto un Testo sui diritti fondamentali dal valore obbligatoro non potrebbe mai nell'Ue neppure concepirsi senza questa omologazione, a meno di non oltraggiare il nucleo "normativo" più profondo della gran parte delle costituzioni degli Stati membri e, in particolare, di quelli fondatori. Indipendentemente da finalità più ambiziose, dichiarate o meno, connesse alla "codificazione", la Corte di giustizia sta realizzando tali obiettivi utilizzando con una certa energia e determinazione le norme della Carta (anche se- come vedremo- sul versante sociale la Carta mostra una certa debolezza rispetto a quanto avviene in altri campi). Un esempio altamente simbolico ed irrefutabile dell'ingresso di un controllo più profondo ed esigente di legittimità delle norme sovranazionali che assume finalmente la semantica dei diritti fondamentali come codice privilegiato di riferimento, si può senz'altro citare la decisione del 1° marzo 2011 (causa C-236/09), *Association*

<sup>1218</sup> Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire, in Foro it., 1999, V, p. 342 ss.

<sup>1219</sup> Cfr., I. Pernice, R. Kanitz, *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*, WHI paper n. 7/2004; più di recente I. Pernice, *The Treaty of Lisbon and fundamental rights*, WHI paper n. 7/2008; Id., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, WHI paper n. 2/2009.

Cfr. A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of european constitutional law*, Hart Publishing, Oxford, 2010. Cfr. altresì il numero monografico sui principi costituzionali europei della rivista *European law Journal* n. 16/2010; A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Esi, Napoli, 2011. Per la generalmente disattenta dottrina italiana cfr. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

*belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, in cui viene in parte annullata una direttiva parità uomo/donna proprio per la lesione ingiustificata del principio costituzionale europeo di parità tra i sessi, stilizzato all'art. 23 della Carta. Proprio nell'ultimo anno abbiamo avuto altri esempi di annullamento di rilievo addirittura globale di direttive per contrasto con le norme della Carta come nel caso della storica decisione *Digital rights Ireland* sulla questione della *data retention* dell'8 aprile del 2014 o di creazione di un diritto all'oblio su internet (sentenza *Google Spain* del 23 maggio 2014) nel corpo di una direttiva per salvaguardare alcune pretese della Carta. Non di minore rilievo appare il ruolo del *Bill of rights* Ue nel consentire una interpretazione garantista ed evolutiva della normativa comunitaria. Nell'importante decisione del 22 novembre 2011, *Scarlet Extended SA* (causa C-70/10), la Corte, ad es., arriva ad escludere che vi sia un obbligo per un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi *peer to peer* (per tutta la clientela, a titolo preventivo, a sue spese e senza limiti nel tempo), perché tale obbligo porterebbe a mortificare i diritti fondamentali europei del rispetto della *privacy* e della libertà di informazione (artt. 8 e 11), anche se tale esenzione può comportare la lesione sia del diritto di proprietà che di impresa (che sono diritti economici tutelati dalla stessa Carta). La Corte giunge a tale conclusione in quanto osserva che "le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, vanno lette in combinato disposto ed interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili" (punto 54). È evidente che, nel caso in esame, si è realizzato un bilanciamento ragionevole tra libertà economiche ed altre pretese soggettive primarie (anche di interesse pubblico, come la libertà di informazione) ed inoltre che, anche se non attraverso la tecnica dell'annullamento, la Corte perviene ad una interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della Carta, della legislazione sovranazionale, la quale, come insieme di provvedimenti con finalità prevalentemente di natura economica strettamente connesse al mercato unico continentale, viene indirizzata verso il rispetto di finalità più ampie e comprensive. Questa è solo la prima decisione in cui si mostra evidente l'effetto della Carta nell'interpretazione delle direttive; più di recente - proprio in campo sociale - si può citare come esempio la recentissima decisione *Sähköalojen ammattiliitto ry* del 12.2.2015 che interpreta la direttiva sul distacco del 96 sulla base sia dell'art. 47 che dell'art. 31 della Carta legittimando le OOSS dei lavoratori distaccati a proporre ricorso avanti i giudici dello stato ospitante ed includendo il compenso per ferie nel salario minimo spettante ai detti lavoratori alla luce della direttiva. Per fare un ultimo esempio la decisione *Kaveh Puid* (contro Germania) del 14.11.2013 per la quale l'immigrato può invocare l'art. 4 della Carta per evitare di essere espulso secondo il cosiddetto sistema di Dublino in un paese ove la sua sicurezza sia a repentaglio (tradizionalmente la Grecia, ma oggi in alcune sentenze tedesche si indica spesso anche l'Italia).

Va anche sottolineato che la Corte di giustizia ritiene che anche il diritto internazionale (a maggior ragione se ratificato dall'Unione in quanto tale) obblighi ad una interpretazione conforme del diritto comunitario come affermato in un recente e complesso caso riguardante la protezione sulla maternità surrogata che comunque ha condotto ad una soluzione negativa (sentenza Z - causa C-363/12 - del 18.3.2014), soprattutto in relazione alla ritenuta natura programmatica della Convenzione ONU sull'handicap. Nella recente sentenza *Andre Lawrence Shepherd* del 26.2.2015 la Corte ha anche precisato (in un caso di richiesta dello status di rifugiato di militare americano dopo il rifiuto di combattere in Iraq) che il diritto internazionale (la Convenzione di Ginevra) va interpretata alla luce della Carta dei diritti.

#### 4. L'art. 6 del TUE e la ripartizione di competenze tra Unione e Stati.

Perché, tuttavia, il disegno di rafforzamento di una dimensione propriamente europea nella tutela dei diritti fondamentali possa essere davvero coerente con la sua *ratio* di natura costituzionale la Carta deve poter imporsi non solo sul piano regolativo dell'Unione, ma anche saper incidere negli ordinamenti interni che di fatto, direttamente o indirettamente, siano in rapporto con il primo, stante la natura peculiare del "sistema europeo" e delle sue dinamiche evolutive in cui autonomia e discrezionalità degli Stati membri permangono persino nell'ambito di competenza esclusiva degli organi di Bruxelles e, per contro, la teoria dei poteri impliciti ha sempre consentito una flessibilità ed elasticità delle norme sulla competenza che certamente non è finita con il Trattato di Lisbona che ha preteso di metter ordine nella materia (agli artt. 4, 5, e 6 TFUE). Il codice costituzionale dei diritti fondamentali di rilievo europeo, saldato con l'approvazione della Carta di Nizza, implica che sia data un'interpretazione ragionevole e pertinente dal punto di vista dell'effettività dello strumento prescelto dell'art. 6 del TUE e della connessa "clausola orizzontale" (e delle altre clausole pretese dalla Gran Bretagna per limitare l'impatto della "svolta" del 2000) sull'applicazione della Carta di cui all'art. 51 della stessa (<sup>1220</sup>) consentendo ad essa di permeare, attraverso un controllo "diffuso" di legittimità "sovranazionale" ogni ambito giuridico investito dal diritto dell'Unione e quindi ai cittadini europei di ricorrere, più come regola che come eccezione, ad un comune Testo di garanzie, forgiando, in tendenza, una condivisa cultura dei diritti, leva potente per ulteriori passaggi di tipo federale. A partire dalla ricognizione dell'applicabilità della Carta sulla base della definizione della questione come "di diritto dell'Unione" (art. 51 primo comma) si dipanano, non solo per la Corte di giustizia, ma soprattutto per il Giudice ordinario un ventaglio di enormi poteri, ben più incisivi di quelli in genere disponibili nei confronti di un atto legislativo ordinario senza rapporti con l'ordinamento europeo; dall'obbligo di interpretazione conforme, alla possibilità di un rinvio pregiudiziale, sino alla drastica scelta di disapplicazione delle norme interne contrastanti, cui si aggiungono - *a latere* - i provvedimenti più di tipo politico-istituzionale come l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione per violazione del diritto dell'Unione o nei casi più gravi e macroscopici di violazione (anche solo ventilata) dei valori fondanti l'Unione (di cui la Carta offre un'articolazione concretamente giustiziabile), addirittura la sospensione per lo Stato inadempiente dei diritti di voto (art. 7 del TUE). Questo aspetto di connessione piuttosto stretta tra attività giurisdizionale e ruolo della Commissione come garante dei Trattati non va sottovalutato (<sup>1221</sup>): dopo numerose pronunzie del Tribunale del lavoro del Nord Italia (<sup>1222</sup>) che hanno accertato a carico delle amministrazioni locali (in particolare quelle del Friuli Venezia Giulia) l'adozione di provvedimenti discriminatori, riconosciuti anche alla luce della Carta di Nizza e dell'art. 14 Cedu, nei confronti dei cittadini extracomunitari ed in certo casi

<sup>1220</sup> Si ricorda sul punto l'art. 6 del Trattato Ue: "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati" e l'art. 51 cpv. della Carta: "La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati"; tale ultima clausola va interpretata in connessione con il primo capoverso dell'art. 51 secondo cui: "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"; sul punto le *Spiegazioni* alla Carta più estensivamente parlano di applicazione della Carta quando gli Stati agiscano "nell'ambito di applicazione" del diritto sovranazionale

<sup>1221</sup> Va altresì considerato il controllo di legittimità che *ex officio* la Commissione e il Parlamento europeo (cui sembra si aggiungerà lo stesso Consiglio) compiono in base alla Carta sugli atti che promuovono o adottano sin dal 2001, il che porta la gran parte delle Direttive ad esplicitare il rispetto di uno o più norme della Carta.

<sup>1222</sup> La vicenda è ricostruita nel volume del 2014 pubblicato a cura dell'Agì e della CGIL, Alberto Guariso e M. Barbera, *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*.

anche di quelli comunitari nell'accesso a benefici di natura sociale (bonus bebè, sussidi per le abitazioni, sussidi scolastici), la Commissione ha aperto varie procedure di infrazione, spesso interrotte per il ritiro delle disposizioni contestate, con un perfetto saldarsi dell'aspetto giurisdizionale (attivato in sede locale, ma a respiro sopranazionale) e di quello politico (europeo). Ancora tutta da esplorare rimane la questione se sia ipotizzabile un risarcimento del danno nei confronti dello Stato per omessa o insufficiente tutela di un diritto fondamentale della Carta, in casi in cui vi sia competenza dell'Unione e questa sia stata effettivamente esercitata, per attrazione del principio di responsabilità nell'infedele o omessa ricezione delle direttive Ue, questione accennata in dottrina, sulla quale non risultano ancora riscontri giurisprudenziali. Ancora è certamente possibile per il Giudice ordinario compiere una interpretazione "libera" delle norme nazionali sulla base di un riferimento alla Carta di Nizza (anche se per quel che diremo è senza necessario precisare che si tratta di una interpretazione libera e non conforme) alla luce del criterio di natura generale per cui si deve presumere che fonti interne e fonti sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali si integrino tra di loro posto che comunque lo Stato ha, anche nei campi in cui ha mantenuto una piena competenza, sottoscritto il *Bill of rights* dell'Unione e che lo stesso ha comunque - come precisò proprio la nostra Corte costituzionale nella decisione n.135/2002- " carattere espressivo dei principi comuni agli ordinamenti europei". Tale affermazione – quando la Carta non era ancora obbligatoria- è stata poi seguita da numerose decisioni in cui la Corte delle leggi italiana mostra la convergenza tra soluzioni costituzionali interne e norme della Carta anche in casi in cui è evidente che non si verte in questioni di diritto dell'Unione. Tuttavia questo è un punto di particolare delicatezza: è indubitabile come esista una spinta verso l'universalizzazione alla tutela dei diritti umani (ed anche di quelli fondamentali), posto che le esigenze primarie delle persone mal sopportano confini e questioni di competenza. Il complesso sistema di tutela multilivello presuppone certamente che vi sia nel lungo periodo un processo di convergenza costituzionale se non altro attraverso l'adesione a principi e standard di protezione comuni attraverso la creazione di uno *ius commune* che valorizzi in primo luogo il meta- criterio della dignità umana, come ribadito nei tanti interventi del Prof. Antonio Ruggeri (<sup>1223</sup>). Tuttavia si tratta di linee di tendenze che non possono annullare quelle barriere regolative che gli Stati hanno eretto alla penetrazione del diritto europeo nei loro territori che, almeno per i paesi dell'Unione, risultano definiti attraverso procedure democratiche. Dietro l'attuale definizione dell'art. 6 del TUE ci sono scelte dei due attori politici del sistema istituzionale dell'Unione, gli Stati ed il cittadino (che vi concorre attraverso il Parlamento europeo). I riparti di competenze sono quindi il frutto di tali scelte che il Giudice non può rompere ed eludere, a meno di compromettere in modo alla fine controproducente le stesse finalità di una tutela sovranazionale dei diritti fondamentali. Pertanto ogni volta che il Giudice nazionale è indotto ad utilizzare gli strumenti della Carta ha l'obbligo di motivare perché lo fa e che rapporto sussiste tra la questione esaminata e il diritto europeo. C'è certamente quindi una contraddizione latente tra l'esigenza propria della giurisdizione di dare una soluzione concreta ed efficace alla richiesta di giustizia esaminata (che tende ad evadere dallo specialismo dei rapporti tra ordinamenti ed anche tra Corti di diverso livello e che segue una logica universalistica) e quella di non sostituirsi al legislatore europeo (Stati e cittadini) nel determinare quale sia il corretto rilievo di una Carta che non è stata pensata come un *Bill of rights* di efficacia

<sup>1223</sup> Cfr. da ultimo i numerosi saggi raccolti nel volume, *Itinerari di una ricerca sulle fonti del diritto*, Giappichelli, 2015 e dello stesso Autore, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consultaonline*, 2015, nonché i saggi menzionati nella nota n. 23

generale, ma come uno strumento di tipo proto- federale di tutela dei cittadini nei confronti della normativa europea e di quella statale che è connessa alla prima. Pertanto si deve purtroppo accettare il fatto che l'efficacia della Carta sia direttamente proporzionale al numero di atti giuridici vincolanti che l'Unione riesce a produrre, in questi tempi non moltissimi nel settore sociale che continua ad essere disciplinato a livello sovranazionale "a macchia di leopardo".

### 5. L'ambito di applicazione della Carta.

Ripetiamo: La Carta dei diritti è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali che vale per il diritto dell'Unione, ma che non sopprime gli altri strumenti di protezione sia interni (le Costituzioni nazionali) sia internazionali. Come tale non ha carattere universalistico ma deve rispettare gli ambiti di competenza stabiliti nei Trattati, come precisa la stessa Carta e l'art. 6 del Trattato sull'Unione. Questa precisazione limita la sua operatività perché non è sufficiente che un diritto sia riconosciuto dalla Carta come "fondamentale", ma occorre che l'Unione abbia la competenza a disciplinarlo e che la stessa competenza in concreto sia stata in concreto esercitata (alla luce di quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia). Se sussistono queste due condizioni il diritto in questione, in via generale, ha lo stesso valore giuridico delle norme dei Trattati e quindi obbliga la Corte di giustizia ad interpretare direttive e regolamenti in modo che rispettino il contenuto essenziale del *fundamental right* interessato ed eventualmente ad annullare le norme europee che non lo facciano ed anche, se sollecitata dai giudici nazionali con il rinvio pregiudiziale, a stabilire quali siano le norme nazionali che violano le disposizioni della Carta. Obbliga anche il giudice nazionale ad operare in modo simile con le leggi nazionali che costituiscono applicazione del "diritto dell'Unione", attraverso una cosiddetta "interpretazione conforme" (si sceglie quel significato della norma che sia rispettoso del diritto sovranazionale) o se del caso disapplicando la norma interna: nel caso di dubbio il giudice nazionale è tenuto ad investire la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale che così diventa anche una sorta di *actio finium regundorum* in ordine all'area giuridica che continua ad essere disciplinata dal diritto nazionale. In una recentissima sentenza (Corte di giustizia, 11 settembre 2014, *A c. B. ed altri* C-112/13) la Corte di giustizia ha ricordato che con riferimento alla Carta (art. 47) e laddove la questione sia di "diritto europeo", come preciseremo più avanti, il Giudice ordinario deve rimanere libero di investire la Corte di giustizia e, se del caso, di disapplicare la norma interna, anche se l'ordinamento interno prevede che possa rivolgersi anche alla propria Corte costituzionale.

Detto questo l'ambito di applicazione della Carta dipende moltissimo dall'interpretazione dell'art. 51 della stessa Carta (posto che in genere sono le normative interne che vengono chiamate in causa alla luce delle norme della Carta) che recita "le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni ed agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", in particolare del termine "applicazione". È pacifico da sempre che la Carta sia un parametro di legittimazione costituzionale delle norme europee che può portare all'annullamento anche di direttive: di questo abbiano già parlato. Ma quando il diritto interno può essere considerato "applicativo" di quello sovranazionale e quindi può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta? Si sono da subito fronteggiate due ipotesi: la prima interpreta "applicazione" come attuazione diretta e necessitata del diritto europeo come nell'ipotesi classica di una legge che recepisce una direttiva. La seconda ipotesi (difesa sin dal 2010 dalla Commissione europea) recepisce invece un concetto più generico ed ampio di "attuazione" e valuta sia sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel "cono d'ombra" del diritto dell'Unione, anche indirettamente (nel linguaggio della

Commissione che sussista un *link* tra il caso ed il diritto sovranazionale). Con la sentenza *Fransson* (C-617/2010) Grande sezione del 26.10.2013) sembrava essere destinata a divenire prevalente la seconda opzione. La Corte ha infatti affermato testualmente “da una costante giurisprudenza della Corte risulta infatti sostanzialmente che i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell’ambito del diritto dell’Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell’ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto (v. segnatamente, in tal senso, sentenze del 18 giugno 1991, ERT, C-260/89, Racc. pag. I-2925, punto 42; del 29 maggio 1997, Kremzow, C-299/95, Racc. pag. I-2629, punto 15; del 18 dicembre 1997, Annibaldi, C-309/96, Racc. pag. I-7493, punto 13; del 22 ottobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Racc. pag. I-9011, punto 25; del 18 dicembre 2008, Sopropé, C-349/07, Racc. pag. I-10369, punto 34; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, Racc. pag. I-11315, punto 72, nonché del 7 giugno 2012, Vinkov, C-27/11, punto 58). Tale definizione dell’ambito di applicazione dei diritti fondamentali dell’Unione è confermata dalle spiegazioni relative all’articolo 51 della Carta, le quali, conformemente all’articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all’articolo 52, paragrafo 7, della Carta, debbono essere prese in considerazione per l’interpretazione di quest’ultima (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, Racc. pag. I-13849, punto 32). Secondo tali spiegazioni, «l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell’ambito dell’Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione». 21 Di conseguenza, dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell’Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L’applicabilità del diritto dell’Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d’applicazione del diritto dell’Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (v., in tal senso, ordinanza del 12 luglio 2012, Currà e a., C-466/11, punto 26). “Ora a parte le affermazioni esplicite ciò che conta di più è che nel caso esaminato la normativa interna sull’IVA non presentava alcuna connessione diretta o indiretta con quella europea e che la Corte ha ritenuto fosse sufficiente una esistente competenza dell’Ue in materia (pur in concreto latente potremmo dire relativamente alla normativa svedese). Naturalmente non mancano decisioni più restrittive secondo le quali “per stabilire se una misura nazionale rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa” (come nel caso *Siragusa* del 6 marzo 2014 (C-206/2013) o nella decisione ordinanza *Sindicato dos bancarios do Norte* del 7.3.2013 (C-128/2012, nella quale si è ritenuto non fosse stato dimostrato che le contestate misure di *austerity* portoghesi avessero un collegamento con le norme europee), ma la *Fransson* sembra costi-

tuire il precedente di maggiore rilievo ed è, per questo, richiamata in tutte le decisioni sull'applicabilità della Carta. Per fare un ultimo esempio nella sentenza *Grima Janet Nisttahuz Poclava* del 5.2.2015 la Corte di giustizia ha ritenuto inconferente il richiamo all'art. 30 della Carta per sindacare un patto di prova in quanto non era stato dimostrato un nesso con il diritto dell'Unione che notoriamente disciplina solo il caso dei licenziamenti collettivi; la Corte si dichiara analogamente incompetente a valutare il rispetto della Carta sociale europea. Sull'importanza della *Fransson* insiste moltissimo il Rapporto a cura della Commissione europea sull'implementazione della Carta nel 2013. Tuttavia va registrata l'opinione del Giudice della Corte Marek Safjan (<sup>1224</sup>) che forse sembra cogliere una diversa linea di assestamento (più simile a quella seguita nella *Siragusa*) mediana fra le altre due prima citate che definisce "funzionalista": è sufficiente che la fattispecie presenti un legame anche indiretto con il diritto europeo, ma si deve dimostrare che questo diritto abbia un significativo rilievo nel disciplinarla, non bastando che si tratti di un legame potenziale. Effettivamente questo tipo di ricostruzione mostra bene l'atteggiamento delle ultime decisioni della Corte che, pur orientate *pro-Charter*, richiedono che si indichi come ed in che termini il diritto sovranazionale concorra a disciplinare il caso (<sup>1225</sup>). Nei primi tempi la Corte, invece, sottolineava una sorta di presunzione semplice di applicabilità della Carta sulla base della valutazione del Giudice nazionale (smentibile ma in presenza di solidi e gravi argomenti), ma con il moltiplicarsi dei casi di richiamo alla Carta, soprattutto per contrastare le misure di *austerità*, e di una maggiore combattività degli Stati nel contestare l'incidenza della Carta, questo rinvio indiretto al Giudice nazionale è sempre più raro ed i Giudici del Lussemburgo verificano sempre più spesso l'operatività dell'art. 51. Una recente decisione del 10.7.2014 (C-198/2013), *Hernández* ha poi, discutibilmente, precisato che se la normativa interna esaminata costituisce un trattamento di miglior favore dello Stato rispetto a quanto previsto dalle disposizioni sovranazionali, allora i diritti della Carta non sarebbero applicabili perché si trascende l'ambito di applicazione del diritto europeo.

Numerose sono, poi, le decisioni della Corte di Strasburgo che hanno richiamato le disposizioni della Carta dei diritti Ue (la più famosa, in materia sindacale, è la *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008 (n. 34503/2007)).

<sup>1224</sup> M. Sajjan, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in Distinguished Lectures n. 2/2014; cfr. A. Ward, *Field of Application*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (edited by), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014. Nel commento all'art. 51 si parla di "functional provision" a proposito dell'art. 51 primo comma della Carta. Da ultimo cfr. A. Baraggia, *La tutela dei diritti in Europa: "epifanie" di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in Rivista AIC, n. 2/2015 che sottolinea lo "scarto" tra l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia dell'art. 51 nella *Fransson* e nella successiva *Siracusa*; R. Conti, *Dalla Fransson alla Siragusa: prove tecniche di definizione dei confini tra diritto Ue e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo C-206/13, Cruciano Siragusa*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); E. Hancox, *The meaning of implementation EU law under art. 51 (1) of the Charter: Akemberg Fransson*, in *Common Market Law Review*, n. 50, 2013, p. 1426.

<sup>1225</sup> Prima ancora della *Siragusa* altra decisione della Corte, la *Ymeraga* (C-87/12 dell'8 maggio 2013) aveva precisato che per poter far valere i diritti (al ricongiungimento familiare) derivanti dalla direttiva n. 2004/38- anche in connessione con quelli della Carta-occorreva aver esercitato la libertà di circolazione in concreto: pertanto la normativa nazionale che comportava il diniego al diritto al ricongiungimento familiare non poteva essere impugnata come contraria al diritto europeo ed alla Carta trattandosi di questione nazionale. Tale sentenza in materia di cittadinanza europea è sembrata volere stabilire dei confini restrittivi alla soluzione seguita nel notissimo "caso *Zambrano*" (Corte di Giustizia 8 marzo 2011, C-34/09) con la quale il ricorso ai diritti della Carta sembra presupporre una mera utilizzazione "potenziale" della libertà di circolazione. Sul tema della cittadinanza europea, se ci è lecita una semplificazione, la *Ymeraga* sembra stare alla *Zambrano* come la *Siracusa* alla *Fransson*. Sulla *Zambrano* cfr.: F. Vecchio, *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazione a rovescia e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)

## 6. L'efficacia della Carta di Nizza ed il rapporto con la giurisprudenza di Strasburgo.

Le linee di espansione giurisprudenziali ad oggi riscontrabili della Carta al di là di una univoca e certa competenza dell'Unione nella materia trattata sono almeno tre: a) la non discriminazione, vista l'esistenza di direttive a largo raggio che finiscono con il delineare una competenza dell'Unione "quasi-generale" in questo campo, una sorta di "principio-ponte" che porta all'applicabilità diffusa della Carta (cfr. le decisioni, *Kükükdevici*, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, (C-227/12), del 12 dicembre 2013); b) il principio del giusto processo di cui all'art. 47 della Carta (ad esempio nella sentenza a *Fuß* del 12 ottobre 2010, causa C-243/09 e nella *Gavieiro Gavieiro* del 22 dicembre 2010, cause C-444/09, C-456/09 la violazione del diritto ad un giusto processo ha consentito alla Corte di intervenire anche in materie nelle quali non sarebbe in astratto competente); c) la cooperazione giudiziaria civile per cui, se si chiede l'esecuzione in via europea di una sentenza nazionale, questa può essere sindacata sotto il profilo del rispetto del nucleo essenziale dei diritti della Carta, anche se la questione non è "di diritto europeo" (cfr. in materia familiare la *Sentenza JMcB* Corte di Giustizia, 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU).

Ultima grande questione ancora aperta è l'invocabilità (orizzontale) della Carta nei rapporti interprivati (oltre che a livello verticale nei confronti degli Stati e per essi degli enti pubblici). Sul punto va ricordata la decisione della Corte di giustizia (Grande Sezione) *Association de médiation sociale* del 15 gennaio 2014 (<sup>1226</sup>), secondo la quale le disposizioni della Carta (nella specie l'art. 27 sul diritto all'informazione e consultazione nei luoghi di lavoro), per essere applicate anche in controversie tra privati, devono essere chiare, precise ed incondizionate e possono, sembra aver detto la Corte, essere integrate con le disposizioni di direttive (pacificamente applicabili in campo sociale solo a livello verticale, cioè nei confronti degli Stati e dei loro enti pubblici) solo se il loro contenuto è desumibile in qualche modo dalla formulazione del diritto nella stessa Carta; rimane comunque possibile richiedere il risarcimento del danno nel caso di inapplicabilità orizzontale della Carta e della collegata direttiva nel caso in cui queste risultino comunque violate. Nel caso in esame si trattava di decidere della legittimità dell'esclusione dal computo numerico dei dipendenti dell'impresa- ai fini dell'applicazione del diritto all'informazione e consultazione- di lavoratori con contratti non standard, questione già risolta in una decisione del 2007 dalla Corte di giustizia nel senso del contrasto della legge francese di recepimento della direttiva con il diritto comunitario; per la Corte, però, sul punto delle modalità di computo l'art. 27 nulla afferma e pertanto non può essere integrata con le disposizioni delle Direttive. La stessa, molto discussa, sentenza della Corte ha ribadito che il divieto di discriminazione (art. 21 Carta dei diritti Ue) opera direttamente nei rapporti interprivati (come affermato dalla decisione *Kükükdevici* (Grande sezione) del 19 gennaio 2010 (causa C-555/07). La decisione in genere accolta negativamente, soprattutto in relazione alle diverse conclusioni dell'AG Villanon, sembrerebbe però consentire un'applicazione anche orizzontale laddove sia in questione un aspetto comunque ricavabile dal tenore della norma, ad esempio se si fosse discusso del significato da attribuire all'espressione "tempo utile". In ogni caso la Corte non è entrata nella *vexata quaestio* della distinzione tra diritti e principi, come invece si è sostenuto, limitandosi a sostenere il diritto di cui all'art. 27 non era

<sup>1226</sup> Cfr. B. Caruso, V. Papa, *I percorsi accidentati della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue... eppure la talpa scava*, in RGL n. 2/2014; V. Piccone, *Una importante sentenza della Corte di giustizia in materia di diretta applicabilità delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

sul punto giustiziabile in quanto nulla indicava nella specifica materia in discussione. Va anche menzionata una recentissima sentenza della Corte, la *Fenoll* del 26 marzo 2015, che ha ritenuto che un portatore di handicap affidato ad un Centro di aiuto per il lavoro potesse essere qualificato- in relazione all'attività effettivamente svolta (almeno in parte retribuita ed economicamente apprezzabile) per il Centro- come " lavoratore" ai sensi dell'articolo della Carta 31 capoverso e della direttiva 2003/88; tuttavia la Corte non ha esaminato se l'articolo della Carta potesse essere invocato nei rapporti orizzontali (nella controversia cioè tra il *Fenoll* e il Centro), onde ottenere il trattamento per ferie in quanto il "caso" era sorto prima della conferita obbligatorietà alla Carta con il Trattato di Lisbona. La decisione, quindi, non è risolutiva e neppure indicativa (in quanto è simile ad una sorta di dichiarazione di inammissibilità) della invocabilità nei rapporti interpretati della Carta; i Giudici del Lussemburgo hanno quindi ribadito che la direttiva sul punto del trattamento per le ferie non è applicabile nei rapporti orizzontali direttamente, salvo una interpretazione conforme e salvo il diritto al risarcimento del danno. Non può, quindi, affermarsi che sul problema si sia formato un orientamento consolidato apparendo la giurisprudenza sovranazionale molto fluida (in numerosissimi casi le norme della Carta sono stati- a cominciare dagli artt. 16 e 17 sulla libertà di impresa e sul diritto di proprietà- ritenute applicabili anche ai rapporti orizzontali nonostante le loro formulazioni del tutto generiche).

Va conclusivamente sottolineato che in linea generale quando sono applicabili i diritti della Carta è pur sempre applicabile anche la Cedu (visto che l'elenco della prima contiene tutti i diritti della seconda) e che, quindi, dovrebbe operare l'art. 52 terzo comma che prevede "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". Pertanto la Corte di giustizia, nello stabilire il contenuto dei diritti in giudizio, dovrebbe considerare la giurisprudenza di Strasburgo; mentre nel campo penale o civile questo collegamento di norma avviene, nel settore sociale si deve registrare una certa ritrosia della Corte del Lussemburgo a fare propri alcuni orientamenti della Corte di Strasburgo, in particolare sul tema dell'irretroattività della legge civile ed anche su quello del divieto di discriminazione (cfr. le sentenze *Carratù* - C-361/2012- del 12 dicembre 2012 e *Scattolon*- C-108/2012- del 4 gennaio 2012). Ancor prima nella sentenza *Kamberay* del 14.4.2012 la Corte del Lussemburgo osservava che non le spettava di precisare il rilievo della Cedu negli ordinamenti dei *member states* e, su un caso di discriminazione di cittadini comunitari ed extracomunitari da parte di Enti locali italiani, riteneva applicabile la sola normativa Ue (anche alla luce dell'art. 34 della Carta di Nizza). Nella sentenza *Carratù* , invece, in cui si discuteva della legittimità dell'art. 32 del Collegato lavoro (entità del risarcimento del danno in relazione alla conversione di un contratto nullo a termine in rapporto a tempo indeterminato) la Corte ha affermato che l'equiparazione (non dovuta ai sensi della Direttiva sui contratti a termine) tra le sanzioni previste nei casi di conversione del contratto a termine e quelle per il licenziamento illegittimo costituiva un trattamento di miglior favore riconosciuto dallo stato italiano e consentito però dalla Direttiva, ma ha ritenuto assorbita la questione della violazione del diritto ad un giusto processo per la retroattività della norma (art. 6 Cedu e art. 47 della Carta). Una spiegazione di questo "non liquet" può risiedere nell'orientamento della stessa Corte (sentenza *Hernandez*) già ricordato per cui i trattamenti nazionali più favorevoli non sono sindacabili alla stregua della Carta perché non sono previsti dal diritto europeo (solo consentiti). Nel caso *Scattolon* il mancato allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo (sentenza *Agrati* del 14.6.2011) è stato ancor più marcato, visto che le due decisioni intervenute a breve distanza concernono proprio il vantato diritto del personale della scuola trasferito ad altro comparto pubblico a mantenere i "diritti di

anzianità". Come noto la Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittima la mancata attribuzione di tali diritti negati in virtù di una legge di interpretazione autentica retroattiva per la quale non è stata riconosciuta la sussistenza di "imperiosi ragioni di ordine pubblico", mentre la Corte di giustizia ha qualificato il trasferimento come cessione di ramo di azienda e ha giudicato applicabile la direttiva in materia attribuendo al Giudice nazionale accertare in che limiti fosse stata violata. La Corte di giustizia non si è quindi occupata della questione della retroattività della normativa; la Corte di cassazione (privilegiando la sentenza della Corte di giustizia pronunciata in una materia ove sussiste una competenza sovranazionale da tempo esercitata) ha quindi cassato le decisioni che, sulla base della detta legge retroattiva, avevano respinto i ricorsi dei lavoratori invitando i Giudici di merito a verificare se i diritti stabiliti dalla direttiva per i lavoratori trasferiti (in sostanza di mantenimento del livello salariale acquisito) fossero stati rispettati il che in genere ha portato al rigetto delle domande nel giudizio di rinvio. Il dissidio così si è mantenuto essendo ora pendenti a Strasburgo i ricorsi di coloro che hanno perso la controversia sulla base della decisione *Scattolon* che non si è pronunciata sulla questione "retroattività".

La questione comunque del rapporto tra le due Corti è aperta e dovrebbe essere completamente ridefinita allorché vi sarà la prevista adesione dell'Ue al Consiglio d'Europa, oggi- però- nuovamente bloccata dal parere n. 2/2013 della Corte di giustizia che ha giudicato la bozza del Trattato di adesione contraria al diritto europeo.

## 7. Il rilievo della Cedu in campo sociale: qualche perplessità metodologica.

L'espansività delle disposizioni Cedu nel settore sociale sta diventando, in questi ultimi anni, macroscopica per effetto di una giurisprudenza innovativa della Corte di Strasburgo e non incontra i limiti di "competenza" della stessa Carta dei diritti Ue; dal *revirement* in materia sindacale (con la sussunzione dei diritti sindacali e di azione collettiva- compreso lo sciopero- nell'alveo protettivo del diritto di associazione di cui all'art. 11, soluzione in precedenza esclusa dalla Corte) con la sentenza *Demir c. Turchia* del 2008, che è sembrata una sorta di risposta di Strasburgo alla contestatissime sentenze *Viking* e *Laval* della Corte di giustizia<sup>1227</sup>) cui si aggiunge la più recente *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers* del 8.4.2014 (sullo sciopero di solidarietà), sino a decisioni in materia di licenziamento (in genere in associazioni di tendenza come nei due casi *Obst v. Germania* e *Schuth c. Germania* del 2010), al problema della successione di contratti collettivi nel tempo (*Aizpurua Ortiz v. Spagna*), al caso di sanzioni disciplinari (*Şişman and Others v. Turkey* del 27.9.2011), ai molti interventi sulla legittimità delle misure di *austerità* adottate in relazione alla crisi dell'euro ed al risanamento dei bilanci pubblici<sup>1228</sup>) alla recente decisione

<sup>1227</sup> Cfr. G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, p. 970; G. Bronzini, *Le Corti europee ed il personale Ata*, in RGL, n. 4/2011. Cfr. anche S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013 che sottolinea le linee divergenti in materia di sciopero e libertà sindacali tra Corte di giustizia, Corte Edu e Comitati ILO. La recente sentenza *R.M.T. v. Regno Unito* dell'8.4.2014, pur adottata con numerose opinioni dissenzienti, che ha negato la tutela dell'art. 11 della Cedu ad uno sciopero di solidarietà (nel quale vengono esaminati anche gli articoli 12 e 28 della Carta di Nizza) appare obiettivamente ridimensionare la valenza garantista del più recente orientamento della Corte di Strasburgo nella materia. Su tale ultima decisione cfr. V. De Stefano, *Cedu, Corte di Strasburgo e sciopero della solidarietà: qualche conferma e molte questioni aperte*, in RGL n. 2/2014

<sup>1228</sup> Sentenza *Da Conceicaoã Mateus c. Portogallo*, dell'8.10.2013, sentenza *Koufaki e Adedy c. Grecia* del 7.5.2013, sentenza *Mihaies e Sentes c. Romania* del 6.12.2011.

*Dhabi* c. Itala dell'8.4.2014 (con una significativa intrusione di campo nel diritto comunitario) nella quale si mette sotto i riflettori l'obbligo per i Giudici di legittimità di effettuare il rinvio pregiudiziale o quanto meno di motivare il mancato accoglimento dell'istanza di parte, la cui violazione immotivata, viene però sanzionata con l'attribuzione delle somme per cui era giudizio <sup>(1229)</sup>.

Tuttavia, prima di esaminare più da vicino le questioni che sorgono nel tentativo di combinare orientamenti costituzionali interni e sovranazionali, vorrei riassumere molto sinteticamente le ragioni di una certa affanno (un senso di malessere – *malaise*- nel quale mi sento anch'io esistenzialmente coinvolto), talvolta una vera inquietudine che grava sul giudice di legittimità ma anche quello di merito, che trascende di molto le ovvie complicazioni pragmatiche nel dover comparare orientamenti di diverse giurisdizioni.

Il primo punto è stato sottolineato da molti commentatori ed anche dalla nostra Corte delle leggi: la Corte di Strasburgo è una Corte del caso singolo, giudica su specifiche violazioni in rapporto a pretese individuali, per quanto attraverso la ricezione della teoria del "margine di apprezzamento" si sia in parte aperta a considerazioni che contemplano una maggiore discrezionalità degli Stati, che in campo sociale diventa ancora più ampia. Non è certamente un organo giurisdizionale deputato a mantenere l'equilibrio di un sistema giuridico secondo una visione d'insieme; mentre questo è lo scopo dei Giudici delle leggi ed anche, sempre di più, della stessa Corte di giustizia, laddove è chiamata a prendersi cura degli interessi generali del *demos* europeo e delle ragioni "strategiche" del processo di integrazione. Posto il limitato angolo visuale di Strasburgo ed il suo giudicare casistico le difficoltà del *judicial transplaint* <sup>(1230)</sup> delle decisioni di questa Corte in altri contesti è sempre problematica, soprattutto in materie ove l'incursione della Corte è meno ancorata al nucleo più duro ed irrinunciabile della tutela dell'individuo (libertà dagli arresti o le libertà civili classiche). Questa differenza di metodo crea un certo spaesamento perché non è facile conciliare l'attitudine del Giudice interno a farsi carico, attraverso l'insegnamento delle Corti costituzionali, di una interpretazione "sistemica" della legislazione che può condurre a bilanciare diritti ed interessi costituzionali in conflitto, con un'opera di generalizzazione di casi esaminati dalla Corte Edu, spesso mal motivati (cfr. *l'Agrati*) e, comunque costruiti, in una logica puramente individualistica <sup>(1231)</sup>.

Il secondo profilo è sulla reale legittimità e "forza persuasiva" degli interventi in campo sociale della Corte Edu. Nell'ampia fenomenologia dei casi esaminati cui si è fatto riferimento la garanzia dei diritti sociali diventa epifenomeno di quella di diritti di altra generazione, civili e di libertà, un

<sup>1229</sup> Su tale decisione cfr. G. Turatto, *Commento alla sentenza Dhabi*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)

<sup>1230</sup> Cfr. F. Gallo, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, cit. Cfr. B. Randazzo, *Retraoattività delle leggi e ingerenza nell'attività giurisdizionale: i "motivi imperativi di interesse generale". Giurisprudenze a confronto*, in Quaderni di nuova giurisprudenza ligure, in [http://www.ordineavvocatibrescia.it/uploads/allegati\\_pagine\\_allegati/638Randazzo-retroattivita.pdf](http://www.ordineavvocatibrescia.it/uploads/allegati_pagine_allegati/638Randazzo-retroattivita.pdf) secondo la quale "il giudizio di costituzionalità in via incidentale- che viene qui in rilievo- ha per oggetto e come scopo primario, la tutela obiettiva dell'ordinamento... Il giudizio europeo ha invece come obiettivo la tutela di un diritto individuale, la cui violazione potrebbe discendere dalla legge... ma potrebbe anche dipendere da sue cattive applicazioni, da omissioni legislative, da prassi amministrative o giudiziarie". Mentre dunque nel giudizio di costituzionalità il Giudice delle leggi giudica nella prospettiva dell'interesse generale, della coerenza dell'ordinamento del suo complesso e il diritto individuale viene in rilievo come parametro di giudizio e come limite all'esercizio della potestà legislativa statale, nel giudizio europeo accade esattamente il contrario: la Corte Edu giudica dalla prospettiva del singolo e la legge viene in rilievo come base legale dell'ingerenza dello stato nel godimento del diritto fondamentale garantito dalla Cedu" ( pag. 30). Sottolinea la complessità ed anche l'eterogeneità degli interessi costituzionali in gioco L. Tria in, *Il caso del personale Ata, ovvero il ricorso alle Corti supreme europee tra plus e minus di tutela dei diritti fondamentali*, in *Questione giustizia* n. 1/2014

<sup>1231</sup> Remo Caponi ha parlato a proposito dell'*Agrati* di un "monologo" in, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3753 ss.

*side-effect* che non può non apparire controverso, posto che le norme di attribuzione di prestazioni socio-economiche hanno necessariamente alle spalle considerazioni e complesse valutazioni (soprattutto in questi anni) di tenuta dei bilanci pubblici e relative alle gerarchie di urgenza nell'attribuzione delle risorse statali sempre più scarse. Tutelare il nucleo di un diritto sociale come riflesso di un diritto di proprietà o di credito o giudicare di un licenziamento alla luce del diritto di associazione o della libertà di religione, è certamente operazione sino ad oggi estranea all'orizzonte ermeneutico del giudice ordinario o costituzionale di paesi come il nostro ed anche della stessa Corte di giustizia. Sarebbe, anche in presenza di problemi di bilancio e di ristrettezza di risorse, certamente possibile sviluppare un ragionamento sulle pretese in gioco interpretate come diritti sociali fondamentali, incomprimibili oltre un certo livello, come ha fatto il Tribunale costituzionale tedesco con la sentenza del 9.2.2010 *Hartz 4* a proposito del reddito minimo di esistenza stabilendo che le "spese in dignità" non possono essere "risparmiate" neppure in tempi di crisi (considerazioni simili ha svolto la nostra Corte con la sentenza n. 10/2010 sulla *social card*), ma è proprio questa la dimensione che la Corte di Strasburgo stenta a guadagnare poiché non esiste, come detto, una riconosciuta dimensione sociale della Cedu e perché la Carta sociale europea viene tenuta in un limbo giuridico che finisce con il conferirle carattere meramente simbolico. Va peraltro ricordato che una delle *missions* del "progetto Carta di Nizza" era proprio quella di attribuire alle prerogative socio-economiche lo stesso *status* degli altri diritti (come recita il Preambolo della Carta) di diversa generazione, anche se è ancora dibattuta la questione se questo obiettivo primario della codificazione dei *fundamental rights* nell'ambito Ue sia stato pienamente raggiunto (<sup>1232</sup>).

È inutile negare che vi siano dubbi o richieste di approfondimento largamente condivisi di ordine teorico-costituzionale. Mentre la fusione di orizzonti costituzionali nazionali e sovranazionali nel contesto dell'Unione europea conta sulle complesse costruzioni delle scuole del "costituzionalismo europeo" che propongono da tempo idee e modelli ben strutturati per legittimare un'osmosi tra ordinamenti interni e sistema Ue, nell'equilibrio tra il rispetto dell'identità costituzionale dei paesi membri (art. 4 TUE), l'affermarsi di principi "comuni" (<sup>1233</sup>) e la partecipazione democratica al processo di integrazione (se non altro dal punto di vista "riflessivo"), questo impianto teorico non è disponibile, per lo meno con la medesima forza dimostrativa, per quella convergenza delle soluzioni nazionali che anche l'ordinamento del Consiglio d'Europa alla fine postula (<sup>1234</sup>). È pos-

<sup>1232</sup> Su punto cfr. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, int. n.81/2010; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in, *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra, B. Caruso, volume V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani G. G.A. e Benacchio, Torino, 2009; G. Bronzini, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale "ordine costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?* in, *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Roma, 2010. Per un confronto tra Carta di Nizza e costituzione italiana cfr. i due volumi monografici su, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e costituzione italiana* della Rassegna di diritto pubblico europeo, nn. 2/2008 e 1/2010.

<sup>1233</sup> A. von Bogdandy, *Founding principles*, in (a cura di A. von Bogdandy, J. Bast), *Principles of european constitutional law*, cit.; nonché il numero monografico sul tema della rivista *European law journal* n. 16/2010 con interventi di A von Bogdandy, C. F. Sabel e O. Gerstenberg, Q. L. Hong, cit.

<sup>1234</sup> Sul ruolo della Ceu cfr. B. Randazzo, *The role of the Strasbourg Court in the democratic societies*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); sul piano più giurisprudenziale V. Zagrebelsky, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in a cura di E. Falletti e V. Piccone, *L'integrazione attraverso i diritti*, cit. Neppure la prevista adesione dell'Ue alla Cedu

sibile separare il piano della tutela dei diritti umani da quello di una più ampia ed intensa “costituzionalizzazione”? È possibile e ragionevole che i diritti sociali e del lavoro siano occasionalmente ed indirettamente protetti in base ad un Elenco così incompleto e datato, come quello stilato a Roma nel 1950? Può, sotto questo profilo, quindi apparire comprensibile la prudenza della nostra Corte verso la giurisprudenza Cedu, soprattutto su questioni nelle quali la necessità del bilanciamento delle pretese in gioco con altri interessi di natura costituzionale non è aggirabile.

E passo al connesso ultimo punto di perplessità già accennato. Proprio in ordine al principio del divieto di retroattività delle legge civile in materia sociale la Corte del Lussemburgo è sembrata volersi sottrarre al dialogo con l'orientamento di Strasburgo nonostante la chiara formulazione del terzo comma dell'art. 52 che recita “ laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione” sembrerebbe costringere la Corte Ue quanto meno ad esaminare se la garanzia del giusto processo di cui all'art. 47 della Carta porti ad ammettere la retroattività di una norma civile solo in presenza di motivi imperiosi di interesse pubblico, per lo meno quando la questione esaminata si presenti come “di diritto europeo”, ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta (<sup>1235</sup>). In tre importanti sentenze la *Kamberaj* dell'11.4.2011, la *Scattolon* del 4.1.2012 e la *Carratù* del 12.12.2012, la Corte Ue, come già accennato, è sembrata voler semplicemente aggirare il problema (<sup>1236</sup>). Questo è l'aspetto più insidioso della faccenda in quanto non solo si mostra una divergenza tra Corte costituzionale italiana e Corte Edu, ma anche una mancata convergenza tra le due Corti sovranazionali che, ad esempio, in campo penale, dialogano perfettamente con la piena integrazione degli orientamenti di Strasburgo nella nuova frontiera del diritto penale dell'Unione (<sup>1237</sup>) con il varo di direttive a largo raggio sui diritti di difesa che radicano una sempre più ampia competenza della Corte Ue ad esaminare questioni penalistiche alla luce della Carta di

---

ancora al di là da venire posto che l'ancora non disponibile ed incerto quanto a contenuti Trattato di adesione (dopo il parere n. 2/2013 della Corte di giustizia) dovrà essere sottoposto alla ratifica di ben 47 paesi, aderenti al Consiglio d'Europa potrà colmare, più di tanto, il divario “costituzionale” tra le due Europe, quella di Monnet e di Spinelli e quella incentrata sulla Corte di Strasburgo. Sul rilievo giurisdizionale dell'adesione cfr. A. Tizzano, *Le Cours europeennes et l'adehsion de l'Unione a la CEHD*, in [www.european-rights.eu](http://www.european-rights.eu)

<sup>1235</sup> Scrive ad esempio B. de Witte in, *Article 53. Level of protection in the Eu Charter of fundamental rights - A Commentary*, (eds.) S. Peers et. Al., Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2014, pag. 1523 ss: “In interpreting the relevant provisions of the Charter, the Court of Justice and the Courts of the Member states must have due regard to the level of protection offered by similar rights contained in international human rights conventions such as the ECHR in the common constitutional traditions of the member states”

<sup>1236</sup> Per la *Carratù* una possibile spiegazione del dichiarato, all'apparenza senza giustificazione e comunque non motivato dalla Corte, assorbimento della questione della lesione dell'art. 47 della Carta di Nizza ( sotto il profilo della retroattività della norma) prospettata dal Giudice del rinvio pregiudiziale alla luce ( ex art. 52 della stessa Carta) della giurisprudenza formatasi sull'art. 6 della Cedu presso la Corte di Strasburgo può venire dalla successiva sentenza del 10.7.2014 ( C-198/2013), *Hernández* che ha precisato che se la normativa interna esaminata costituisce un trattamento di miglior favore dello Stato rispetto a quanto previsto dalle disposizioni sovranazionali (nella *Carratù* era stato affermato che l'equiparazione tra indennità dovuta in caso di licenziamento illegittimo e quella nel caso di conversione di un contratto a termine in contratto a tempo indeterminato derivava da una scelta più favorevole compiuta dallo Stato), allora i diritti della Carta non sarebbero applicabili perché si trascende l'ambito di applicazione del diritto europeo. Nel caso della *Kamberaj* invece sembra ragionevole supporre che la Corte non si sia pronunciata sul tema in esame in quanto la tutela “ comunitaria” era di per sé idonea a portare a risolvere la controversia, così come nel caso *Scattolon* la Corte sembra aver privilegiato la valorizzazione delle garanzie del diritto dell'Unione che ha portato a ricondurre la fattispecie nell'alveo delle direttive sul trasferimento di azienda e conseguentemente ha condotto la Corte di cassazione ad accertare sotto questo profilo i diritti vantati in giudizio dei lavoratori.

<sup>1237</sup> L'osmosi tra le due giurisprudenza è intensa, con continui *referencies* della Corte del Lussemburgo ai precedenti della Corte Edu anche in tanti altri settori, dalla tutela della *privacy* ai diritti dei migranti.

Nizza (le cui norme però vengono in genere ricostruite nel loro contenuto anche alla luce dell'orientamento di Strasburgo sulle "omologhe" disposizioni della Cedu). La mancata convergenza tra le Corti europee costituisce non solo un ulteriore problema per l'interprete interno (cfr. il caso *Agrati-Scattolon*) ma alla fine può essere elemento disgregante della stessa credibilità della tutela multilivello, essendo incomprensibile per il comune cittadino che esistano tre tutele diverse per lo stesso fatto a seconda che la questione sia vista come interna, comunitaria e convenzionale (<sup>1238</sup>). In sostanza si è rilevata a bassa intensità direttiva la clausola orizzontale di cui all'art. 53 della Carta che stabilisce, in caso di concorrenza tra fonti di protezione, il principio del trattamento di miglior favore che, a ben guardare, sembra operare bene quando sono in gioco il potere punitivo dello Stato ed i diritti di libertà del cittadino, ma diventa quasi inutilizzabile allorché, a proposito di diritti sociali, vengono in risalto delicati problemi di costi dei benefici di *welfare* e interessi di natura pubblica a mantenere in equilibrio il bilancio dello Stato (interessi che risultano "quasi- costituzionalizzati" anche nel cosiddetto *Fiscal compact*).

#### 8. Le ipotesi più significative della tutela Cedu dei diritti sociali: le regole d'ingresso.

Le regole di ingaggio delle norme Cedu sono molto più limpide di quelle che riguardano la Carta avendo la Convenzione applicazione universale. Anche il rilievo delle norme della Convenzione, dopo numerose pronunce della Corte costituzionale, appare chiaro: il contrasto con le norme interne obbliga all'"interpretazione conforme" ma non può condurre ad una disapplicazione diretta della disposizione statale (a parte le notissime decisioni n. 348 e 349 del 2007 va ricordata la nettissima n. 80/2011). Fanno comunque ostacolo all'ingresso nel nostro orientamento non solo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno, ma qualsiasi norma o principio costituzionale. Pertanto i "contro limiti" all'applicabilità di una disposizione Cedu (in pratica di una decisione di Strasburgo circa qualche caso di violazione) hanno una latitudine ben più ampia che nei confronti del diritto europeo in quanto non riguardano solo il nucleo fondativo del nostro ordinamento costituzionale ed alcuni diritti umani protetti dalla Costituzione del 47. Per quanto riguarda il settore civile non si segnalano esempi di ribellione a tale indirizzo che pur priva il Giudice ordinario italiano di quel potere di diretto apprezzamento della giurisprudenza di Strasburgo che sul piano comparativo risulta spettare alla stragrande maggioranza dei Giudici degli altri 46 paesi aderenti al Consiglio d'Europa e che rende il nostro sistema di controllo di "legittimità convenzionale" molto complesso e, soprattutto, lentissimo dovendo comportare la verifica accentrata della nostra Corte delle leggi. L'orientamento di alcuni Giudici amministrativi secondo il quale l'art. 6 Tue avrebbe "comunitarizzato" le norme Cedu, pur riguardando il settore civile, è oggi decisamente archiviato (<sup>1239</sup>) soprattutto dopo la decisione n. 80/2011.

Altro problema che si è posto è se l'orientamento ormai superconsolidato secondo il quale le questioni di applicabilità del diritto comunitario possono essere sollevate anche *ex officio* ed in ogni stato e grado del processo possa valere anche per le questioni di legittimità "convenzionale".

<sup>1238</sup> Per la tesi della necessità di una convergenza della tutela multilivello attorno al meta-principio della dignità della persona vanno richiamati i numerosi ed acuti lavori di A. Ruggeri ed in particolare la raccolta di saggi, A. Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2011*, Torino 2012; cfr. anche A. Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e le tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in QG n. 1/2014 e, dello stesso Autore, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Ottobre 2014; la seconda tesi del testo "programmatico" di Ruggeri invita a considerare i diritti fondamentali nella loro dimensione intercostituzionale e interordinamentale.

<sup>1239</sup> V. la ricostruzione da ultimo compiuta da R. Conti, *Contrasto tra norma interna e Cedu: fra rilevabilità di ufficio ex officio e controllo diffuso di convenzionalità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

A me sembra che, soprattutto in campo lavoristico, sia assolutamente prevalente la tesi propensa all'assimilabilità tra le due situazioni che in effetti sembra essere stata revocata in dubbio più che altro nella giurisprudenza penale di legittimità. Ha correttamente notato di recente Roberto Conti che "l'obbligo del giudice comune di verificare anzitutto (Corte cost. n. 113/2011) la praticabilità di un'interpretazione della legge in senso conforme alla Cedu, predicato sin dalle sentenze gemelle del 2007 a più riprese dalla Corte costituzionale sembra richiedere un controllo sulla compatibilità del sistema interno con la Cedu ben lontano da meccanismi riconducibili in via esclusiva alle parti del processo, soprattutto quando il deficit trova la sua genesi nell'ordinamento positivo interno" (1240). Senza entrare nel dettaglio riguardando i soli giudizi in cassazione certamente anche la rilevabilità di ufficio sembra presupporre che il ricorso abbia validamente introdotto il tema sul quale si innesta un profilo di "legittimità convenzionale": ad esempio la Corte di cassazione lavoro non ha mai ritenuto di affrontare nel merito la questione di legittimità "convenzionale" dell'art. 32 del Collegato lavoro nelle controversie con le Poste sui contratti a termine in quanto i ricorsi delle Poste non avevano idoneamente impugnato il capo concernente il risarcimento dei danni. Ancora va ricordato che la Corte di cassazione nelle due ordinanze che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della normativa di interpretazione autentica in ordine al trattamento pensionistico dei lavoratori italiani migranti in Svizzera (sul quale torneremo diffusamente) per contrasto con l'art. 117 Cost. e, in realtà, con le due sentenze della Corte di Strasburgo *Maggio* e *Stefanetti*, (rispettivamente l'ordinanza interlocutoria n. 23834/2011 del 15.11.2011 risolta con la decisione della Corte costituzionale n.264/2012 e l'ordinanza interlocutoria n. 4881/2015 del 17.12.2014 ancora pendente) lo ha fatto in sostanza *ex officio* in difetto di una esplicita richiesta di parte, anche se la legittimità costituzionale della norma era stata sollevata dalla stessa parte ma sotto diversi parametri. In questo senso deve essere interpretata la stessa decisione della Cassazione lavoro n. 76/2014 che ha affermato che " nel ricorso per cassazione per violazione di legge, la parte che deduce l'inosservanza in proprio danno delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nella specie, gli artt. 6 e 14), ha l'onere di indicare la regola desumibile dalla Convenzione o dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in casi analoghi e di allegare in che modo il giudice di merito si sia discostato dai parametri della Convenzione, indicando gli elementi concreti di analogia tra il proprio caso e gli altri nei quali in sede europea siano stati applicati i parametri più adeguati e comunque più favorevoli che invoca", impedendo generici richiami alla Cedu che non si facciano carico della ricostruzione dell'orientamento della Corte sovranazionale". La decisione sembra esonerare il Giudice dall'onere di motivare diffusivamente sull'eccezione della parte, ma non dal dovere di esaminare profili di eventuale violazione della giurisprudenza di Strasburgo ove effettivamente sussistenti.

Nella prassi giudiziaria italiana, tuttavia, le ipotesi di tutela Cedu in campo sociale sono limitate, in buona sostanza, a tre settori: la tutela antidiscriminatoria, quella "sostanziale" di violazione del Protocollo n. 1 e alla violazione dell'art. 6 per opera di leggi retroattive o attivato *ex se* o in congiunzione con l'art.1 Protocollo n. 1. Tratterò più che altro quest'ultimo aspetto in quanto ormai è una questione che si pone in numerosissime controversie visto l'alluvionale ricorso alle leggi retroattive di "pseudo" interpretazione autentica e che ha portato ad un plateale divergenza di vedute tra la nostra Corte e quella di Strasburgo che mette il Giudice al centro del dissenso tra 2 giurisprudenze diverse.

---

<sup>1240</sup> R. Conti, *ibidem* pag. 5.

Circa il profilo antidiscriminatorio va ricordato che l'art. 14 Cedu può essere invocato solo in correlazione con un altro diritto Cedu (anche se la giurisprudenza ha un po' reso più fluida la norma) e che quindi riveste carattere accessorio e sussidiario. L'incidenza della giurisprudenza antidiscriminatoria in Italia non è vastissima: il caso più rilevante è già stato ricordato ed attiene all'esclusione di cittadini extracomunitari dall'accesso a prestazioni sociali ad opera della legislazione nazionale ma soprattutto regionale o alla subordinazione di tale accesso a requisiti irrazionali e vessatori (anche da parte di Comuni) o anche all'esclusione di tali cittadini dalla partecipazione a taluni concorsi pubblici. Anche la nostra Corte costituzionale ha ritenuto (da ultimo la sentenza n. 168/2014 e la n. 22/2015 sul requisito della carta di soggiorno) discriminatori simili esclusioni richiamando il contrasto con l'art. 14 Cedu come emergente dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una buona sinergia tra orientamenti di Strasburgo e quelli del Lussemburgo si è sin qui avuto nel campo delle discriminazioni per sesso (cfr. sentenza *KB* della Corte di giustizia che segue la *Goodwin* di Strasburgo). In pratica però di fronte alla rete di direttive antidiscriminatorie a largo raggio dell'Unione europea (in genere trasposte in modo felice nel nostro ordinamento) la Cedu finisce per essere applicata a casi marginali e trascurabili essendo la controversia direttamente investita dal diritto europeo o da quello nazionale applicativo del primo. Va anche considerato che la giurisprudenza della Corte Cdu ammette un ampio margine di apprezzamento per gli Stati nazionali che appare superiore a quanto viene, invece, tollerato dall'ordinamento dell'Unione la cui politica antidiscriminatoria rappresenta da tempo un elemento centrale <sup>(1241)</sup> della *governance* sovranazionale.

Ancora più trascurabile nella nostra giurisprudenza l'orientamento di Strasburgo sull'art. 1 del Protocollo n. 1, se fatto valere in sé e non in connessione con la violazione delle norme sul giusto processo visto che la tutela che il Protocollo offre ai diritti sociali visti come diritti di credito che entrano a far parte del "patrimonio" del soggetto si limita a richiedere che vi sia un interesse pubblico all'interferenza e che il sacrificio individuale sia proporzionato, il che lascia un vastissimo campo di discrezionalità agli Stati. Va ricordato come le cosiddette *recovery measures*, indotte dalla crisi dell'euro, non siano state stigmatizzate dalle due Corti europee. La Corte di giustizia, come già ricordato, con l'ordinanza del 7 marzo 2013 (*Sindicato dos Bancarios do Norte*) ha affermato di non poter giudicare se le misure di *austerity* adottate dal Portogallo fossero in contrasto con la Carta di Nizza perché "non emergevano in concreto elementi" per ritenere che la legge portoghese, colpendo esclusivamente i salari e le pensioni dei dipendenti pubblici, intendesse attuare il diritto europeo. Per quanto riguarda il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani, sempre con riferimento al Portogallo, la Corte europea dei diritti umani (sentenza *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo*, dell'8.10.2013) ha a sua volta giudicato legittime le misure di *austerity* con le quali era stata prevista per il 2012 una riduzione dei sussidi feriali e natalizi per i soli pensionati pubblici, riduzione già giudicata incostituzionale dalla Corte costituzionale portoghese, che, però, ne aveva salvato gli effetti per il 2012. La Corte di Strasburgo ha osservato che in tema di violazione di diritti pensionistici, lo stato disponeva di un ampio margine di apprezzamento per valutare la sussistenza di un interesse pubblico alla loro rideterminazione; questa, tuttavia, deve avere un fondamento ragionevole e salvaguardare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. L'essenza del diritto

<sup>1241</sup> Cfr., il commento all'art. 14 in, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, G. Zagrebelsky, Cedam, 2012

comunque non deve essere pregiudicata e va tenuta in conto anche la specifica natura della prestazione, apparendo inammissibile una privazione totale dei diritti che comporti la perdita dei mezzi di sussistenza. Nel caso in esame emergeva che tali misure erano state adottate in una situazione economica estrema, erano limitate nel tempo e comunque i tagli non incidevano sulla pensione- base. Pertanto la Corte ha concluso che era stato rispettato un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico al risanamento del bilancio e quello alla protezione dei diritti fondamentali, così come già accertato in un caso simile, riguardante provvedimenti di *austerità* in Grecia (sentenza *Koufaki e Adedy c. Grecia* del 7.5.2013) e in uno riguardante la Romania (sentenza *Mihaies e Sentes c. Romania* del 6.12.2011) <sup>(1242)</sup>.

Molto rilevante è invece l'ultima direttrice sulla quale si soffermeremo.

### 9. Le linee di convergenza e il contenuto del dissenso tra le Corti in materia di leggi di interpretazione autentica: una sintesi.

La latitudine del dissenso è in effetti ricostruita con esattezza e lealtà espositiva in numerose decisioni della nostra Corte che riassume, sia nelle decisioni di inammissibilità che di accoglimento, con pregevole sintesi l'orientamento di Strasburgo: questa sintesi opera quindi come una sorta di massima che viene poi riprodotta ogni volta che si ripresenta la questione che oggi discutiamo. Si prenda la decisione n. 170/2013 (una delle tante in cui l'orientamento di Strasburgo è stato *in toto* recepito): "4. tali essendo gli effetti della disciplina impugnata, occorre esaminare la questione di legittimità portata all'esame di questa Corte alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sviluppatasi in materia di leggi retroattive, rispettivamente in riferimento all'art. 3 Cost. e all'art. 6 della CEDU, come richiamato dall'art. 117, primo comma, Cost., che costituiscono i parametri del presente giudizio. 4.2.– I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente debbono essere esaminati congiuntamente, in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infatti, questa Corte ha affermato che «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza», affinché si realizzi la necessaria «integrazione delle tutele» (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo. Pertanto, anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale «deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate», in quanto «un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative [...] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela» (sentenza n. 1 del 2013). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 85 del 2013

<sup>1242</sup> Cfr., *Le politiche di austerità in Europa e la garanzia dei diritti sociali fondamentali*, in Laboratorio dei diritti fondamentali, Bollettino n. 12, S. Borelli, *Corte Edu verso Troika? Cronaca di una sconfitta annunciata*, in RGL n. 2/2014

e n. 264 del 2012). 4.3.– Con riferimento al caso in esame, i principi di cui sopra portano a rilevare, anzitutto, che «il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.», riservata alla materia penale, con la conseguenza che «il legislatore – nel rispetto di tale previsione – può emanare norme con efficacia retroattiva, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della CEDU (ex plurimis sentenza n. 78 del 2012). Tuttavia, occorre che la retroattività non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (ex plurimis sentenze nn. 93 e 41 del 2011) e, pertanto, questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali e di altri valori di civiltà giuridica, tra i quali sono ricompresi «il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (ex multis sentenze n. 78 del 2012 e n. 209 del 2010). In particolare, in situazioni paragonabili al caso in esame, la Corte ha già avuto modo di precisare che la norma retroattiva non può tradire l'affidamento del privato, specie se maturato con il consolidamento di situazioni sostanziali, pur se la disposizione retroattiva sia dettata dalla necessità di contenere la spesa pubblica o di far fronte ad evenienze eccezionali (ex plurimis, sentenze n. 24 del 2009, n. 374 del 2002 e n. 419 del 2000). 4.4.– Del tutto affini sono i principi in tema di leggi retroattive sviluppati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in riferimento all'art. 6 della CEDU, i quali trovano applicazione anche nell'ambito delle procedure concorsuali, come è attestato da specifiche pronunce della Corte europea riguardanti l'Italia (pronunce 11 dicembre 2003, Bassani contro Italia; 15 novembre 1996, Ceteroni contro Italia). La Corte di Strasburgo, infatti, ha ripetutamente affermato, con specifico riguardo a leggi retroattive del nostro ordinamento, che in linea di principio non è vietato al potere legislativo di stabilire in materia civile una regolamentazione innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della CEDU, ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (pronunce 11 dicembre 2012, De Rosa contro Italia; 14 febbraio 2012, Arras contro Italia; 7 giugno 2011, Agrati contro Italia; 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; 10 giugno 2008, Bortesi contro Italia; Grande Camera, 29 marzo 2006, Scordino contro Italia). La Corte di Strasburgo ha altresì rimarcato che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive devono essere intese in senso restrittivo (pronuncia 14 febbraio 2012, Arras contro Italia) e che il solo interesse finanziario dello Stato non consente di giustificare l'intervento retroattivo (pronunce 25 novembre 2010, Lilly France contro Francia; 21 giugno 2007, Scanner de l'Ouest Lyonnais contro Francia; 16 gennaio 2007, Chiesi S.A. contro Francia; 9 gennaio 2007, Arnolin contro Francia; 11 aprile 2006, Cabourdin contro Francia). Viceversa, lo stato del giudizio e il grado di consolidamento dell'accertamento, l'imprevedibilità dell'intervento legislativo e la circostanza che lo Stato sia parte in senso stretto della controversia, sono tutti elementi considerati dalla Corte europea per verificare se una legge retroattiva determini una violazione dell'art. 6 della CEDU: sentenze 27 maggio 2004, Ogis Institut Stanislas contro Francia; 26 ottobre 1997, Papageorgiou contro Grecia; 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society contro Regno Unito. Le sentenze

da ultimo citate, pur non essendo direttamente rivolte all'Italia, contengono affermazioni generali, che la stessa Corte europea ritiene applicabili oltre il caso specifico e che questa Corte considera vincolanti anche per l'ordinamento italiano." Si tratta di una ricostruzione impeccabile: le clamorose condanne dell'Italia, in realtà, non apportano significati apporti argomentativi a quanto già affermato in precedenza, limitandosi la Corte Edu a sostenere che le ragioni addotte dal Governo non erano convincenti (*compelling enough* nel caso *Maggio*) e a ribadire i precedenti prima riportati dalla nostra Corte (che sono i veri *leading cases* in materia). Riassumendo la Corte dei diritti umani guarda alla legge retroattiva civile con pregiudizio e come una *extrema ratio* davvero inevitabile se questa incide su processi in corso, alterando la parità tra le armi e lasciando una delle parti senza tutela. Questo pregiudizio è ancora più forte se ad essere travolti sono giudizi che hanno come parte lo Stato (anche se il principio nella sentenza *Arras c. Italia* è stato affermato anche se le parti erano tutte private), soprattutto se sussiste ormai una giurisprudenza generalizzata a favore dei ricorrenti che costituisce un determinante indizio dell'intento di interferire con la giustizia. È lo Stato che deve dimostrare di non avere utilizzato la funzione legislativa proprio per alterare il corso della giustizia allegando ragioni di carattere eccezionale. Anche l'ipotesi in astratto ammessa da Strasburgo costituita dalla necessità di ripristinare l'intento originario del legislatore tradito da una imperfezione tecnica della legge finisce con il giovare poco alla legittimazione delle prassi in atto da decenni in Italia perché questo intento deve essere univoco e risultante senza dubbi sin dall'inizio e quindi non basta che una legge retroattiva intervenga conferendo autorità ad uno dei tanti significati ascrivibili alla norma in questione, selezionando, in genere, quella che premia gli interessi processuali dello "Stato-parte". Alla Corte Edu risultano incomprensibili prassi come quella tenuta da una importante Cassa di previdenza italiana che, dopo aver adottato due Delibere pensionistiche *contra legem* ha poi fatto valere, per contrastare l'orientamento consolidato di legittimità, una prima legge di "ratifica retroattiva" dopo 5 anni l'adozione delle Delibere e poi, dopo altri sette anni, una norma di interpretazione autentica della norma precedente cui la Cassazione aveva già conferito un significato non gradito<sup>1243</sup>). In molte decisioni si è sottolineato come interventi legislativi di interpretazione "autentica" difesi dal Governo nel nome della certezza del diritto siano stati adottati dopo anni dal provvedimento originario; sull'inadeguatezza di ragioni puramente economiche la Corte Edu è stata, poi, particolarmente recisa proprio nelle condanne contro l'Italia. Ancora appare evidente come non sia sufficiente allegare principi- che costituiscono in genere valori costituzionali interni- come la certezza del diritto, la solidarietà, il rispetto dell'equilibrio di bilancio, l'eguaglianza e la parità di trattamento e così via- in quanto si deve dimostrare in concreto perché, per salvaguardare tali interessi e principi costituzionali, si debba necessariamente alterare il corso della giustizia che costituisce – in questo campo- il prioritario "bene" giuridico da tutelare in modo rigoroso, salvo eventi e situazioni eccezionali. Molto più permissiva (forse persino troppo) sembra la Corte di Strasburgo sia quando si tratta di disposizione retroattive che non abbiano le conseguenze prima viste sui processi in corso, sia quando si incida su diritti socio-economici, anche legati a rapporti di durata come i trattamenti pensionistici. L'interesse pubblico non deve assolutamente avere quelle caratteristiche "di emergenza" ed eccezionali prima ricordate e si deve evitare solo che non vi sia

---

<sup>1243</sup> Sulla vicenda cfr. cass. n. 17892/2014

un pregiudizio eccessivo per gli interessati<sup>1244</sup>). Apparentemente, quindi, il messaggio della nostra Corte è tranquillizzante e rassicurante; i valori della Convenzione sono anche quelli della nostra Costituzione ed in effetti tra decisioni che hanno, sulla base della giurisprudenza Cedu, portato alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi statali e regionali e decisioni della Corte di cassazione di interpretazione “convenzionalmente orientata” spesso, in concreto, i due orientamenti si saldano. La zona di dissenso è però facilmente rintracciabile dalla “massima” che prima ho riportato. La Corte costituzionale sin dalle decisione 311/09 (smentita poi dall’*Agrati*), pur nel rispetto dell’interpretazione che delle norme della Cedu offre la Corte deputata a questo compito, ha valorizzato la teoria del margine di apprezzamento: affermando” peraltro, fare salvi i «motivi imperativi d’interesse generale» che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell’onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l’altro, degli interessi che sono alla base dell’esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, del 23 ottobre 1997).” In sostanza la Corte individua in molte decisioni alcuni interessi e valori costituzionali come quei “motivi imperativi di interesse pubblico” idonei a legittimare anche l’interferenza con processi in

<sup>1244</sup> L’orientamento della Corte di Strasburgo come già accennato ha trovato accoglimento in numerose decisioni della Corte costituzionale (anche se in genere non in settori in cui erano in questione risorse finanziarie importanti) tra le quali più recentemente; la n. 191/2014 (in ordine ad una legge sui requisiti del Commissario straordinario per Roma), la n. 308/2013 (su una legge della Regione Sardegna in materia di rispetto paesaggistico), la già citata 170/2013, la 103/2013 (sui requisiti acustici abitativi), la n. 160/2013 (sui contratti di lavoro Secit, che tuttavia utilizza il criterio anche interno di violazione irragionevole del principio di affidamento), la n. 78/2012 (sui termini di prescrizione per contestare addebiti sui conti correnti). Per quest’ultima vale la pena di riportare il passo che porta alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che rappresenta una ricezione alla lettera dell’orientamento di Strasburgo: “È noto che, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione – integrino, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (ex plurimis: sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sentenza n. 80 del 2011). La Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia (ex plurimis: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, *Agrati* ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, *Maggio* contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, *Javaugue* contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, *Bortesi* ed altri contro Italia). Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all’art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi d’interesse generale», che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell’ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali (sentenza n. 15 del 2012). Nel caso in esame, come si evince dalle considerazioni dianzi svolte, non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d’interesse generale, idonei a giustificare l’effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo”. Sulla sentenza n. 78/2012 cfr. G. U. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro costituzionalità*, in *Giur. cost.* 2012, 1678 ss. che ricorda come, indipendentemente dalle indicazioni della Corte Edu, esista una giurisprudenza interna, nella decisione n.78/12 saldata con la prima con una sorta di doppia motivazione, che circoscrive il potere legislativo di emanare leggi di interpretazione autentica ai casi in cui il contenuto della norma sia effettivamente dubbio e che quindi combatte la legge “fraudolenta” che non ha un vero fine interpretativo. Non mi pare dubbio, però, che questo saggio e razionale orientamento (non sempre implementato con rigore) sia stato valorizzato e reso più stringente per le pressioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

corso, persino nei casi in cui questi processi abbiamo una sorte ormai scontata e vedano lo Stato come parte. Solidarietà, uguaglianza, certezza del diritto, equilibrio di bilancio etc. come valori ed interessi costituzionali idonei a poter rappresentare quella deroga ammessa dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo, senza però – e questo mi pare il punto- sviluppare alcuna specifica indagine in ordine al carattere straordinario dell'intervento non altrimenti evitabile. Nella 264/2012 questo tipo di argomentazione si radicalizza (nella 311/09 il ragionamento sviluppato in linea principale era ancora la sussistenza delle ragioni imperiose di interesse pubblico come ammesse dalla Corte Edu) in quanto la Corte costituzionale offre anche spunti "ermeneutici" di natura generale in ordine alla necessaria valutazione sistemica che il Giudice delle leggi deve effettuare onde bilanciare tutti gli interessi in gioco contro quella parcellizzata ed incentrata sulla tutela privilegiata di uno specifico diritto che è propria di Strasburgo, ma si tratta di un argomento "retorico", forse neppure necessario, per sorreggere la storica decisione, senza precedenti, di non dare ingresso alla decisione *Maggio* nel nostro ordinamento, sulla base dell'accertamento di "contro-limiti" costituzionali, posto che la sostanza della decisione è che questi contro-limiti prevalgono sul diritto umano esaminato. La Corte in effetti osserva "gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni". La Corte di Strasburgo può quindi replicare (sentenza *Stefanetti*, par. 42 che ha di molto aggravato la situazione in quanto in questo caso è stata accertata anche la violazione del Protocollo n. 1, il cui danno è ancora in corso di liquidazione): "inoltre, anche assumendo che la legge mirasse davvero a reintrodurre la volontà originaria del legislatore dopo le modifiche del 1982, la Corte ha già accettato che il fine di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, benché di interesse generale, non era sufficientemente impellente da prevalere sui pericoli inerenti all'utilizzo di una normativa retroattiva che incideva su una controversia pendente. Invero, anche ammettendo che lo Stato stesse tentando di perequare una situazione che originariamente non aveva inteso creare, avrebbe potuto farlo tranquillamente senza ricorrere all'applicazione retroattiva della legge. Inoltre, anche il fatto che lo Stato abbia aspettato ventiquattro anni prima di effettuare una simile perequazione, nonostante il fatto che numerosi pensionati che avevano lavorato in Svizzera stessero ripetutamente vincendo in giudizio dinanzi ai tribunali nazionali, crea dei dubbi riguardo al fatto che quella fosse realmente l'intenzione del legislatore nel 1982 ". Come ha sostenuto anche Vladimiro Zabrebelsky il profilo più opinabile della 264 (e di numerose altre decisioni che richiamano interessi e valori costituzionali presentandoli come quei "motivi imperiosi di interesse generale" di cui parla Strasburgo) è una mancata ricostruzione dell'assoluta urgenza dell'intervento, non evitabile con altri mezzi per sopperire ad una situazione di tale gravità ed eccezionalità da determinare necessariamente una interferenza con il potere giudiziario. L'equilibrio di bilancio non è peraltro neppure analizzato in specifico in rapporto all'incidenza che potrebbe avere la

questione delle pensioni svizzere. Il richiamo a valori ed interessi costituzionalmente rilevanti non può diventare una formula di stile per coprire prassi che gli altri paesi europei non conoscono con tale sistematicità<sup>1245</sup>. Per riprendere una nota battuta nata a proposito del caso Ata e del tentativo di giustificazione del provvedimento retroattivo del Governo (che richiamava un precedente di Strasburgo contro la Germania); una cosa è l'esodo verso ovest dei cittadini della Germania dell'est nel 1989, un'altra l'esodo (da una amministrazione pubblica ad un'altra) dei bidelli italiani. Sono quindi convinto che le decisioni della Corte delle leggi ed anche della cassazione che utilizzano genericamente, senza preoccuparsi della specifica ricostruzione dell' "imperiosità" del provvedimento retroattivo, altri parametri costituzionali concorrenti con il diritto al giusto processo e quindi con questo bilanciabili non ci risparmierebbero ulteriori condanne, inasprendo quindi il contrasto ormai palese tra le due Corti. Michele De Luca ha osservato che "la norma della Cedu come interpretata dalla Cedu pare dalla norma disattesa laddove adduce – a giustificazione della deroga al divieto di retroattività della legge- ragioni riconducibili sostanzialmente a quelle stesse che non erano state ritenute "un motivo di interesse generale" sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva. Secondo la Corte sono "preminenti interessi generali... la certezza del diritto e considerazioni finanziarie ..." (1246), ma proprio

<sup>1245</sup> Numerose sono, invece, le decisioni della Corte costituzionale di quest'anno che sembrano in una certa tensione con l'orientamento di Strasburgo perché richiamano interessi e valori costituzionali come di per sé "motivi imperiosi di interesse pubblico" idonei a giustificare una interpretazione retroattiva con l'inevitabile ricaduta sui processi in corso: la nn. 227/2014 (sulla riliquidazione della pensione di reversibilità), 158/2014 (sul ricalcolo dell'indennità di disoccupazione per gli operai agricoli a tempo determinato); 156/2014 (sul contributo di solidarietà dovuto all'INPS); 92/2014 (in materia di termini di opposizione a decreto ingiuntivo). In quest'ultima ad esempio si afferma "non sussiste neanche la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, nel significato e nella portata chiariti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; che la regola di diritto, affermata dalla Corte europea con sentenza in data 7 giugno 2011, in causa Agrati ed altri contro Italia, è che «Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio di prevalenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia. L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte» (sentenza n. 15 del 2012, punto 3.3. del Considerato in diritto); che, anche secondo la detta regola, dunque, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi di interesse generale» che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali; che, «diversamente, se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo d'influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione, priva di significato concreto» (sentenze n. 15 del 2012, punto 3.3. del Considerato in diritto e n. 257 del 2011, punto 5.1. del Considerato in diritto); che, nella fattispecie, la norma censurata si è limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo, peraltro già fatta propria da un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità; che la soluzione prescelta dal legislatore ha superato una situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'egualianza di tutti i cittadini di fronte alla legge". L'ordinanza n. 10 del 2014 ha confermato la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 264/2012) nel caso *Maggio* ribadendo la prevalenza sul diritto umano ad un giusto processo, alla luce dell'orientamento di Strasburgo, di altri interessi e principi costituzionali.

<sup>1246</sup> Michele De Luca, *Quanto incide l'allargamento dei contro limiti sulla efficacia delle norme Cedu*, in F.I. 2013, III, pag. 791 ss.; cfr. G. Amoroso, *Sui contro limiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 2764/2012)*, in F.I. 2013, I, 22 ss. Sullo "strappo" della 264 cfr. C. Pinelli, *Valutazione sistematica versus valutazione parcellizzata: un paragone con la Corte di Strasburgo*, in Giur. Cost. 2012, 4230 ss.; R. Caponi, *Retroattività alle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*; in Giur. cost. 2012 4233 ss.; *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*; in Giur. cost., 2012, 4235 ss. G. Strozzi in, *La tutela (s)bilanciata dei diritti fondamentali dell'uomo*, in Il Diritto dell'Unione europea, I, 189 ss. osserva che in effetti il bilanciamento effettuato dalla Corte (che conduce al non ingresso nell'ordinamento interno della decisione *Maggio*, non è tra diritti, ma tra un diritto umano ed interessi costituzionalmente protetti, quali anche l'equilibrio del bilancio; mentre

queste giustificazioni erano state escluse dalla Corte, considerate semmai valide insieme a considerazioni di uguaglianza e solidarietà per un intervento correttore, ma non retroattivo. Un nuovo caso di conflitto tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo sembra essersi aperta con la decisione n. 49/2015 che ha ritenuto non sufficiente ad integrare il parametro di incostituzionalità per violazione dell'art. 7 Cedu la sentenza *Varvara* di Strasburgo ed ha affermato esplicitamente che "è, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera. È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali". Rimane il dubbio che, invece, l'orientamento di Strasburgo, non si modificherà affatto e che si sia perso tempo per cercare di uniformarsi senza indugi (e senza altre condanne) all'indirizzo della Corte Edu<sup>1247</sup>). La Corte costituzionale in ogni caso suggerisce che un rapporto meno controverso e più fluido tra Giudici ordinari e Giudici di Strasburgo potrebbe essere favorito nel nostro paese dall'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Cedu che autorizza i Giudici della Corte Supreme a richiedere un parere consultivo di "legittimità convenzionale" alla Corte Edu ancora pendente il processo. Resterà da vedere se la nostra Corte delle leggi si sentirà autorizzata a ricorrere a tale strumento di "facilitazione" del dialogo. Per l'entrata in vigore del Protocollo sono necessarie 10 ratifiche, mentre allo stato esistono solo 10 sottoscrizioni, il che non esime alcuni

---

la Corte costituzionale in genere parla di tecniche di bilanciamento al fine di offrire una migliore "integrazione delle tutele" accordate ai diversi livelli onde garantire i diritti individuali "al meglio possibile" come affermato nella sentenza n. 349/2007. In tal modo diventano non operativi i criteri di raccordo stabiliti nelle stesse Carte sovranazionali tra tutele di diverso livello incentrate sul principio del "miglior trattamento" come ad esempio all'art. 53 della Carta di Nizza. Cfr. A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte Edu e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a prima lettura di Corte cost. n. 264/20912)*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); A. Valentino, *Ancora sulle leggi di interpretazione autentica; il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. pensioni svizzere*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), settembre 2013; G. Tesaurò, *Il Giudice nazionale e il diritto europeo. Il Rapporto tra il giudice nazionale e la Corte dei diritti dell'uomo*, Relazione al Convegno presso la Corte di appello di Roma del 3.6.2013

<sup>1247</sup> Su tale decisione cfr. Il commento di A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015* e di F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost. n. 49/2015*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

difensori (benché lo stato delle ratifiche sia consultabile sulla *home page* del Consiglio d'Europa) anche nei giudizi in cassazione di richiedere sistematicamente la sua applicazione.

#### 10. Il Giudice ordinario: quale interpretazione “conforme”?

La letteratura sull'argomento ha da tempo individuato luci ed ombre del sistema edificato con le ormai celebri sentenze “gemelle” del 2007. Senza insistere sul punto, oggetto di infiniti dibattiti e confronti, la luce più forte, a mio parere, è quella della riaffermata distinzione tra il diritto europeo dell'Unione, fondato su un ordinamento che comprende un Parlamento a mandato diretto universale e che tende ad una “integrazione sempre più stretta” sia essa di tipo federale o anche solo caratterizzante una mera “confederazione di Stati sovrani” (che in ogni caso abbandona il modello internazionalistico), ed il diritto europeo del Consiglio d'Europa, aggregazione di tutt'altro genere per la quale nessuno Stato ha compiuto alcuna cessione di sovranità. Gli effetti che derivano dall'applicabilità del primo diritto (soprattutto ora che i diritti della Carta hanno acquisito lo stesso *legal value* di quelli dei Trattati) non possono, mi pare che questo argomento costituisca la vera *ratio* delle decisioni del 2007, automaticamente e nella loro interezza essere trasferiti al secondo, soprattutto nei campi che non sono quelli “core” dei diritti umani, pena la stessa autorevolezza della Corte di Strasburgo, che incontrerebbe difficoltà crescenti nell'implementazione nazionale delle sue decisioni in campo interno (la Conferenza di Brighton sul punto è stato un sicuro campanello d'allarme). Le più vistose ombre sono connesse soprattutto al modo prescelto per mantenere la distinzione tra i due tipi di diritto europeo e cioè all'avvenuta centralizzazione del controllo di costituzionalità. Il potere di applicazione diretta da parte del Giudice della giurisprudenza Cedu e, se del caso di disapplicazione delle norme interne contrastanti, ben si sarebbe potuto esplicitare (come in parte stava già avvenendo) nella consapevolezza del carattere più flessibile dell'ordinamento Cedu, della particolare intensità che nel suo ambito gode il principio del “ margine di apprezzamento” ed anche, hanno notato alcuni Autori, della molteplicità dei mezzi di cui lo Stato dispone per salvaguardare il diritto del cittadino, anche senza annullare le disposizioni interne. Il sistema nato nel 2007 è insomma ingessato, porta ad una drammatizzazione dei conflitti inter-ordinamentali, incentrato com'è sul dilemma costituzionalità/incostituzionalità, impedisce quel ruolo di mediazione evolutiva che in genere svolge il giudice nazionale<sup>1248</sup>. Infine va anche ricordato come emerge dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo una costante attenzione al rispetto della sostanza di questa (atteggiamento simile a quello della Corte di giustizia nel valorizzare l' “effetto utile” delle direttive), senza indulgere in profili formalistici (anche sul tema di cui stiamo discutendo), il che allarga lo spettro delle opzioni interpretative ed il margine di manovra del Giudice comune. Se si guarda alla questione dal punto di vista comparatistico e continentale si deve anche notare che in genere senza drammi paesi guida in Europa hanno affidato al Giudice comune l'applicabilità delle norme Cedu. Ad esempio nelle decisioni della cassazione francese in buona parte di queste vi è un richiamo alle norme Cedu e quindi il sistema opera senza rotture persino in un ordinamento fortemente intriso di “legicentrismo” come quello francese, senza arrivare alle soluzioni radicali come quella adottata dal primo dicastero Blair di “nazionalizzare” la Convenzione con lo *Human rights act*. Inoltre la scelta è in controtendenza rispetto all'orientamento della Corte di giustizia che negli ultimi anni ha sempre

<sup>1248</sup> Per uno studio comparatistico cfr. G. Martinico, O. Pollicino, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws A Comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, 2010

più individuato il Giudice comune come l'interprete privilegiato del diritto sovranazionale, soprattutto con l'intensificazione che si è avuta della tutela dei *fundamental rights* di matrice europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la conferita obbligatorietà alla Carta di Nizza (1249). In ogni caso è in questo quadro che il Giudice italiano deve operare. Il primo punto di difficoltà è connesso all'ovvia preoccupazione di non fermare il processo; rimettere una questione alla Corte costituzionale può significare mortificare gravemente quella esigenza di "ragionevole durata del processo" tutelata allo stesso art. 6 della Cedu, profilo che notoriamente è costato all'Italia dure e ripetute condanne da parte della Corte di Strasburgo. È questa esigenza che va *in primis* "bilanciata" con quella di rispettare "il diritto al giusto processo" sotto il diverso profilo che stiamo discutendo evitando ulteriori condanne dell'Italia. Pertanto il punto da cui partire non può che essere una interpretazione della contestata norma interna (in genere) di interpretazione autentica retroattiva "convenzionalmente orientata" onde evitare che abbia quegli effetti di interferenza nei processi in corso che Strasburgo ritiene inammissibili in linea di principio. Le stesse sentenze del 2007 insistono su questo punto anche allo scopo di "mitigare" quella rigidità del meccanismo di adeguamento tipicamente italiana. Questa via incontra però di fatto due limiti: una volta che la norma sia chiaramente di interpretazione autentica e quindi retroattiva "per natura" e che questa sia in sostanza la *ratio* per la quale è stata emessa, può il Giudice conservarla in vita, lasciandola produrre i suoi effetti, ma solo per l'avvenire? L'interpretazione "convenzionalmente" conforme può giungere a privare del carattere retroattivo una norma che univocamente ha questo significato perché è stata adottata a questo unico scopo? Ci si può spingere così avanti senza fare proprio quello che la Corte costituzionale ha precluso al Giudice e cioè di disapplicare la norma interna che non verrebbe applicata al caso in esame, senza un controllo di costituzionalità (1250)? Al secondo limite si è già accennato: moltiplicandosi i casi in cui la Corte costituzionale ha "salvato" leggi retroattive sulla base di un riferimento a interessi costituzionalmente protetti come la certezza del diritto, la solidarietà, l'equilibrio di bilancio etc. il Giudice appare inevitabilmente portato a privilegiare l'interpretazione "costituzionalmente" orientata, rispetto a quella "convenzionalmente orientata" se non altro sulla base delle legittime e razionali previsioni che la questione di costituzionalità è destinata ad essere dichiarata infondata e che pertanto sarebbe inutile "fermare" per anni il processo. Un caso semplice, ancorché sperabilmente raro, è quello

<sup>1249</sup> Sul punto cfr. R. Cosio, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*; R. Conti, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*; V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, tutti in- a cura di R. Cosio e R. Foglia-, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè 2013; A. D'Aloia, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, 1 ss; M. Giorgianni, *Il Rapporto tra Convenzione dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); R. Conti, *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, 960 ss. e della stessa Autrice, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the Constitution*, *Eu Law and the ECHR*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012

<sup>1250</sup> Come esempio di interpretazione "convenzionalmente" orientata cfr. cass. n. 1850/2012 e cass. n. 1917/2012 sul termine di prescrizione applicabile in materia di responsabilità contrattuale dello Stato per inadempimento agli obblighi comunitari (per la determinazione del compenso per i medici specializzandi) che hanno riconosciuto alla norma del 2011 che stabiliva applicarsi il termine quinquennale (e non quello ordinario decennale) decorrente dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, un'efficacia solo innovativa ed operante *ex nunc*, sulla base dei già ricordati principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo o la più recente 17892/2014 che ha escluso il carattere retroattivo di una norma della finanziaria per il 2013 di "sanatoria" di delibere pensionistiche della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei periti commerciali, originariamente assunte *contra legem*, sempre sulla base dell'orientamento della Corte di Strasburgo.

in cui la Corte di Strasburgo si sia pronunciata su una legge retroattiva: il Giudice in questo caso non può, mi pare evidente, (come nel caso *Maggio*) sottrarsi dal sollevare questione di legittimità costituzionale perché la sua eventuale pronuncia con cui valuta legittima costituzionalmente la legge, nonostante Strasburgo, potrebbe integrare una violazione per lo Stato dell'art. 46 della Cedu e comunque quasi certamente porterebbe ad ulteriori condanne. La valutazione della Corte della Corte delle leggi sull'operatività interna della norma Cedu appare in effetti obbligata. Più difficile e delicato è stabilire cosa si debba fare o anche cosa sia più opportuno fare quando una interpretazione conforme della norma retroattiva non sia possibile e nei casi in cui non sia esplicitamente già intervenuta la Corte dei diritti dell'uomo. Ha sul punto affermato Giovanni Amoruso: "da ultimo, la Corte<sup>1251</sup>, proprio in ragione del necessario bilanciamento tra le norme della CEDU quale parametro interposto e la Costituzione, ha rivendicato alla Corte stessa "la spettanza [...] di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che – nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi". È la tecnica c.d. del *distinguishing* secondo cui un principio va contestualizzato rispetto alle diverse peculiarità delle fattispecie in comparazione. Ciò che risulta in termini sempre più marcati da questa giurisprudenza è che le norme della CEDU, in tanto operano come parametro interposto per la valutazione di legittimità della normativa interna primaria, in quanto resistono al bilanciamento con altri valori espressi da parametri diretti (la Costituzione e le norme di rango costituzionale). Questa operazione di bilanciamento attiene alla valutazione di fondatezza/infondatezza della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale. Ed allora può ritenersi che anche il giudice comune - e quindi anche la Corte di cassazione - è legittimata ad operare preliminarmente la stessa valutazione in termini di manifesta/non manifesta infondatezza della stessa questione. L'allegazione di un parametro interposto innesca la tipica valutazione di ammissibilità dell'eccezione di incostituzionalità quale prescritta in via generale dall'art. 23 l. n. 87 del 1953: il giudice è chiamato a verificare la non manifesta infondatezza della questione sollevata e quindi anche la non manifesta inidoneità del parametro interposto a superare la prova di resistenza costituita dal bilanciamento con i parametri diretti". (<sup>1252</sup>) Premesso che il bilanciamento di cui parliamo non è tra diritti, ma tra un diritto umano ed interessi o beni costituzionalmente rilevanti, mi pare che questo punto sia ormai in dottrina acquisito (<sup>1253</sup>): non sussiste un obbligo per il Giudice comune di sollevare questione di costituzionalità ogni volta che ravvisi che una legge retroattiva (in genere di interpretazione autentica) non può essere giustificata alla luce dei criteri, rigorosi e comunque di stretta interpretazione, fissati da Strasburgo, nonostante il concreto rischio di una condanna da parte della Corte di Strasburgo. Tuttavia sarebbe necessario distinguere due situazioni che talvolta appaiono miscelate negli argomenti utilizzati sia dalla Corte delle leggi che da quella di legittimità. Una cosa è verificare, attraverso la tecnica del *distinguishing*, se davvero il caso sia diverso da quelli esaminati dalla Corte di Strasburgo perché, ad esempio, l'intervento retroattivo era sorretto da ragioni di natura eccezionale non altrimenti evitabili (anche sotto il profilo dell'in-

<sup>1251</sup> C. cost. n. 230 del 2012.

<sup>1252</sup> G. Amoruso, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Relazione del 14.11.2012 presso la Corte di cassazione.

<sup>1253</sup> Per una recente, vigorosa, critica alle teorie del bilanciamento ritenute poco compatibili con il principio democratico cfr. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con M. Barberis*, Il Mulino, 2013 e dello stesso Autore, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013

cidenza sui processi). Posto che referente naturale delle decisioni di Strasburgo è il Giudice comune per il quale queste operano da indirizzo ed orientamento, è evidente che per questa ricostruzione la sede della cognizione ordinaria è quella più pertinente, sempre che sia effettiva e non si risolva nella generica adesione alla tesi per cui alcuni valori o principi salvaguardati in costituzione automaticamente e quasi per definizione “salverebbero” la norma retroattiva in quanto a carattere “imperioso”, dove l'imperiosità è correlata al mero fatto che la giurisprudenza costituzionale li tutela e li protegge. Il Giudice comune ed anche la Corte di cassazione non dovrebbero, sotto questo profilo, replicare l'orientamento della Corte costituzionale che, in sostanza, considerando quasi automaticamente (salvo le ipotesi di adeguamento a Strasburgo, pur numerose) questi valori e principi “motivi imperiosi di interesse pubblico” finisce, invece, non per fare una vera operazione di *distinguishing*, ma per considerare recessivo il diritto umano, cosa che in una visione complessiva e d'insieme la Corte beninteso può fare. La Corte di cassazione dovrebbe (salvo le ipotesi in cui la Corte delle leggi si è già pronunciata su fattispecie in tutto simili e quindi sostanzialmente identiche a quella in esame) invece valutare scrupolosamente tutti gli aspetti della “posta in gioco” nelle leggi retroattive, nelle ricadute pratiche e sistemiche mostrando la gravità della situazione sulla quale la legge retroattiva interviene, anche dal punto di vista economico e finanziario. Ogni legge è connessa a questioni di bilancio ed anche ad elementi di uguaglianza di trattamento e di solidarietà nel sistema, ma esistono urgenze la cui eccezionalità è innegabile. Con un maggiore sforzo argomentativo (che individua più in concreto quel che è giustificabile dai provvedimenti di *routine* per “fare cassa”) forse si attenuerebbe il pregiudizio con cui a Strasburgo si guarda ad ogni legge retroattiva italiana. Nel caso in cui fosse evidente che la legge rientra sotto ogni profilo nella casistica stigmatizzata da Strasburgo, l'eventuale giudizio di prevalenza di altre valori e principi della Carta fondamentale sul diritto al giusto processo è opportuno sia riservato alla Corte delle leggi come arbitro dell'equilibrio tra valori, diritti ed interessi costituzionali ed anche del rapporto con l'ordine giuridico internazionale. Forse una pressante richiesta che sia comunque la Corte a decidere tutti i casi di sostanziale non ingresso della giurisprudenza di Strasburgo nel nostro ordinamento potrebbe costituire un'occasione per una rimeditazione della scelta del 2007 o per un suo alleggerimento.

Coerentemente con questa impostazione la Corte di cassazione nella già citata ordinanza interlocutoria 4881/2015 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità costituzionale della legislazione retroattiva sulle “pensioni svizzere” osservando che la sentenza n. 264/2012 aveva effettuato un bilanciamento tra i principi e gli interessi di natura pubblica menzionati in sentenza ed il diritto umano al giusto processo ritenendo prevalenti i primi, ma che nell'aprile del 2014 era intervenuta la sentenza della Corte di Strasburgo *Stefanetti* che aveva condannato l'Italia anche per violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Cedu (quindi anche per la violazione sostanziale di un diritto a contenuto sociale) e che il bilanciamento effettuato del 2012 non aveva riguardato anche questo aspetto (peraltro uno degli argomenti utilizzati dalla Corte era stato proprio quello per cui eliminando la disposizione contestata si sarebbe data una protezione più ampia di quella voluta da Strasburgo che nella *Maggio* aveva escluso la violazione del

Protocollo e quindi legittima l'operazione di intervento legislativo sulle pensioni <sup>(1254)</sup>.

### 11. Qualche esempio nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Per un esempio concreto di una decisione che ha escluso una tensione tra norma interpretativa e orientamenti della Corte Edu esaminando però con grande attenzione la sostanza di quest'ultima possiamo richiamare la sentenza n. 12644/14 a sez. un. con la quale si è riesaminata la questione del reddito di cittadinanza erogato dalla Regione Campania a soggetti "a rischio di esclusione sociale". Tale provvidenza era stata limitata da un Regolamento (non originariamente previsto dalla legge regionale) ai soggetti inclusi in una graduatoria "sino all'esaurimento delle risorse disponibili". Ora la Corte di cassazione aveva giudicato tale limitazione, peraltro riferita ad una prestazione che la Carta di Nizza considera un *fundamental right*, illegittima in quanto non prevista dall'originaria legge. La Corte ha con la citata nuova decisione ritenuta legittima la norma di interpretazione autentica che in sostanza ha ratificato quanto previsto dal Regolamento. La Corte in effetti sviluppa un complesso ed esauriente ragionamento per giustificare la natura retroattiva della norma e l'esistenza in concreto di serissimi motivi di interesse pubblico per l'intervento legislativo non solo perché emergeva che una limitazione dei destinatari in relazione alle risorse disponibili era nell'intenzione originaria del legislatore campano, ma anche per evitare lo snaturamento delle reali finalità della legge. Se le risorse previste fossero state frammentate tra tutti coloro che ne avevano diritto, senza alcuna graduatoria, la norma non avrebbe mai potuto assicurare per nessuno quel diritto ad una esistenza dignitosa che era la sua finalità, finendo per elargire un inutile e beffardo obolo senza alcun rilievo pratico per persone al di sotto dei "minimi vitali". La sentenza insomma non richiama formule generiche che alludono a principi ed interessi costituzionali, ma scende nel merito mostrando come fosse inevitabile, non solo razionale, una interpretazione retroattiva della norma senza la quale sarebbero stati messi a repentaglio proprio soggetti deboli ed a rischio di esclusione sociale. Non credo che questo tipo di argomentazioni così puntuali siano a rischio di essere stigmatizzate dalla Corte Edu. Ancora la Corte di cassazione con ordinanza n. 99/2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale (ancora pendente)

<sup>1254</sup> La Corte di cassazione nella citata ordinanza ha osservato che "4.8. La Corte costituzionale, anche nella recente sentenza n. 10/2015 del 11 febbraio 2015, ha ribadito con nettezza i principi affermati nella decisione n. 264/2012 ricordando che "il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata» (sentenza n. 264 del 2012) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»; per questo la sentenza ricorda che la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «[l]a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (sentenza n. 85 del 2013)" ( punto 7 della motivazione), ed in quest'ottica sottolinea la necessità di comparare e bilanciare "tutti i principi e i diritti in gioco, in modo da impedire «alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali» (sentenza n. 264 del 2012). Essa consente, inoltre, al legislatore di provvedere tempestivamente al fine di rispettare il vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio, anche in senso dinamico (sentenze n. 40 del 2014, n. 266 del 2013, n. 250 del 2013, n. 213 del 2008, n. 384 del 1991 e n. 1 del 1966), e gli obblighi comunitari e internazionali connessi "(punto 7 della motivazione). 4.9 Orbene tale "complessiva" valutazione, come già ricordato, va oggi compiuta in riferimento anche all'accertata violazione dei diritti sostanziali di natura pensionistica dei lavoratori migranti in Svizzera, delle loro legittime aspettative in base a precise regole normative e principi giurisprudenziali, cui si aggiunge il più grave profilo dell' inadempimento alla legalità convenzionale che la vicenda esprime, in rottura con l'impegno assunto a rispettare l'ordinamento della Cedu come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Tale complessa valutazione, per le ragioni prima evidenziate, va rimessa all'autorità della Corte delle leggi, in ossequio allo spirito ed alla lettera dell'orientamento di questa sin dalle due decisioni del 2007 (nn. 348 e 349) sui poteri del Giudice ordinario in ordine ad un accertato contrasto tra ordinamento interno e ordinamento convenzionale".

dell'art. 1, commi 774,775,776 L. n. 296/2006 (la solita legge finanziaria) di interpretazione autentica delle norme sul computo dell'indennità integrativa speciale nella pensione di reversibilità, sotto il profilo della violazione dell'art. 117 Cost. primo comma (incostituzionalità già decisa dalla Corte costituzionale con sentenza n. 74/2008 ma sotto il profilo della non irragionevolezza della norma interpretativa). La Suprema Corte ha lucidamente osservato che "la Corte costituzionale ha affermato che, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna ed una norma della Cedu che deve essere applicata nel significato attribuito dalla Corte Cedu, cfr. citate sentenze n. 113 e n. 1 del 2011), il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenze n. 93 del 2010, n. 113 dei 2011, n. 311 e n. 239 del 2009). Se questa verifica da esito negativo ed il contrasto non può essere risolto in via interpretativa, il giudice comune, non potendo disapplicare la norma interna ne farne applicazione, pur ritenendola in contrasto con la Cedu e pertanto con la Costituzione deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, ovvero all'art. 10 Cost., comma 1, ove si tratti di una norma convenzionale riconosciuta di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta (sentenze n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 dei 2009). Sempre il Giudice delle leggi ha affermato che, sollevata la questione di legittimità costituzionale, il giudice comune - dopo aver accertato che il denunciato contrasto tra norma interna e norma della CEDU sussiste e non può essere risolto in via interpretativa è chiamato a verificare se la norma della Convenzione- norma che si colloca pur sempre ad un livello sub costituzionale- si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione. In questa, seppure eccezionale, ipotesi, deve essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato (sentenze n. 113 del 2011, n.93 del 2010, n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007). Più precisamente, con sentenza n. 264 del 2012, la Corte costituzionale, dopo aver negato di poter sostituire la propria interpretazione di una disposizione CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo, si riservò tuttavia la verifica di compatibilità delle singole applicazioni della Convenzione con l'ordinamento costituzionale interno e, in riferimento al caso in esame, giustificò la retroattività della legge impugnata col <<motivo imperativo d'interesse generale>>, consistente nell'assicurare, nel sistema previdenziale, la corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni da erogare (art. 81 Cost.) nonché la coerenza interna (eguaglianza e proporzionalità: art. 3 Cost.) dello stesso sistema. Non sembra a questo collegio che la verifica di compatibilità possa dare il medesimo esito nel caso qui in esame, in cui l'art. 1, commi 774 e 775, legge n. 296 del 2006, disattendendo una giurisprudenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti pare aver perseguito, in prevalenza se non solamente, un obiettivo di risparmio della spesa pubblica. Il collegio dubita perciò della sussistenza di un motivo d'interesse generale, talmente imperativo da dover prevalere sull'art. 6 CEDU". Ora da questo passaggio si evince come la Corte abbia distinto una mera questione per così dire "di cassa" da altre ipotesi in cui i profili finanziari si combinavano con altre esigenze di riordino istituzionale ritenendo solo quest'ultime legittime alla luce degli orientamenti della Corte Edu che, viceversa, non ammette interventi retroattivi con finalità esclusivamente di risparmio di pubblico denaro. Ancora con sentenza n. 2941/2013 la Corte di cassazione ha ritenuto non contrastante con gli orientamenti della Corte Edu nelle controversie dei lettori linguistici universitari il provvedimento legislativo che, in ossequio alla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, attribuendo agli stessi un dato trattamento economico disponeva l'estinzione dei giudizi: la Corte ha affermato a tale proposito che "per ciò che attiene alla disposizione processuale di estinzione, essa potrebbe generare dubbi di

legittimità costituzionale o di non conformità alle norme UE e CEDU, dubbi che avrebbero qui concreta rilevanza nel caso in cui si risolvessero in un danno per alcuna delle parti, costringendola a nuove iniziative processuali per la realizzazione dei suoi diritti soggettivi (si richiama, sul punto, il principio elaborato dal giudice delle leggi secondo il quale: "onde escludere che sia stato menomato il diritto di azione, è necessario e sufficiente accertare, da parte di questa Corte, che il nuovo assetto dato dal legislatore alla materia non si traduca in una sostanziale vanificazione dei diritti azionati, ma attui una nuova disciplina del rapporto, tale da far venire meno le basi del preesistente contenzioso, in quanto realizza - nella misura e con le modalità ritenute dal legislatore compatibili con i limiti, ragionevolmente apprezzati, consentiti dalle circostanze nelle quali esso si è trovato ad operare - le pretese fatte valere dagli interessati" - Corte cost. sentenza n. 310 del 2000; cfr. anche sentenza n. 223 del 2001 -). Nel caso di specie, tuttavia, i lavoratori hanno ottenuto dai giudici di merito quanto domandato e non hanno chiesto nemmeno in parte la cassazione della sentenza di appello, la quale, come detto, rimane, per loro, confermata. Nè alcuna doglianza in proposito è stata mossa dalla ricorrente Università". In concreto quindi l'intervento sui processi in corso è stata ritenuto non lesivo di alcun interesse sostanziale degli interessati. Ineccepibile, sia nel merito che nel metodo, appare anche l'ordinanza n. 1040/2014 che solleva questione di legittimità costituzionale di una ennesima legge di interpretazione autentica con la quale viene ad essere negato ai pubblici impiegati il compenso per le festività civili cadenti di domenica. La Corte osserva che "la norma in questione è intervenuta nel corso del giudizio determinando la modifica dell'esito del giudizio favorevole ai ricorrenti secondo una giurisprudenza consolidata che riconosceva ai dipendenti pubblici il diritto ad un compenso aggiuntivo in caso di coincidenza della festività con la domenica. Le argomentazioni svolte dal Ministero non sembrano poter rappresentare gli "impellenti motivi di interesse generale" di cui sopra. L'applicazione della legge in questione si traduce nel privare i ricorrenti di un emolumento che essi avrebbero potuto pretendere e si riverbera sull'esito dei processi in corso. Le finalità indicate dal Ministero secondo cui la legge retroattiva tende a "razionalizzare" o "omogeneizzare" il trattamento del pubblico impiego costituiscono espressioni del tutto generiche mentre lo stesso Ministero non nega l'intento di sola compressione della spesa pubblica. La tesi sostenuta da una parte della dottrina, della disapplicabilità, da parte del giudice comune, di norme contrastanti non solo con l'art. 6 CEDU ma anche con l'art. 47, comma 2 e art. 52, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, non è generalmente condivisa e contrasta con le citate sentt. n. 348 e 349 del 2007 della Corte Cost. Essa non ha dato luogo a "diritto vivente" onde a questo collegio sembra meglio procedere secondo le indicazioni di queste due pronunce (vedi anche Corte giust. UE, 24 aprile 2012 n. C 571/10 Kamberaj; 26 febbraio 2013 n. 617/10, Fransson)". Dubito invece che sia coerente con le indicazioni di Strasburgo l'ormai consolidato orientamento di legittimità in tema di doppia contribuzione all'INPS come socio e come amministratore unico risolto, ma con norma di interpretazione autentica. La Corte di cassazione (n. 20821/2014) ha infatti sul punto osservato che "la denuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 12, co. 11, del d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010, articolata con il primo motivo di ricorso non valica la soglia della non manifesta infondatezza secondo la giurisprudenza di questa Corte. Infatti, con sentenza n. 17076 del 2011 le Sezioni Unite hanno statuito che detta disposizione costituisce norma dichiaratamente ed effettivamente di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata e, pertanto, non è, in quanto tale, lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa garantita dall'art. 70 Cost. che assegna

alle Camere il suo esercizio. Trattandosi di norma di rango costituzionale prevale, nel bilanciamento di valori, su quelli espressi da parametri interposti, i quali, in quanto contenuti in atti di normazione ordinaria sono sottordinati nel sistema delle fonti del diritto. Il meccanismo dell'interpretazione autentica è tale per cui il processo non è alterato - in termini di lesione del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU - perché la *regula iuris* che il giudice, in quanto soggetto alla legge, è chiamato ad applicare nel significato espresso dalla disposizione di interpretazione autentica era fin dall'inizio ricompresa nell'intervallo dei significati plausibili che potenzialmente esprimeva la disposizione interpretata. A tale indirizzo è stata data continuità da questa Corte con successive pronunce (v. Cass. n. 9153 del 2012, n. 9803 del 2012, n. 6588 del 2014). L'orientamento risulta avallato anche dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 15 del 2012, ha riconosciuto la legittimità costituzionale di tale norma di interpretazione autentica in riferimento all'art. 3 Cost., art. 24 Cost., comma 1, art. 102 Cost., art. 111 Cost., comma 2 e art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” (cfr. anche cass. n. 13873/2014). Come già nella decisione richiamata della Corte costituzionale n. 15/2012 sembra non volersi cogliere la sostanza dell'orientamento di Strasburgo che certamente ammette che siano possibili norme di interpretazione autentica e che questo potere rientri in quelli disponibili dal legislatore, ma concentra la sua attenzione sugli effetti sui processi in corso e, laddove se ne travolga l'esito, sui motivi imperiosi a giustificazione di tale intervento, nella specie non esaminati affatto. Analogo discorso potrebbe farsi su un altro consolidato indirizzo in tema di una norma interpretazione autentica avente ad oggetto l'individuazione dei soggetti tenuti al contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria: La Corte nella sentenza n. 1497/2012 (ma cfr. anche n. 7099/2014 ed altre) ha affermato che “in materia di contribuzione previdenziale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 19, del d.l. n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111 del 2011, secondo il quale le disposizioni di cui all'art. 64, comma 5, della legge n. 144 del 1999 si interpretano nel senso che il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria è dovuto anche dai lavoratori in servizio, è manifestamente infondata - oltre che con riferimento ai principi del giusto processo ex artt. 6 CEDU, 111 e 117 Cost., trattandosi di intervento legislativo che, nel fare proprio un plausibile significato della norma, ne realizza effettivamente l'interpretazione autentica ex art. 70 Cost. - anche con riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., atteso che la sottoposizione delle retribuzioni dei lavoratori in servizio sia all'imposta sui redditi che al contributo speciale è giustificata in relazione al carattere differenziato della loro posizione previdenziale rispetto a quella della generalità dei cittadini e dei lavoratori”. Anche in questo caso manca un'analisi dell'incidenza sui processi e delle ipotetiche ragioni imperiose di interesse generale. Molto complesso si presenta il caso delle legittimità costituzionale, anche in rapporto alle norme Cedu, delle nuove disposizioni in materia di conversione del contratto a termine (art. 32 del cosiddetto Collegato lavoro), soprattutto per l'interferenza tra “tutela comunitaria” e “tutela convenzionale”. La Corte costituzionale nella sentenza n. 303/ 2011 ha affermato: “ricorrono, infatti, tutte le condizioni in presenza delle quali la Corte di Strasburgo ritiene compatibili con l'art. 6 CEDU nuove disposizioni dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore. In primo luogo, la innovativa disciplina in questione è di carattere generale. Sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Anzi, a ben vedere, lo Stato-datore di lavoro

pubblico a termine, cui la regola della conversione del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate. Inoltre sussistono in ogni caso, con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, motivi per giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva. Questa Corte ritiene a tal proposito di dover ribadire che la salvezza dei "motivi imperativi d'interesse generale", in questa sede rilevanti, lascia ai singoli Stati contraenti il compito e l'onere di identificarli. Ciò, in quanto essi si trovano nella posizione migliore per enucleare gli interessi che stanno alla base dell'esercizio del potere legislativo. Si conferma, così, l'avviso che «le decisioni in questo campo implicano [...] una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, del 23 ottobre 1997)» (sentenza n. 311 del 2009). Orbene, alla luce dei rilievi in precedenza svolti, le ragioni di utilità generale possono essere nella specie ricondotte all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente. Il legislatore nazionale vi ha dato risposta con una scelta di forfetizzazione indennitaria del risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato, in sé proporzionata, nonché complementare e funzionale al riaffermato primato della garanzia del posto di lavoro. Non è, dunque, sostenibile che la retroattività degli effetti dell'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 – come disposta dal successivo comma 7 – abbia prodotto un'ingerenza illecita del legislatore nell'amministrazione della giustizia, onde alterare la soluzione di una o più controversie a beneficio di una parte. Invero, la normativa de qua, escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico, impone non irragionevolmente anche per il passato, con il limite invalicabile della cosa giudicata, un meccanismo semplificato di liquidazione del danno .... ". La successiva, recente, decisione della Corte costituzionale n. 226/2014 ha anche escluso che la disciplina dell'art. 32 leda le clausole di non regresso stabilite dalla direttiva sui contratti a termine. La Corte di cassazione (dopo la sentenza *Carratù* della Corte di giustizia che abbiamo già ricordato) con la sentenza n. 6735/2014 ha affermato che "l'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, è applicabile ai giudizi in corso in materia di contratti a termine dovendosi escludere che la disciplina dell'indennità risultante dal combinato disposto delle due norme incida su diritti già acquisiti dal lavoratore poiché è destinata ad operare su situazioni processuali ancora oggetto di giudizio, non comporta un intervento selettivo in favore dello Stato e concerne tutti i rapporti di lavoro subordinati a termine. Né può ritenersi che l'adozione della norma interpretativa costituisca una indebita interferenza sull'amministrazione della giustizia o sia irragionevole ovvero, in ogni caso, realizzi una violazione dell'art. 6 CEDU, poiché il legislatore ha recepito, nel proposito di superare un contrasto di giurisprudenza e di assicurare la certezza del diritto a fronte di obbiettive ambiguità dell'originaria formulazione della norma interpretata, una soluzione già fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, senza che - in linea con l'interpretazione dell'art. 6. CEDU operata dalla Corte EDU

(sentenza 7 giugno 2011, in causa Agrati ed altri contro Italia) - l'intervento retroattivo abbia inciso su diritti di natura retributiva e previdenziale definitivamente acquisiti dalle parti". Con sentenza n. 4049/2013 sempre la cassazione ha ritenuto di non dover sollevare nuovamente questione di legittimità costituzionale in relazione alla nota vicenda del "personale Ata" sia perché la Corte costituzionale si era già espressa in ordine alla eventuale violazione dell'art. 117 cost. per contrasto con la giurisprudenza della Cedu, sia perché sul punto era intervenuta, come già detto, la decisione della Corte di giustizia, *Scattolon* che aveva definito con chiarezza i contorni della tutela comunitaria nella fattispecie.

## 12. Evoluzioni?

Una già alluvionale letteratura ha esaminato la battuta di arresto nella procedura di adesione dell'Unione alla Cedu: in genere si tratta di commenti piuttosto negativi che individuano in tale battuta un segno di debolezza dell'Unione, riflesso di una più generale crisi nel processo di integrazione europea, generata o forse esaltata dai problemi di *governance* del sistema euro<sup>1255</sup>). Certamente il ritrarsi dell'Unione dall'ipotesi di un controllo "esterno" dei suoi atti sotto il profilo del rispetto degli *human rights* non denota quella forza costruttiva e propositiva, anche sul piano globale, cui forse i partecipanti alla seconda Convenzione pensavano allorché (in sostanza all'unanimità) ebbero l'idea dell'adesione. Tuttavia i problemi identificati nel parere n. 2/2013 dalla Corte di giustizia sono tutt'altro che futili e comunque in stretta aderenza con quanto stabilito nel Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona. Forse si può, al più, imputare alla Corte di non aver indicato più chiaramente i punti da emendare nello schema del Trattato di adesione, tenuto conto che tale atto costituisce un dovere per il legislatore europeo e non una mera possibilità ex art. 6 Tue. Tuttavia il rilievo dell'attuale blocco dei negoziati appare marginale sul fronte del funzionamento del sistema di tutela "multilivello". In primo luogo perché, anche dopo la fine dei negoziati, sarebbero state comunque necessarie ben 47 ratifiche (anche di Stati semi-falliti o in guerra con altri del Consiglio d'Europa) e quindi la prospettiva dell'adesione dal punto di vista pratica è di lungo se non lunghissimo periodo. In secondo luogo perché i meccanismi di raccordo tra giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte Cedu esistono da tempo: se vogliamo sin da quando la Corte di giustizia recepì la Cedu come base del proprio controllo, insieme alle tradizioni costituzionali comuni, sul rispetto da parte degli atti comunitari dei diritti fondamentali (quindi dal 1970 almeno). Tali meccanismi sono stati rafforzati in un primo tempo dall'art. 6 Tue che ha reso i diritti della Cedu "principi generali del diritto comunitario" (ora del diritto dell'Unione) e poi - come detto - dalla stessa Carta dei diritti all'art. 52 terzo comma. In moltissimi campi - come abbiamo accennato - dalla *privacy* al diritto dell'immigrazione, dai diritti procedurali in campo penale alle libertà civili - questi raccordi funzionano in genere benissimo in quanto le due Corti europee dialogano intensamente al punto che la stessa Corte di Strasburgo richiama sistematicamente le norme della Carta di Nizza. Se ciò non avviene in campo sociale dipende da problemi che hanno una radice profonda difficilmente rimuovibile attraverso la mera adesione: da un lato la ripartizione di competenze tra Stati ed Unione limita la spinta verso una certa uniformità ad

<sup>1255</sup> A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in [www.forum-costituzionale.it](http://www.forum-costituzionale.it). Cfr. anche i numerosi sul numero n. 1/2015 della German Law Journal, nonché il commento al parere n. 2/2014 della Corte di giustizia molto equilibrato di C. Favilli, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it). Sui problemi dell'euro e sui suoi riflessi nella tutela dei diritti fondamentali cfr., G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno o incubo europeo?*, Fazi, 2014

opera della Carta di Nizza (e moltiplica le questioni di applicabilità e di efficacia della stessa Carta e di rapporto tra questa e la Cedu), dall'altro lato il sistema problematico e discutibile di tutela di alcune pretese sociali da parte della Corte di Strasburgo genera inevitabilmente resistenze sia da parte degli Stati (e della giurisprudenza nazionale) che dell'Unione a seguire gli orientamenti di Strasburgo che appare muoversi troppo spesso in modo eclatante fuori dal perimetro ove i firmatari della Convenzione di Roma pensavano dovesse fermarsi il loro controllo sul rispetto degli *human rights*. Questi aspetti possono essere risolti o attenuati solo in via politica; sul fronte dell'Unione attraverso un decisivo passo in avanti nella troppo lenta costruzione del capitolo sociale europeo, di nuove direttive sui trattamenti minimi comuni, di una piena assunzione di responsabilità dell'Unione su temi come la tutela contro la disoccupazione, un salario minimo ed un reddito minimo "a livello continentale" – pur promessi nella campagna elettorale per il rinnovo del Parlamento europeo dall'attuali Presidenti della Commissione europea e del Parlamento europeo. Sul fronte del Consiglio d'Europa attraverso la scelta di conferire alla Carta sociale europea una forza analogo a quella della Convenzione, facendola uscire dall'attuale situazione di "minorità giuridica" (<sup>1256</sup>).

---

<sup>1256</sup> In ogni caso l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 potrebbe effettivamente favorire il dialogo, anche in campo sociale, tra Giudici nazionali e Corte di Strasburgo, ma incidendo su due lati del triangolo, potrebbe- forse- addirittura drammatizzare i contrasti tra orientamenti della Corte dell'Unione e orientamenti della Corte Edu, posto che i Giudici nazionali (Ue) dovrebbero, alla fine, privilegiare comunque i primi sui secondi, come ha concretamente fatto la cassazione nel caso del personale Ata.

Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e *nuovo*  
sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*:  
tra legge delega e legge delegata\*

Michele De Luca

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23). 424
2. Dalla *legge Fornero* al *contratto a tutele crescenti*: tra continuità ed innovazione. 430
3. Riforma in materia di tipologie contrattuali: *ratio* e *principi direttivi* della riforma. 432
4. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e *nuovo* sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*: tra *legge delega* e *legge delegata*. 434

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 251/2015

## 1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno storico monito della Corte costituzionale al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

La collocazione del *contratto di lavoro a tutele crescenti* – nel processo evolutivo del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – risulta, all'evidenza, funzionale alla definizione del *verso* che ne risulta impresso allo stesso processo.

Nel contempo consente, tuttavia, di riscoprire principi e valori – che hanno *governato* quella evoluzione – anche per apprezzarne l'attuale *validità*.

**1.1.** In principio, è uno storico monito della Corte costituzionale: una sorta di mito fondativo del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi.

Ne ispira la *fondazione*, appunto, e concorre ad ispirarne la evoluzione diacronica, che risulta affidata, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore.<sup>1257</sup>

E ad integrare, nel contempo, il parametro di valutazione del *cammino a ritroso*<sup>1258</sup>, che – al nostro sistema di tutela – è stato impresso dalla riforma della *tutela reale* immediatamente precedente (legge n. 92 del 2012)<sup>1259</sup> e risulta proseguito dalla disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

Si tratta, quindi, di ripercorrere – in sintesi – la *storia del passato*, per attingervi elementi utili alla *lettura* del presente e delle prospettive.<sup>1260</sup>

**1.2.** Correva l'anno 1965.

La Corte costituzionale<sup>1261</sup> aveva già espunto – dal novero dei *principi fondamentali*, che limitano

<sup>1257</sup> Vedi M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991, spec. capitolo primo; ID, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, Riv. It. dir. lav. 2013, I, 1ss., spec. § 6; ID, *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario « in onore di Michele De Luca », organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 109 ss..

<sup>1258</sup> Vedi F. MANCINI, Commento dell'art. 4 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232 ss., spec. 240 ss.

<sup>1259</sup> Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013 e in corso di pubblicazione su ADL, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1260</sup> Vedi M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in ADL 2013, I, 1345; ID: *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, cit.

<sup>1261</sup> Vedi Corte cost. n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

la potestà legislativa delle regioni (anche) a statuto speciale<sup>1262</sup> – la *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Veniva ora chiamata a scrutinarne la compatibilità con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro* (art. 4 Cost.).

### 1.3. La pronuncia fu di rigetto.<sup>1263</sup>

E riposa sulla *ratio decidendi* seguente:

*“L’art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione” – argomentava, infatti, la Corte a sostegno del rigetto della questione di costituzionalità dell’art. 2118 c.c. (12) – “così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto”.*

### 1.4. Tuttavia la motivazione – significativamente richiamata in dispositivo, quale *limite* della pronuncia di rigetto – reca un *monito* al legislatore del tenore letterale seguente:

*“la garanzia costituzionale (art. 4) del “diritto al lavoro” esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principî fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell’interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.*

### 1.5. All’evidenza, non pare revocabile in dubbio che il legislatore sia stato “stimolato ad agire dalla citata sentenza del 1965 – ambigua quanto si vuole, ma decisiva nella storia del nostro diritto del lavoro”<sup>1264</sup> – nell’introdurre, appena un anno dopo, la tutela c.d. «obbligatoria» (l. 604/66) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. «reale» (art. 18, 35 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, pur conservando, tuttavia, un’area residuale di *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

<sup>1262</sup> Sui principî generali dell’ordinamento giuridico dello Stato, quali limiti alla potestà legislativa delle regioni ad autonomia differenziata, oltre a Corte cost. n. 7 del 1958, cit., vedi: M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in Foro it., 2002, V, 260, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del titolo quinto della parte seconda della costituzione e regioni a statuto speciale*, in Dir.Lav., 2003, n.3, I, 199; ID., *Fonti di diritto regionale del lavoro*, Padova, 1988; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; S. BARTOLE, *Commento dell’art. 116 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 107.

<sup>1263</sup> Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

<sup>1264</sup> Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

Anche a voler prescindere dall'efficacia vincolante per il legislatore – che connota, quantomeno sul piano politico, qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale<sup>1265</sup> – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell'intervento legislativo con il «monito» della corte.

L'introduzione del principio di «giustificazione» del licenziamento individuale – sia pure limitatamente all'«area delle tutele» – attuava, infatti, quelle «doverose garanzie» e quegli «opportuni temperamenti» auspicati dalla Corte (e realizzava ope legis, sia detto per inciso, un risultato sostanzialmente equipollente a quello perseguito, in dottrina, attraverso la «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. o la c.d. «concezione causale» del licenziamento)<sup>1266</sup>.

La nullità del licenziamento discriminatorio – prevista sin dal primo intervento del legislatore (art. 4 l. 604/66) – attuava, poi, quella garanzia, che la stessa corte auspicava – «particolarmente» – per la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa: la *nullità dei licenziamenti discriminatori* e la continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro – che ne consegue – costituisce, all'evidenza, una tutela più intensa rispetto alla *tutela obbligatoria* introdotta contestualmente.

Il «seguito» legislativo – al primo *monito* della Corte costituzionale – non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore<sup>1267</sup>, che – in tema di licenziamento – risulta successivamente intensificato ed esteso alla giurisprudenza ordinaria.<sup>1268</sup>

Alla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108), tuttavia, concorre – con i *moniti* della Corte costituzionale – l'*intenzione del legislatore* di *bloccare* il referendum abrogativo volto, sostanzialmente, a *generalizzare* la tutela reale, rimuovendo ogni limite al campo di applicazione.<sup>1269</sup>

**1.6.** L'intensificazione progressiva della *tutela* contro i licenziamenti – che ne aveva connotato l'evoluzione diacronica, in uno con la estensione del campo d'applicazione – subisce un brusco *cammino a ritroso* con la riforma della *tutela reale* (di cui alla legge n. 92 del 2012).<sup>1270</sup>

<sup>1265</sup>Sul rapporto tra pronunce (anche «monitorie») della Corte costituzionale ed interventi «conseguenziali» del legislatore, vedi, per tutti: A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; ID., *Storia di un «falso» - L'efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari. Laterza. 2012, *passim*.

<sup>1266</sup>Sulla «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. – proposta in dottrina, sin dagli anni '50 del secolo scorso – vedi, per tutti, la ricostruzione di F. MANCINI, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232. A conclusioni sostanzialmente analoghe, tuttavia, sembra pervenire la c.d. «concezione causale» del licenziamento: v. A. CESSARI, «lura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in *Riv. dir. lav.*, 1979, I, 105.

<sup>1267</sup>Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 465 ss.

<sup>1268</sup>Vedi, per tutti, M. DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, *capitolo I*.

<sup>1269</sup>Vedi M. DE LUCA M., *Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum* (Nota a Cass. uff. centr. referendum, [ord.], 21 maggio 1990, Comitato promotore referendum abrogativo art. 35 l. 300/70), in *Foro it.*, 1990, I, 1875.

<sup>1270</sup>Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il «nuovo» articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

E ben vero, infatti, che la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S, nel testo originario) non solo è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*, ma risulta esplicitamente estesa ad altri licenziamenti *nulli* (commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL *novellato*), compresi quelli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.<sup>1271</sup>

Per gli altri *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, la *tutela* è stata ridimensionata.<sup>1272</sup>

Ne risulta, così, riproposta la differenza di *tutela* – tra *licenziamenti discriminatori*, appunto, ed altri *licenziamenti illegittimi* – che aveva connotato – in sostanziale coerenza con lo *storico monito* della Corte costituzionale (ricordato in apertura) – la stagione (1966-1970) e, successivamente, l'area della tutela obbligatoria (vedi *retro*).

Il ridimensionamento della *tutela reale* per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* (o ad essi equiparati) – previsto dalla riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012) – risulta confermato ed intensificato dalla disciplina in materia di *contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti* (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

Inesorabilmente prosegue, pertanto, il prospettato *cammino a ritroso*.<sup>1273</sup>

**1.7.** Eppure “*la liceità di un suo cammino a ritroso*” era stata ritenuta “*per lo meno controversa*”, sebbene, allora, sarebbe stato “*probabilmente condannato all’insuccesso*”, dati i “*rapporti di forza tra i grandi aggregati sociali e politici*”.

Infatti, ponendo l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, il legislatore “*non ha fatto che adempiere un preciso dovere*” (prescrittogli dall'articolo 4 della costituzione), cioè – “*per usare il più guardingo linguaggio della Corte costituzionale – “circondare di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti (Corte cost. n. 45/65)”*”.<sup>1274</sup>

Il rilievo risulta, tuttavia, trascurato – forse perché non prospettato – dalla Corte costituzionale.<sup>1275</sup>

Infatti – negando la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, nella sentenza di *ammissibilità* della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del *quesito referendario*, proposta dall'ufficio centrale per il referendum, costituito presso la

<sup>1271</sup> La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

<sup>1272</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

<sup>1273</sup> Sul punto, vedi, per tutti, F. CARINCI, *Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs act)*, CSDLE Newsletter n. 5/2015.

<sup>1274</sup> Vedi G.F. MANCINI, *Commento dell'articolo 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *commentario della Costituzione, Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 199, ss., spec.240 ss.

<sup>1275</sup> Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Foro it. 2000, I, 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

Corte di cassazione, con ordinanza del 7-13 dicembre 1999)<sup>1276</sup> – ha sostanzialmente escluso, sia pure in forma implicita, che *“la liceità di un suo cammino a ritroso sarebbe per lo meno contro-versa”*.

Peraltro la garanzia della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, *trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) copre il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Non si estende, però, alla *tutela reale*, che resta, quindi, affidata – alla *discrezionalità* del nostro legislatore ordinario – anche nel vigore della *Carta*.<sup>1277</sup>

**1.8.** Tuttavia il *cammino a ritroso* – impresso, dalle riforme, alla *tutela reale* (di cui alla legge Fornero ed al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) – non incide sull'obbligo di *giustificazione* dei licenziamenti, che peraltro risulta ora garantito dalla *Carta*.

In altri termini – anche dopo le riforme – *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta (...) o per giustificato motivo”* (ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. e dall'articolo 3 della stessa legge).

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

Non può essere trascurato, invero, che si tratta di disposizione dotata di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.<sup>1278</sup>

Il contenuto normativo – immediatamente precettivo – si coniuga, in tale prospettiva, con la tipologia della fonte.

I principi della *Carta*, infatti, hanno lo *stesso valore giuridico del trattato* (arti. 6 TUE).<sup>1279</sup>

<sup>1276</sup> Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

<sup>1277</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 5.

<sup>1278</sup> Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 211/2014 ed in LPA, 2013, n. 6, I, 941 ss., spec. § 1.8 e note 19-22, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori di dottrina e giurisprudenza.

<sup>1279</sup> È ben vero, altresì, che la *Carta sociale europea* (art. 24, *Diritto ad una tutela in caso di licenziamento*) sancisce testualmente: *“Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b. il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale”*. Tuttavia, *“per le fonti convenzionali di diritto internazionale – quale, appunto, la Carta sociale europea – la giurisprudenza costituzionale (vedi Corte cost. nn. 349 e 348 del 2007, Foro it., 2008, I, 39; 11 marzo 2011, n. 80, Giur. Cost. 2011, 1224 ed, ivi, riferimenti ulteriori alle sentenze 39/08, Foro it., 2008, I, 1037; 311/09 e 317/09, id., 2010, I, 1073 e 359) pare consolidata nel senso che le norme – prodotte da tali fonti – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale (di cui all'art. 117, 1° comma, Cost.), nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. In tale prospettiva – ove si profili un (eventuale) contrasto fra norma interna e norma di diritto internazionale convenzionale – il giudice comune deve, innanzitutto, verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla seconda.*

**1.9.** La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, offre elementi ulteriori per l'interpretazione –*conforme a costituzione*<sup>1280</sup> – delle riforme più recenti in materia di tutela contro i licenziamenti (di cui alla legge n. 92 del 2012 ed al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).

**1.10.** Intanto il *dualismo delle tutele*, contro il licenziamento illegittimo, tra lavoratori *protetti* e lavoratori *non protetti* – prodotto dal *regime statutario* – ha superato, ripetutamente, lo scrutinio di legittimità costituzionale, (anche) in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 cost.): lungi dal garantire un *privilegio* – ai lavoratori *protetti* – è risultato funzionale, infatti, ad esigenze (correlate, essenzialmente, con le *dimensioni*) dei datori di lavoro.<sup>1281 1282</sup>

Né se ne può prescindere nello scrutinio – in relazione allo stesso parametro – del *pluralismo delle tutele*, che pare introdotto – in aggiunta al *dualismo* – dalla disciplina (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (vedi *infra*).

**1.11.** La Corte costituzionale, peraltro, ha avuto occasione di imporre, sostanzialmente, il *canone della coerenza* – quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari* – a prescindere da qualsiasi *richiamo* – assumendo, peraltro, la *nozione ontologica* degli *illeciti* rispettivamente sanzionati.<sup>1283</sup>

---

*Solo all'esito negativo della verifica, lo stesso giudice — non potendo, in questo caso, rimediare tramite la disapplicazione della norma interna contrastante — deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro.*

*Una volta che ne sia investita dello scrutinio, la Corte costituzionale — pur non potendo sindacare l'interpretazione che, della norma internazionale, sia data dalla corte rispettiva (in ipotesi, la Corte europea dei diritti dell'uomo) — resta, tuttavia, legittimata a verificare se, così interpretata, la norma internazionale — la quale si colloca, pur sempre, ad un livello sub-costituzionale — si ponga in conflitto con altre norme della Costituzione.*

*L'esito positivo di tale verifica configura — secondo la stessa Corte costituzionale (vedi corte cost. n. 80/2011, cit.) — ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato": così, testualmente, M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, FI, 2011, V, 216, spec. §9.*

*Sullo sviluppo della stessa tesi — in senso riduttivo dell'efficacia, nel nostro ordinamento, delle norme di fonti internazionali convenzionali — vedi, da ultima, Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, commentata da A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Consulta online*, per g.c. di *Diritto penale contemporaneo*.*

Vedi, altresì, M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controllimiti sulla efficacia delle norme CEDU*, in *Foro it.*, 2013, I, 791.

<sup>1280</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., *passim*.

<sup>1281</sup> Quali *"l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica"*: così, testualmente, Corte cost. N 2 del 14 gennaio 1986 (in *Foro it.*, 1986, I, 1184; annotata da PERA, in *Giur. costit.*, 1986, I, 235), che richiama e sintetizza l'ampia elaborazione giurisprudenziale precedente (sent. n. 81 del 1961; n. 45 del 1965; n. 81 del 1969; n. 194 del 1970; n. 55 del 1974; n. 152 del 1975; n. 178 del 1975; n. 189 del 1975; ord. n. 256 del 1976).

<sup>1282</sup> Segna, invece, il prospettato verso nella evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – che risulta, ora, radicalmente invertito, per quanto si è detto – il *monito* contestuale (della stessa Corte cost. n. 2 del 1986) nei termini testuali seguenti:

*"Resta auspicabile che il legislatore, per le suddette imprese, nell'attuazione di una politica sociale ed anche in adesione ai principi ed alle indicazioni internazionali, possa nel futuro introdurre la previsione di una giusta causa o di un giustificato motivo a base del licenziamento dal datore di lavoro intimato"*.

<sup>1283</sup> Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Né può prescindersi dal prospettato *canone della coerenza* nello scrutinio di qualsiasi disposizione che – in materia di *licenziamenti disciplinari* – intenda negare rilevanza al principio di *proporzionalità* – che continua a trovare applicazione alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il *fatto* – sul quale il licenziamento si fonda – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva).<sup>1284</sup>

## 2. Dalla legge Fornero al contratto a tutele crescenti: tra continuità ed innovazione.

La disciplina – in materia di *contratto a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) – continua, per quanto si è detto, la *inversione*, che – alla evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – era stata impressa dalla *legge Fornero* (legge n. 92 del 2012, cit.).

Tuttavia significative innovazioni riguardano, tra l'altro, la *tecnica legislativa*<sup>1285</sup>, da un lato, e la *tipologia delle fonti*<sup>1286</sup>, dall'altro.

**2.1.** Intanto la legge Fornero *sostituisce* – con la tecnica della *novellazione* – parte della normativa precedente – in materia di tutela reale contro i licenziamenti (art. 18 SL) – nella sua formulazione letterale.

Ne risulta un testo normativo nuovo – anche nella formulazione letterale – con palesi implicazioni sul piano ermeneutico: la negazione di *sopravvivenza* del testo previgente – e della sua permanente applicazione<sup>1287</sup> – si coniuga, in tale prospettiva, con la concentrazione – sul nuovo testo – dell'attività interpretativa.

La normativa in materia di *contratto a tutele crescenti* (di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.), invece, non incide sulla formulazione letterale (di cui all'art. 18 SL, come *novellato* dalla legge Fornero) della normativa precedente – in materia di tutela reale contro i licenziamenti – che continua, infatti, a trovare applicazione alle *assunzioni precedenti* (vedi *infra*).

Pertanto la disciplina in materia di *contratto a tutele crescenti* risulta dal coordinamento – in via interpretativa – della normativa, nella stessa materia (di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto), con la normativa precedente in materia di tutela reale contro i licenziamenti (di cui all'art. 18 SL, come *novellato* dalla legge Fornero, cit.).

---

In senso conforme – con riferimento al licenziamento disciplinare dei dipendenti di piccole imprese – vedi Corte costituzionale 25 luglio 1989, n. 427 (in Foro it., 1989, I, 2685, con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»: la Corte costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*). Peraltro la stessa sentenza – laddove stabilisce che la qualificazione del licenziamento, come *disciplinare*, può essere effettuata *secondo l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia* – ne conferma, sostanzialmente, la *nozione ontologica* accolta dalle sezioni unite della Corte di cassazione. Vedi, sul punto, M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

<sup>1284</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

<sup>1285</sup> Vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 225 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1286</sup> Vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 353 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1287</sup> Vedi – con riferimento al *lavoro pubblico* – 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*, LPA, 2013, 1 ss.

2.2. Peraltro la riforma Fornero risulta affidata ad una legge ordinaria (n.92 del 2012, cit.).

Mentre la disciplina – in materia di *contratto a tutele crescenti* – risulta da *legge delegata* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).

La scelta di tipologia della fonte, ora prospettata, comporta implicazioni coerenti – sul piano della legittimità costituzionale ed, ancor prima, della interpretazione *conforme a costituzione* – per la legge delega e la legge delegata, (anche) in tema di *contratto a tutele crescenti*.

2.3. L'interpretazione *costituzionalmente orientata*<sup>1288</sup> della legge delega di riforma<sup>1289</sup> – in materia di tipologie contrattuali ed istituti del rapporto di lavoro (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7) – pare funzionale alla prospettiva delle *leggi delegate*.

Ne risulta, infatti, la delimitazione della *discrezionalità* del legislatore delegato.

E questa concorre – con il tenore della *delega* – a definire, appunto, la prospettiva delle *leggi delegate*.

I principi – deputati ad orientare l'interpretazione della *legge delega* – concorrono, tuttavia, ad integrare la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale, che possono investire soltanto *leggi delegate*.

2.4. La giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>1290</sup> è costante nel ritenere che *"la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente"*.

Tale opera di completamento, tuttavia, deve necessariamente mantenersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, senza potersi spingere ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse.

<sup>1288</sup> Sul punto, vedi M. De Luca, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro It.*, 2009, V, col. 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

<sup>1289</sup> Sulla legge delega di riforma (l.10 dicembre 2014, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*), vedi, per tutti, F. CARINCI (a cura di), *Politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II*, ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n. 32; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Acte contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *Collective Volumes - 3/2014*.

Vedi, altresì, F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna (Bologna 23-24 ottobre 2014), ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n. 40.

<sup>1290</sup> Vedi, per tutte, Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, *Riv. Giur. Edilizia*, 2014, 2, 245, con nota di E. ANDRIOLI, in *Forum di quaderni costituzionale* (richiamato da *consulta on line*); 13 marzo 2014, n. 47, con nota di G. CONTE, *ibidem*; 5 giugno 2013, n. 119, inedita (a quanto consta); 6 dicembre 2012, n. 272, *Foro it.*, 2013, I, con nota di DALFINO; 5 ottobre 2010, n. 293, ID., 2010, I, 3237; 11 aprile 2008, n. 98, ID., *Rep.* 2008, v. *sanzioni civili e depenalizzazione*, n. 97.

Coerentemente, “l’introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente (può ritenersi ammissibile) soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato”.<sup>1291</sup>

In particolare – nei casi in cui il Parlamento abbia ritenuto di delegare al Governo il compito di procedere al riassetto di determinati settori normativi – l’esercizio, da parte del legislatore delegato, di “poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita, deve ritenersi circoscritto entro limiti rigorosi”.<sup>1292</sup>

**2.5.** Si tratta, beninteso, di alcuni dei principi che concorrono ad integrare – per quanto si è detto – la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale, concernenti *leggi delegate*.

Tuttavia lo scrutinio della Corte costituzionale – sul loro rapporto con le *leggi delega* – si esplica attraverso un *confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli*:

- Il primo riguarda le disposizioni che determinano l’oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla *legge delega*;
- Il secondo riguarda le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della *delega*.<sup>1293</sup>

Coerentemente, sono gli stessi principi ad *orientare* – nelle more della *legge delegata* – l’interpretazione della *legge delega*.

La delimitazione della *discrezionalità* del legislatore delegato – che ne risulta – concorre con il tenore della *delega* – per quanto si è detto – a definire, appunto, la prospettiva delle *leggi delegate*.<sup>1294</sup>

**2.6.** Gli stessi principi costituiscono, vieppiù, parametro di legittimità costituzionale – ed, ancor prima, di interpretazione conforme alla costituzione – per le *leggi delegate*.<sup>1295</sup>

Infatti concorrono ad integrare – per quanto si è detto – la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale concernenti, appunto, *leggi delegate*.

### 3. Riforma in materia di tipologie contrattuali: *ratio* e *principi direttivi* della riforma.

La *ratio* della riforma in materia di tipologie contrattuali – nella quale si inserisce il *contratto a*

<sup>1291</sup> Vedi, per tutte, Corte cost. 5 aprile 2012, n. 80, FI, Rep. 2012, voce Turismo, n. 37 e Giur. Cost. 2012, 1089; 5 ottobre 2010, n. 293, cit.

<sup>1292</sup> Vedi Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, cit.; 5 aprile 2012, n. 80, cit.

<sup>1293</sup> Vedi Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, cit.; 19 luglio 2013, n. 219, laddove si precisa:

“il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest’ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell’ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega» (sentenza n. 219 del 2013)”.

<sup>1294</sup> Vedi M. DELUCA, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, n.4, 349.

<sup>1295</sup> Quale – per quel che qui interessa – il decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.

*tutele crescenti* – risulta lucidamente enunciata, in forma esplicita, dalla stessa *legge delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, cit., *alinea*): “scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo”.

Non sembrano imposti, tuttavia, *obiettivi di addizionalità*, di aumento, cioè, del numero di occupati.

Ne prescindono, infatti, gli obiettivi – che formano oggetto di specifici *principi di delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, cit., lettera b ed a) – di “promuovere, (...), il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti”<sup>1296</sup> e di “semplificazione, modifica o superamento delle (altre) tipologie contrattuali”.

Non ne risultano perseguiti, infatti, incrementi quantitativi – ma soltanto *qualificazioni tipologiche* diverse e *qualitativamente migliori* – dei rapporti di lavoro.

Mentre ne risulta sostanzialmente *bypassato* – per così dire – il problema se l'intervento meramente regolativo – prospettato dalla *delega* – possa, da solo, incidere sul livello occupazionale.<sup>1297</sup>

**3.1.** L'attuazione della delega, poi, risulta affidata (dallo stesso articolo 1, comma 7, *alinea*, cit.) ad “uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”.

Il rispetto dei *principi e criteri direttivi* – stabiliti contestualmente – e la ribadita *coerenza* – con la *regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali* – si coniugano, tuttavia, con i *limiti rigorosi*, che – con riferimento al riassetto settoriale, affidato al *testo organico semplificato* – risultano imposti, per quanto si è detto (vedi *retro*: § 1.1), all'esercizio, da parte del legislatore delegato, di “*poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita*”.

In altri termini, non pare consentita la trasfusione – nella *legge delegata* – di contenuti *innovativi della normazione vigente* – eventualmente – presenti nei *codici semplificati del lavoro*, recati da proposte e disegni di legge.<sup>1298</sup>

**3.2.** La *promozione del contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro* – senza poterne innovare, nel difetto di specifico *principio direttivo*, la definizione del *tipo*,

<sup>1296</sup> A rendere più conveniente lo stesso contratto provvede, tuttavia, l'esonero contributivo (ai sensi dell'articolo unico, commi 118 e seguenti, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190): sul quale vedi la circolare INPS n.17 del 29 gennaio 2015.

<sup>1297</sup> Sul punto, vedi, da ultimo, MARAZZA, *Il regime dei licenziamenti nel jobs act*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 236/2015spec. §2. Vedi, altresì, M.DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su jobs act e dintorni)*, in Arg. Dir. Lav., 2014, I, 936 ss., spec. §7.3.

Sulla *effettività* dell'incremento occupazionale prospettato, tuttavia, vedi: L. Ricolfi, *Segnali veri e segnali di fumo*, in Sole 24 ore, 29 marzo 2015; D. DE MASI, *Il Jobs Act non serve*, in S3. STUDIUM, 2 aprile 2015.

<sup>1298</sup> Quale, ad esempio: AS 1006/XVII legislatura, *Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile*, di iniziativa del Sen. Ichino ed altri.

peraltro soggetta a vincoli di *indisponibilità*<sup>1299</sup>, né la disciplina – pare il *principio direttivo* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, lettera b, cit.) prioritario per il riordino di *tutte le forme contrattuali esistenti*.

Sembrano, infatti, complementari – rispetto ad esso – gli *interventi di semplificazione, modifica o superamento* – che non possono che riguardare le altre tipologie – all'esito di analisi volta a valutare *"l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale"* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, lettera a, cit.).

*Ratio e principi direttivi* della riforma – in materia di tipologie contrattuali – riguardano, all'evidenza, anche il *contratto a tutele crescenti*, in quanto contratto di lavoro a tempo indeterminato inserito, peraltro, nella stessa riforma.

**3.3.** Esula, tuttavia, dal tema d'indagine – concernente il *contratto a tutele crescenti* – l'esame analitico del prospettato *riordino delle tipologie contrattuali*, sebbene formi oggetto dei medesimi *principi direttivi* (articolo 1, comma 7) della *legge delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, cit.) e della *legge delegata*, deputata a darne attuazione.<sup>1300</sup>

Parimenti ne esula – per le medesime ragioni – la *disciplina delle mansioni*, nonché il *controllo a distanza*, che – pur formando oggetto dei medesimi *principi direttivi* – non risulta, tuttavia, contemplato dalla *legge delegata*.<sup>1301</sup>

#### **4. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata.**

Risulta coerente, da un lato, con la *ratio* della riforma in materia di tipologie contrattuali – *"di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione (...)"*, appunto – e destinatario, dall'altro, della promozione del *"contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto (...)"*.

Infatti i *principi direttivi* (di cui alla lettera c del comma 7 dell'art. 1) della *legge delega* prevedono – per le *nuove assunzioni* – il *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio*, da un lato, e comminano, dall'altro, sanzioni – per i licenziamenti *illegittimi* – così articolate:

- previsione della *regola* di un *indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio*;
- esclusione, per i *licenziamenti economici*, della possibilità di *reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro*;

<sup>1299</sup> Vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, I, 297.

<sup>1300</sup> Schema di decreto legislativo recante il *testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183* (atto del Governo n. 158).

<sup>1301</sup> Vedi M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, cit.

Sui decreti attuativi della legge delega, vedi, per tutti: F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (acura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n 37.

- limitazione del diritto alla reintegrazione – in via eccezionale – ai licenziamenti *nulli e discriminatori*, nonché a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare ingiustificato.

Con la previsione di *termini certi per l'impugnazione del licenziamento* – che completa il quadro – i *principi direttivi* in esame demandano, quindi, al legislatore delegato – soltanto per le *nuove assunzioni* – l'istituzione, da un lato, di una nuova tipologia contrattuale – quale il *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, appunto – e la comminatoria, dall'altro, di un articolato sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*.

**4.1.** Non sembra incorrere, tuttavia, in *eccesso di delega* – in quanto *il più contiene il meno* – il legislatore delegato<sup>1302</sup> che si limita a stabilire – soltanto per le *nuove assunzioni*, appunto – un articolato sistema sanzionatorio – per i licenziamenti illegittimi – senza istituire una nuova tipologia contrattuale.

Il *contratto a tutele crescenti*<sup>1303</sup>, infatti, sembra essere niente altro che un contratto a *tempo indeterminato*<sup>1304</sup>, mentre *crescente – in relazione all'anzianità di servizio* – è soltanto l'*indennizzo economico* comminato – come *regola* – per i licenziamenti *illegittimi*.<sup>1305</sup>

Resta, tuttavia, la prospettata coerenza con la *ratio della riforma*, che riguarda – al pari della promozione ed incentivazione, pure prospettate – qualsiasi contratto di lavoro a tempo indeterminato.<sup>1306</sup>

<sup>1302</sup> Vedi lo schema di decreto legislativo recante *disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (atto del Governo n.134), divenuto decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23.

<sup>1303</sup> Quale risulta dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1304</sup> Affatto diverso era, ad esempio, il *contratto di inserimento a tempo indeterminato a tutele crescenti*, prospettato da Matteo Renzi (allora soltanto segretario del Partito democratico), nel *progetto di Jobs act* da lui *postato* l'8 gennaio 2014.

Riecheggia, sostanzialmente, il *contratto unico a tempo indeterminato con tutele crescenti*, proposto da Boeri e Garibaldi (*lavoce info*, 2006), *che garantisca un sentiero graduale, a tappe, verso la stabilità*: la fase di *inserimento del contratto* dura per i primi tre anni di vita del contratto stesso, con applicazione dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori dall'inizio del quarto anno in poi.

Sembra corrispondere, peraltro, al contratto di lavoro – prospettato dal Consiglio europeo di Bruxelles dell'11 e 12 dicembre 2008 – che inizia *con un livello di base di tutela del lavoro* ed in l'cui la protezione si accumula *progressivamente via via che il lavoratore occupa un posto di lavoro fino a raggiungere una protezione piena*.

<sup>1305</sup> In tal senso, pare F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* – riferito, tuttavia, alla *bozza di decreto legislativo* – in CSDLE, Newsletter n. 1/2015:

Sul *contratto a tutele crescenti*, vedi – con riferimento al decreto legislativo n. 23 del 2015 – M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *dplonline*, 2015, n. 12, 741 ss, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.LEGS. n. 23/2015*, CSDLE – newsletter n. 7/2015.

<sup>1306</sup> Infatti l'esonero contributivo (ai sensi dell'articolo unico, commi 118 e seguenti, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190, cit.) compete per i contratti di lavoro a tempo indeterminato stipulati, nel 2015, prima dell'entrata in vigore della *legge delegata* in materia di contratto a tutele crescenti

**4.2.** Parimenti non incorre in *eccesso di delega* il legislatore delegato<sup>1307</sup>, che non prevede *specifiche fattispecie*<sup>1308</sup> – come stabilito dalla delega – e continua, perciò, a comminare la *tutela reintegratoria* – in ipotesi eccezionali – per qualsiasi *licenziamento disciplinare*.

La *tutela reintegratoria*, infatti, sembra restare quella che – non risultandone *delegata* innovazioni – è stabilita, per la stessa tipologia di licenziamenti (disciplinari, appunto), dalla normativa finora vigente (art. 18, comma 4, Sl, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012).

**4.3.** La *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 SL) è rimasta finora immutata – per i licenziamenti *discriminatori* – non essendo stata investita dalla riforma della *tutela reale*, immediatamente precedente (di cui alla legge n. 92 del 2012), né dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 1).

La stessa riforma, peraltro, aveva esplicitamente esteso (art. 18, commi 1-3 SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) la *tutela reale* al licenziamento – “*determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*” – oltre che al *licenziamento orale* e ad altre ipotesi di *licenziamento nullo*.<sup>1309</sup>

Ed analoghe estensioni sono previste, ora, dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 2).

**4.4.** L'estensione esplicita prospettata ha comportato la riproposizione – sotto un profilo nuovo e, comunque, diverso – di un vecchio problema.

Se ne è ricavata, talora, la conclusione che il licenziamento discriminatorio non possa essere considerato una ipotesi di licenziamento nullo – perché “*determinato da un motivo illecito determinante*” – essendo questo previsto separatamente.

Ma debba esserne accolta, invece, una autonoma *nozione oggettiva od ontologica*.

La conclusione prospettata, tuttavia, doveva fare i conti con la contestuale definizione di *licenziamento discriminatorio*, che – anche nel nuovo testo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) – risultava dal rinvio a disposizione (dell'articolo 3 della

<sup>1307</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1308</sup> Peraltro la *tutela reintegratoria* – se riferita a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare – finirebbe col trasferire – *irragionevolmente* – la *gravità* dell'illecito disciplinare da *giustificazione* del licenziamento a *giustificazione* della sanzione – reintegratoria, appunto – della sua *illegittimità* significativamente configurata, talora (ICHINO), come *sanzione per i datori di lavoro*.

Né può esserne trascurata la “*improbabile attuazione* – della formula *specifiche fattispecie*, appunto – *dato che l'universo empirico difficilmente si fa rinchiudere in disposizioni di carattere tassativo, come dimostrano i contratti collettivi di lavoro che contengono l'elencazione delle infrazioni che legittimano il ricorso alle sanzioni disciplinari, salvo aggiungere la clausola di stile per cui si tratta di riferimenti puramente esemplificativi*”: così, testualmente, L. MARIUCCI, *Renzi e l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in *Insight*, marzo 2015

<sup>1309</sup> Quali il licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

legge 11 maggio 1990, n. 108), sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario.<sup>1310 1311</sup>

Il *principio direttivo* della delega<sup>1312</sup> – come lo *schema* di decreto legislativo<sup>1313</sup> – in materia di *contratto di lavoro a tutele crescenti* faceva riferimento, invece, al *licenziamento discriminatorio*, senza specificazioni ulteriori.

C'era da domandarsi, quindi, se – una volta *spogliato* dai riferimenti pregressi (al *motivo illecito*, appunto, ed all'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108) – potesse ritenersi accolta una *nozione oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio.<sup>1314</sup>

Tuttavia il decreto legislativo – nel testo definitivo<sup>1315</sup> – ripropone l'esplicito riferimento – al *licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300* – e, con esso, il nodo problematico prospettato.

All'evidenza, non è questa la sede per affrontare *funditus* la questione medesima.<sup>1316</sup>

**4.5. La tutela reale originaria** (di cui all'articolo 18 SL) risulta, ora, estesa – dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 2) – agli *altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*, senza specificazioni ulteriori.

Resta, quindi, da domandarsi se – in difetto di esplicito riferimento alle ipotesi di nullità del licenziamento, contemplate dalla *legge Fornero* (e trasfuse nel *novellato* art. 18 SL) – possa ritenersi inclusa qualsiasi *nullità*, anche *virtuale*.<sup>1317</sup>

<sup>1310</sup>Vedi, per tutte, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in Riv. It. dir. lav., 2012, II, 362, con nota di PEDERZOLI, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1311</sup> Sullo *stato dell'arte* – dopo la *legge Fornero* (n. 92 del 2012) – vedi M.DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in ADL 2013, I, 1ss, spec. § 4.

<sup>1312</sup> Vedi l'articolo 1, comma 7, lettera c, legge 10 dicembre 2014, n. 183, cit.

<sup>1313</sup> Vedi lo schema di decreto legislativo recante *disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (atto del Governo n.134, divenuto decreto legislativo, 23 del 2015), cit., articolo 2.

<sup>1314</sup> Per la soluzione positiva della questione, prospettata nel testo, sembra propendere F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

<sup>1315</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit. articolo 2.

<sup>1316</sup> Anche dopo la riforma della *tutela reale* contro i *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo:

- per la nozione *soggettiva* di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per *motivo illecito determinante* – vedi F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 10;

- in senso contrario – per la nozione *oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio – vedi M. BARBERA, *il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in Riv. Giur. Lav., 2013, I, 138 ss.

Sul punto, vedi, altresì, M.DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 4.

<sup>1317</sup> Sulla *nullità virtuale*, vedi, per tutte, Cass. Sez. un, civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 (In Foro it., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI), secondo cui la *nullità virtuale* – *per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione in tal senso* – riguarda, *ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto* – o, come nella specie, dell'atto unilaterale di licenziamento (art. 1324 c.c.) – e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità.

**4.6.** La stessa *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 SL) risulta, ora, esplicitamente estesa (art. 2, comma 4, della *legge delegata*), altresì, alle *“ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”*.

Resta da domandarsi, tuttavia, se la *giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore* continui ad implicare la dimostrazione – della quale è, parimenti, onerato il datore di lavoro – circa *l'inesistenza in azienda di mansioni diverse, compatibili con lo stato di salute del dipendente e di pari qualifica*.<sup>1318</sup>

Esula, comunque, dalla ipotesi prospettata – del licenziamento *per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, appunto – il licenziamento nel *caso di malattia* del lavoratore.

Nel difetto di innovazioni sul punto, resta soggetto, infatti, alla disciplina finora vigente (art. 2110 c.c.): la sospensione di efficacia del licenziamento, intimato durante la malattia del lavoratore, si coniuga con la conservazione del posto di lavoro per il c.d. *periodo di comporta*, che comprende – per giurisprudenza consolidata – anche *l'eccessiva morbilità*.

Durante il *periodo di comporta*, poi, il rapporto di lavoro resta soggetto alla disciplina ordinaria, anche per quanto riguarda il regime dei licenziamenti.

Mentre decorre – solo dalla scadenza dello stesso *periodo* – la *recedibilità ad nutum* (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.<sup>1319</sup>

Pertanto il licenziamento – rimasto *inefficace* durante la malattia – risulta successivamente assoggettato – ove non sia scaduto il *periodo di comporta* – al regime stabilito per la tipologia del licenziamento in concreto intimato.<sup>1320</sup>

**4.7.** Il *diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro* – per qualsiasi *licenziamento disciplinare*, in difetto della previsione di *specifiche fattispecie* – pare limitato ad ipotesi, che – nel silenzio, sul punto, dei *principi direttivi* della legge delega (di cui alla lettera c del comma 7 dell'articolo 1, cit.) – sono previste, per quanto si è detto, dalla *normazione vigente* in materia (art. 18, comma 4, SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012).<sup>1321</sup>

<sup>1318</sup> In tal senso vedi, da ultima, Cass. 10 marzo 2015, n. 4557.

<sup>1319</sup> Sul punto, vedi R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, CSDLE Newsletter n. 5/2015.

<sup>1320</sup> Suscita, pertanto, diffuse perplessità una recente sentenza della Corte di cassazione, che configura una ipotesi di *eccessiva morbilità* come *scarso rendimento* – integrane, come tale, *giustificato motivo oggettivo* e non già *soggettivo* – discostandosi anche dalla giurisprudenza, quantomeno prevalente, in tema di *scarso rendimento*, appunto: vedi Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in RIDL 2014, II, 969 ss., con nota di R. LAMA, *Trent'anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sulla configurazione, poi, del licenziamento per *scarso rendimento* come licenziamento per *giustificato motivo soggettivo* – per inadempimento, cioè, dell'obbligo di *diligente collaborazione* a carico del lavoratore – vedi, per tutte: Cass. 2 gennaio 2009, n.1632; 22 febbraio 2006, n. 3876; 9 settembre 2003, n. 13194; 3 maggio 2003, n.6747; 10 novembre 2000, n.14605; 23 febbraio 1996, n. 1421; 20 agosto 1991, n. 8973.

<sup>1321</sup> Laddove – per i licenziamenti disciplinari, appunto – la reintegrazione risulta comminata *“per insussistenza del fatto contestato 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”*.

Nella interpretazione della stessa *normazione*, il legislatore delegato può avvalersi, ora, delle suggestioni che provengono dal *diritto vivente*.<sup>1322</sup>

#### 4.8. Ne risulta, infatti, stabilito:

*“Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorrerebbe operare una distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento positivo o negativo dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”.*

C’è chi ritiene<sup>1323</sup>, infatti, *“ben percepibile l’influenza esercitata da questa sentenza in sede di redazione della bozza di decreto legislativo, laddove il citato art. 3, co. 2 prospetta come unica eccezione per la concessione della reintegra nel caso di un licenziamento disciplinare, “l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale sia estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento””.*

4.9. La riferita *motivazione in diritto* della Corte di cassazione (da taluno considerata, addirittura, un *obiter dictum*) suscita, tuttavia, perplessità – laddove ripropone la contrapposizione o, comunque, l’alternativa tra *fatto materiale* e *fatto giuridico* – in quanto il *fatto giuridico* è niente altro che un *fatto materiale*, assunto dall’ordinamento come *fatto* produttivo di effetti giuridici (quale, per quel che qui interessa, la stessa sanzione della *tutela reale*).

Quel che più conta, tuttavia, è che la stessa *motivazione in diritto* – letta alla luce del *fatto*, accertato contestualmente – ha condotto alla decisione, che risulta così *massimata*:

*La insussistenza del fatto contestato – per la quale continua ad applicarsi la reintegrazione nel posto di lavoro, dopo la riforma della tutela reale contro i licenziamenti disciplinari (comma 4 novellato dell’articolo 18 dello statuto dei lavoratori) – può riguardare soltanto alcuni elementi dello stesso fatto, peraltro parzialmente sussistente, purché essenziali per integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento (nella specie, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che aveva applicato la tutela reintegratoria in dipendenza del difetto del*

<sup>1322</sup> Vedi la prima sentenza in materia dell’organo giurisdizionale, al quale *compete* la funzione della nomofilachia: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in Foro it., 2014, I, 3418, con nota di richiami di A. PERRINO e nota di M.DE LUCA, *Il fatto nella tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia*.

<sup>1323</sup> Così, testualmente, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

*requisito della abitudine – nei comportamenti contestati, peraltro parzialmente sussistenti – in quanto essenziale per integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento).*

In altri termini, la *insussistenza del fatto materiale* – per la quale è comminata la reintegrazione nel posto di lavoro – sembra riguardare il difetto – nel medesimo *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.<sup>1324</sup>

Sembra ricevere, quindi, conforto la tesi, che risulta così sintetizzata:

*“Ora, qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall’ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell’ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”.*<sup>1325</sup>

Infatti la reintegrazione risulta applicata – dalla sentenza in esame (Cass. n.23669 del 2014, cit.) – nonostante la *sussistenza*, sia pure *parziale*, del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – in dipendenza della *insussistenza* soltanto di alcuni elementi – del *fatto* medesimo – ritenuti indispensabili, tuttavia, per integrarne – quale *nucleo essenziale*, appunto – giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

La stessa interpretazione può essere, quindi, estesa al *principio direttivo* della delega – che conferma, per quanto si è detto, la *normativa finora vigente* sul punto (art. 18, comma 4, SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) – e, quindi, anche al decreto legislativo<sup>1326</sup>, deputato a darne attuazione.<sup>1327</sup>

**4.10.** Nè può essere trascurato che, a sostegno della soluzione prospettata, sembra soccorrere il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*).<sup>1328</sup>

<sup>1324</sup> Vedi M.DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, in ADL, 2014, I, 1267 ss, nota 2 e *passim*.

<sup>1325</sup> Così, testualmente, F. Carinci, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell’articolo 18 statuto*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario «in onore di Michele De Luca», organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 79 ss., spec. § 8, 94, 95.

In senso conforme, vedi: M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3., spec. § 3, laddove si legge: “la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* – che legittima l’accesso alla tutela (anche) reintegratoria – non può non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo”; ID., *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, op, loc ult. cit.

Vedi, altresì, M.DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, cit., spec. § 7.

<sup>1326</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1327</sup> Vedi F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

<sup>1328</sup> Sull’argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

Ho avuto occasione di proporlo<sup>1329</sup> – sin dagli albori, per così dire, del dibattito sulla  *riforma della tutela reale*.<sup>1330</sup> – ma sembra conservare, tuttora, piena validità.

Infatti l'opzione ermeneutica disattesa comporterebbe l'esito – all'evidenza  *assurdo* – che la  *tutela reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un  *fatto lecito*.

Ne risulterebbe, invero, la  *sussistenza*, presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato.<sup>1331</sup>

**4.11.** È bensì vero, peraltro, che è prevista espressamente la  *estraneità* – rispetto alla  *insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore* – di  *ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*.

La  *estraneità* pare postulata, tuttavia, rispetto alla  *insussistenza* – nel senso che ne è stato prospettato –  *del fatto materiale contestato*.

Palese risulta, invero, la  *estraneità* – rispetto alla  *insussistenza del fatto* – ove questa riguardi, per quanto si è detto, il difetto – nel medesimo  *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo

Non sembra riguardare, invece, il giudizio di  *proporzionalità*, che deve correre tra il  *fatto* medesimo ed il licenziamento.

La conclusione proposta pare, comunque, da preferire – come interpretazione  *adeguatrice* o  *costituzionalmente orientata*<sup>1332</sup> – in alternativa alla  *illegittimità costituzionale* della disposizione in esame.

<sup>1329</sup> Vedi: M. De Luca,  *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.3, 13; ID.,  *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 2.4., 10.

<sup>1330</sup> Vedi V. SPEZIALE,  *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 165/2012, pubblicato, con il diverso titolo  *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di),  *Flessibilità e tutele nel lavoro*.

*Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2013, spec. nota 77, laddove si legge: "L'argomentazione del "fatto lecito" è stata espressa da Michele De Luca, Presidente titolare della Sezione Lavoro della Cassazione, nel suo intervento orale al Convegno nazionale AGI (Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione versus garanzie?), svoltosi in Ancona nei giorni 26 e 27 Ottobre (2012)".

Tuttavia la stessa  *argomentazione* è stata proposta in data precedente, addirittura, prima della pubblicazione della legge di riforma (legge 28 giugno 2012, n. 92, in Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 3 luglio 2012, n. 153): vedi M. De Luca,  *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, loc. ult. cit., che  *ripropone*, in sintesi, la  *rielaborazione* – tra l'altro – della  *relazione conclusiva al Convegno nazionale sul tema Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012)*.

<sup>1331</sup> Vedi M. DE LUCA,  *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, cit., spec. § 8.

<sup>1332</sup> Vedi M. De Luca,  *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit.

Risulta rispettosa, infatti, del *canone della coerenza* – quale espressione del principio di *egualianza di trattamento* – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari*.<sup>1333</sup>

Dal prospettato *canone*, infatti, sembra discostarsi – per quanto si è detto – qualsiasi disposizione, che – in materia di *licenziamenti disciplinari* – intenda negare rilevanza al principio di *proporzionalità* – che continua a trovare applicazione, invece, alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il *fatto* – sul quale il licenziamento si fonda – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva).<sup>1334</sup>

**4.12.** Resta da domandarsi, poi, se il legislatore delegato – in difetto di specifico *principio direttivo* sul punto – possa innovare – sia pure limitatamente alla *insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore* – la *normativa finora vigente* (art. 5 l. n. 604 del 1966) – come interpretata dalla giurisprudenza<sup>1335</sup> – in tema di riparto dell'onere probatorio.

Suscita, quindi, perplessità quanto risulta dalla Relazione allo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (AG 134), laddove si legge:

*“Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro, rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova, rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria), è in capo al lavoratore”.*

Non è in discussione, beninteso, la *plausibilità* della interpretazione – che ne risulta proposta – in relazione al tenore letterale della legge delegata (articolo 3, comma 2), laddove postula che sia *“direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”.*

Tuttavia resta da domandarsi come possa restare a carico del datore di lavoro l'onere della prova – *rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento* – ove si consideri che oggetto di tale prova è la *sussistenza* dello stesso *fatto materiale* – di cui il lavoratore dovrebbe provare la *insussistenza* – e non già la sua qualificazione giuridica, all'evidenza, estranea – all'oggetto delle prove – e riservata al giudice.

Peraltro – in difetto di qualsiasi *principio direttivo* sul punto – potrebbe risultare viziata di *eccesso di delega* qualsiasi innovazione della *normativa* – finora vigente – sul riparto dell'onere probatorio (art. 5 l. n. 604 del 1966, cit.).

<sup>1333</sup> Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), cit.

<sup>1334</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

<sup>1335</sup> Vedine riferimenti in M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, spec. § 3.

Né può essere trascurato che – imponendogli la *prova diretta* della *insussistenza del fatto materiale contestato* – il lavoratore sarebbe onerato della *probatio diabolica* – su un *fatto negativo* (quale, appunto, la *insussistenza del fatto materiale contestato*) – non potendo ricorrere alla *prova presuntiva*, in quanto incompatibile – appunto – con la *prova diretta*.

Infatti ciò comporta, all'evidenza, un palese ostacolo alla *effettività* del diritto – alla *tutela giurisdizionale contro ogni licenziamento ingiustificato* – che risulta garantito ai lavoratori da disposizione (articolo 30 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.) dotata – per quanto si è detto – di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.<sup>1336</sup>

Resta da domandarsi, quindi, se risulti *plausibile* in relazione al tenore letterale della legge delegata (articolo 3, comma 2) – che tace in ordine al soggetto onerato della prova diretta della *“insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”* – una interpretazione che – ponendo l'onere a carico del datore di lavoro – non innovi la normativa finora vigente.

Ne risulterebbe una interpretazione – *adeguatrice* o *costituzionalmente e comunitariamente orientata* – in alternativa alla *illegittimità costituzionale* e *comunitaria* della disposizione della legge delegata (articolo 3, comma 2) in esame.

Il problema, tuttavia, resta aperto.

**4.13.** Al di fuori delle ipotesi *eccezionali* – nelle quali continua ad applicarsi, per quanto si è detto, (anche) la *reintegrazione nel posto di lavoro* (articolo 2 e 3, comma 2, della *legge delegata*) – trova applicazione la *regola* della *tutela indennitaria*.

Questa si applica, infatti, ai licenziamenti disciplinari – al di fuori delle *ipotesi* nelle quali è comminata, in via eccezionale, la *tutela reintegratoria* – nonché ai licenziamenti per *giustificato motivo oggettivo* ed ai *licenziamenti collettivi* (art. 3, comma 1, e 10, rispettivamente, della *legge delegata*).

**4.14.** L'esplicita estensione ai *licenziamenti collettivi* è stata tenuta ferma – nel testo definitivo del decreto legislativo – nonostante il *parere contrario* – non vincolante, tuttavia – espresso, concordemente, dalle Commissioni parlamentari competenti.<sup>1337</sup>

<sup>1336</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3 ss., spec. § 5; M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., spec. § 1.8 e note 19-22.

<sup>1337</sup> Nel parere della Commissione lavoro del Senato, infatti, si legge:

“Con riferimento ai licenziamenti collettivi, il Governo valuti l'opportunità di rivedere il regime sanzionatorio dell'articolo 10, prevedendo la reintegrazione in caso di violazione dei criteri previsti dai contratti collettivi”.

Nel parere della Commissione lavoro della Camera dei deputati, analogamente, si legge:

“l'applicazione della disciplina di cui al presente provvedimento anche ai licenziamenti collettivi determinerebbe un indebolimento del ruolo della contrattazione collettiva e delle procedure di confronto con le associazioni sindacali nella gestione dei licenziamenti relativi a esigenze tecnico-produttive e organizzative, che potrebbe rendere più difficoltosa la gestione dei processi di ristrutturazione aziendale; esprime PARERE FAVOREVOLE con le seguenti condizioni: all'articolo 10, sostituire il comma 1 con il seguente: 1. In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, ai lavoratori di cui all'articolo 1 si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima legge”.

E riguarda non solo la violazione delle procedure – come già previsto dalla *legge Fornero* (art.1, comma 46) – ma anche la violazione dei *criteri di scelta*, ferma restando la *tutela reintegratoria* per il licenziamento intimato *senza l'osservanza della forma scritta*.

Risulta coerente, tuttavia, con i *principi direttivi* della *legge delega*, laddove (comma 7, lettera c, dell'articolo 1, cit.) non solo accoglie la *regola* della *tutela indennitaria*, ma esplicitamente esclude, altresì, la *possibilità della reintegrazione* del lavoratore nel posto di lavoro per i *licenziamenti economici*, tra i quali rientrano, appunto, anche i *licenziamenti collettivi*.

#### 4.15. Restano, però, problemi di *coerenza sistematica*.

Invero i licenziamenti collettivi risultano costantemente esclusi, nel nostro ordinamento, dal campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali.<sup>1338</sup>

Ed assoggettati – del pari costantemente – alla disciplina di fonti diverse.<sup>1339</sup>

Peraltro – a far tempo dalla trasposizione, nel nostro ordinamento, della direttiva comunitaria in materia (con la legge 23 luglio 1991, n. 223) – *“il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo che si distingue dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo specificatamente caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei licenziamenti programmati, all'arco temporale entro cui gli stessi sono effettuati, ed essendo inderogabilmente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'azienda. Ne deriva che, qualora il datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti intenda effettuare, in conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro, almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, è tenuto all'osservanza delle procedure previste dalla legge stessa, mentre resta irrilevante che il numero dei licenziamenti attuati a conclusione delle procedure medesime sia eventualmente inferiore, così com'è inammissibile la "conversione" del licenziamento collettivo in licenziamento individuale”*.<sup>1340</sup>

Tuttavia il sistema sanzionatorio – per il licenziamento collettivo *illegittimo* – risulta mutuato da sempre, come nella specie, dalla disciplina del licenziamento individuale.<sup>1341</sup>

Resta, comunque, impregiudicato il problema se possa dar luogo – ad azione di repressione della condotta antisindacale (art. 18 SL) – l'eventuale *indebolimento* – paventato, per quanto si è detto, dalla Commissione lavoro della Camera dei deputati – del *ruolo della contrattazione collettiva* e delle *procedure di confronto con le associazioni sindacali*.

---

Si tratta, in entrambi i casi, della proposta di non innovare il sistema sanzionatorio, previsto dalla *legge Fornero: reintegrazione*, per violazione dei criteri di scelta, *indennità* per violazione delle procedure.

<sup>1338</sup> Fin dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, *Norme sui licenziamenti individuali*, laddove (art. 11, secondo comma) si legge: *La materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge*.

<sup>1339</sup> Dagli Accordi interconfederali in materia (A.I. del 1956 e del 1965 per il settore industriale) alla legge 23 luglio 1991, n. 223, *Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, articoli 4 e 24.

<sup>1340</sup> Risulta così *massimata* Cass. 22/11/2011 n.24566, in RIDL, 2012, II, 618 con nota di L. CALAFA'; Lavoro nella giurisprudenza, 2012, 478, con nota di R. COSIO.

<sup>1341</sup> Fin dalla legge 23 luglio 1991, n. 223.

**4.16.** La *tutela indennitaria* risulta comminata, altresì, per il licenziamento “*intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970*” (articolo della *legge delegata*, intitolato *Vizi formali e procedurali*).

Esplicitamente fatta salva risulta, tuttavia, la possibilità che “*il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto*”.

In tale prospettiva, resta da domandarsi se il *difetto di contestazione* – oltre ad integrare un *vizio formale* – comporti la *insussistenza del fatto contestato*, per la quale è comminata (art. 3, comma 2 della *legge delegata*) la *reintegrazione nel posto di lavoro*.

**4.17.** La base di calcolo della *indennità* – che risulta comminata (in misure diverse), per quanto si è detto, in caso di licenziamento affetto da vizi sostanziali, formali o procedurali – è stata definita, con formulazione letterale diversa, dallo *schema* (a.g. n. 134) e dal *testo definitivo* del decreto legislativo (n. 23 del 2015).

Il primo fa riferimento, infatti, alla *retribuzione globale di fatto*, mentre il secondo *all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*.

A prescindere dalla (eventuale) *intenzione del legislatore delegato* – di ridurre l'ammontare dell'indennità – sembra doversi negare qualsiasi contributo innovativo alla *diversificazione terminologica prospettata*.

Intanto la *retribuzione globale di fatto* viene, non di rado, esplicitamente assunta – dalla giurisprudenza<sup>1342</sup> – quale base di calcolo del trattamento di fine rapporto.

Comunque, la *retribuzione globale di fatto* costituisce la base di calcolo del risarcimento del danno – da licenziamento *illegittimo* – fin dalla introduzione, nel nostro ordinamento, delle *tutela reale* (art. 18 SL).<sup>1343</sup>

Ed il legislatore delegato, all'evidenza, non può innovare, in difetto di principio direttivo sul punto.

**4.18.** Corrisponde, poi, al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione – entro i limiti, tuttavia, stabiliti contestualmente – la retribuzione che, per quanto si è detto, risulta posta a base del calcolo dell'indennità.

E da essa va *dedotto* – in ogni caso (art. 2 e 3 della *legge delegata*) – “*quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative*” (c.d. *aliunde perceptum*) e – solo nel caso di licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) – anche “*quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro*”.

<sup>1342</sup> Vedi, per tutte, Cass. 21 maggio 2012, n. 7987; 13 marzo 2008, n. 6743; 7 febbraio 2008, n. 2872.

<sup>1343</sup> In tal senso è la giurisprudenza consolidata: vedi, per tutte, Cass. 17 ottobre 2014, n. 22050; 1 ottobre 2013, n. 22398; 15 aprile 2013, n. 9073; 31 luglio 2012, n. 13710.

Per il medesimo periodo, il datore di lavoro è tenuto – in ogni caso (art. 2 e 3 della *legge delegata*) – al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e – solo nel caso di licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) – anche delle sanzioni civili per omissioni contributive.

La *ratio* del diverso trattamento – in tema di *sanzioni civili* per omissioni contributive, appunto – riposa, poi, sulla *nullità o inefficacia* del licenziamento *discriminatorio o assimilato* e sulla *annullabilità* di altri licenziamenti *illegittimi*, che forma oggetto di sentenza *dichiarativa* e, rispettivamente, *costitutiva*.<sup>1344</sup>

Corrisponde, invece, all'anzianità di servizio aziendale (*per ogni anno di servizio*) – entro i limiti, tuttavia, stabiliti contestualmente – la retribuzione che, per quanto si è detto, risulta posta a base del calcolo dell'indennità per licenziamento "*intimato con violazione del requisito di motivazione (...) o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970*" (art. 4 della *legge delegata*).

E non è assoggettata a *contribuzione previdenziale*.

**4.19.** C'è chi pone a raffronto l'ammontare dell'indennità – per licenziamento *illegittimo* – con l'ammontare dei *benefici (sgravi contributivi e taglio IRAP)* per il *contratto di lavoro a tutele crescenti*.<sup>1345</sup>

Né possono esserne trascurate le implicazioni.

La perdita di *dissuasività* dell'indennità – in dipendenza dell'importo pari o, addirittura, inferiore rispetto alla decontribuzione – incide, all'evidenza, sulla *effettività* del diritto – alla *tutela giurisdizionale contro ogni licenziamento ingiustificato* – che risulta garantito ai lavoratori da disposizione (articolo 30 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.) dotata – per quanto si è detto – di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.

Resta, tuttavia, da scrutinare – sotto profili diversi – l'annunciato trasferimento della stessa *tutela* – contro il licenziamento, appunto – dal rapporto al mercato del lavoro.

<sup>1344</sup> Vedi Cass., sez. un. Civ., 18 settembre 2014, n. 19665, che risulta così *massamata*:

*In tema di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento, ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, anche prima delle modifiche introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (nella specie, inapplicabile "ratione temporis"), occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inefficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva: nel primo caso, il datore di lavoro, oltre che ricostruire la posizione contributiva del lavoratore "ora per allora", deve pagare le sanzioni civili per omissione ex art. 116, comma 8, lett. a, della legge 23 dicembre 2000, n. 388; nel secondo caso, il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della "mora debendi" nelle obbligazioni pecuniarie, fermo che, per il periodo successivo all'ordine di reintegra, sussiste l'obbligo di versare i contributi periodici, oltre al montante degli arretrati, sicché riprende vigore la disciplina ordinaria dell'omissione e dell'evasione contributiva.*

<sup>1345</sup> Vedi le elaborazioni UIL servizio politiche territoriali (in *sostegnoimpresa.blogspot.it* ed in *Professionefinanza.com*), che – all'esito di due *simulazioni*, riferite al licenziamento (dopo uno o tre anni) di lavoratore con *reddito annuo* diverso (tra 12.000 e 45.000 euro) – perviene al *saldo positivo* – per le imprese – fra *totale benefici (sgravi contributivi e taglio IRAP)*, da un lato, e *indennizzo licenziamento*, dall'altro: *saldo* compreso (in relazione, appunto, al diverso *livello di reddito*) tra 2.865 e 5.144 euro (per licenziamento dopo un anno) e tra 3.536 e 15.433 euro (per licenziamento dopo tre anni).

Il *saldo positivo* non cambia nella sostanza – ma va soltanto ridotto nell'ammontare – all'esito della correzione dell'errore – nella *simulazione* riferita al licenziamento dopo un anno – laddove commisura l'indennità a due mensilità, senza considerare che la stessa deve essere, comunque, "*non inferiore a quattro (.....) mensilità*": vedi, sul punto, S. CANNAVO', *Guadagnare licenziando*, in *Il fatto quotidiano*, 13 marzo 2015, che riferisce, tra l'altro, la efficace *definizione* del contratto a tutele crescenti – come *contratto a termine finanziato* – proposta da Guglielmo Loy della UIL, *autore dello studio sui benefici per le imprese*.

La idoneità a surrogare, integralmente, la tutela nel rapporto – come pare giuridicamente garantita dal sistema *multilivello* (rectius: *interlivello*) – si coniuga, in tale prospettiva, con la *effettività* – da verificare, anche in concreto – della *tutela nel mercato*.

**4.20.** La *tutela reintegratoria* – per licenziamenti discriminatori, nulli e, in alcuni casi, per i licenziamenti disciplinari – come la *regola* della *tutela indennitaria* per ogni altro *licenziamento illegittimo* risultano esplicitamente limitate – dal *principio direttivo* della delega (articolo 1, comma 7, cit.) – alle *nuove assunzioni*.

Coerente con la *delega* risulta, pertanto, la legge delegata (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.), laddove (articolo 1) delimita il proprio *campo d'applicazione*.

Per i lavoratori con qualifica (di operaio, impiegato o quadro) diversa da quella dirigenziale – che continua ad essere esclusa dalla disciplina limitativa dei licenziamenti di fonte legale – il *regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo* – recato dallo stesso decreto – si applica, infatti, solo se assunti – a decorrere dalla data della sua entrata in vigore<sup>1346</sup> – con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 1, comma 1), che dalla stessa data – per quanto si è detto – è *a tutele crescenti*.<sup>1347</sup>

**4.21.** Né sembra discostarsi dalla delega – fugando qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'*eccesso di delega* – la disposizione (di cui al comma 3 dell'articolo 1), che sancisce testualmente:

*“3. Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto.”*

Infatti solo il raggiungimento del prescritto *requisito occupazionale* – sopravvenuto, in tale ipotesi, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (n. 23 del 2015, cit., appunto) – ha perfezionato, anche per i lavoratori assunti prima di tale data, la complessa fattispecie, che *legittima* l'accesso alla *tutela reintegratoria*.

**4.22.** Parimenti in coerenza con la delega, riguarda soltanto lavoratori – assunti a decorrere dalla data della entrata in vigore del decreto legislativo – la disciplina in materia di *piccole imprese e organizzazioni di tendenza* (articolo 9).

<sup>1346</sup> Cioè (ai sensi dell'articolo 12) dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (n.54 del 6-marzo-2015).

<sup>1347</sup> Introdotta nel testo definitivo del decreto legislativo, ne costituisce soltanto un utile chiarimento la previsione (di cui al comma 2 dello stesso articolo 1) del seguente tenore letterale:

*“2. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato.”*

Ne risulta, da un lato, sostanzialmente ribadito (comma 1) il *dualismo di tutela* tra i dipendenti di *piccole imprese* – che continuano ad essere esclusi dalla *tutela reintegratoria*, per i licenziamenti disciplinari (art. 3, comma 2) ed ammessi a *tutela indennitaria dimezzata* (nelle ipotesi di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, comma 1 ed all'articolo 6, comma 1) – e dipendenti delle altre imprese.

Ne risulta ribaltata, dall'altro, la pregressa esclusione delle *organizzazioni di tendenza* – dall'applicazione della tutela reale – e la soggezione alla disciplina prevista per gli altri datori di lavoro.

**4.23.** Forse non era imposto dalla delega – ma non sembra, tuttavia, discostarsene – la introduzione di una nuova disciplina di istituti, che risultano connessi con i licenziamenti di lavoratori, assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della *legge delegata* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).<sup>1348</sup>

Intanto la *revoca* del licenziamento (art. 5 della *legge delegata*) – entro quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnazione – ripristina, bensì, il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità – *con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca* – ma esonera, tuttavia, il datore di lavoro da qualsiasi sanzione comminata – e, perciò, da applicare (secondo la giurisprudenza costante) – per la *illegittimità* del licenziamento.

In aggiunta ad *ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge*, è prevista (art. 6 della *legge delegata*), poi, una *offerta di conciliazione*, che si articola nella *offerta*, appunto, del datore di lavoro – entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento ed in una delle sedi indicate contestualmente<sup>1349</sup> – dell'importo indicato contestualmente<sup>1350</sup> – che “*non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale*” — mediante *consegna di un assegno circolare* .

L'accettazione dell'assegno nella stessa sede – all'evidenza, incentivata dai benefici (fiscale e contributivo), oltre che dalla rimozione del rischio e del tempo del processo – comporta “*l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta*”.

**4.24.** Completa il quadro la disciplina in materia di:

- *computo dell'anzianità negli appalti* (art. 7 della *legge delegata*), ai fini del calcolo di *importo e indennità* (di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6) – che tiene conto dell'intero periodo di impiego nell'attività appaltata – per il lavoratore che *passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto*;

<sup>1348</sup> Vedi A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 245/2015.

<sup>1349</sup> Di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni.

<sup>1350</sup> *Pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità.*

- computo e misura, per *frazioni di anno*, di importo ed indennità (di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6);
- *rito applicabile* (art. 11 della *legge delegata*), che – escludendo, esplicitamente, l'applicazione del *procedimento specifico* (di cui ai commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della *legge Fornero* 28 giugno 2012, n. 92) – impone l'applicazione del *rito ordinario* per i licenziamenti intimati a lavoratori, assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della *legge delegata*

**4.25.** È ben vero che il meno favorevole regime di tutela contro i *licenziamenti illegittimi* – che è stato introdotto dalla legge delegata (decreto legislativo n. 23 del 2015, ci.) – risulta coerente, per quanto, si è detto, con i *principi direttivi* della *delega*, laddove (art. 1) ne limita l'applicazione ai lavoratori assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa *legge delegata*.

C'è chi dubita, tuttavia, della *legittimità costituzionale*, in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 cost.), anche sotto il profilo della *ragionevolezza*.<sup>1351</sup>

D'altro canto, il *dualismo delle tutele* contro il licenziamento illegittimo tra lavoratori *protetti* e lavoratori *non protetti* – finora vigente – ha ripetutamente superato, per quanto si è detto, lo

<sup>1351</sup> Vedi, per tutti:

M.TIRABOSCHI, intervista a *Lettera 43, quotidiano online indipendente*, 5 gennaio 2015, che denuncia un *nuovo apartheid* ed – in relazione alla questione di costituzionalità, minacciata dai sindacati – non sembra svolgere alcuna contestazione, ma prospetta, tuttavia, il rischio che possa “*costruire un cavallo di Troia e fornire l'assist perfetto*” per togliere le “*tutele dell'articolo 18*” anche ai vecchi assunti;

S.GIUBBONI, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Eticaeconomia*, 16 febbraio 2015, laddove denuncia che “*solo un'idea piccola di disuguaglianza, (.....), neutralizzata e svuotata da una formalistica e rinunciataria deferenza verso la discrezionalità illimitata delle scelte politiche del legislatore, potrebbe (...) giustificare (che sia) la data di assunzione (...) a parità di tutte le altre condizioni – una decisiva differenziazione dello statuto protettivo dei lavoratori subordinati (.....)*”, ma prospetta – contestualmente – che “*potrebbe mettere in discussione la tenuta complessiva del disegno del Jobs Act (e), proprio per questo, (.....), difficilmente riuscirà ad aprire varchi nella linea di prudentissima deferenza alle scelte del legislatore ordinario da tempo consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale*”; ID, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 246/2015.

L. MARIUCCI, *Renzi e l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, Insight, marzo 2015, laddove si legge:

*Ma fino a quando l'effetto sostitutivo non verrà completato si registrerà una vistosa differenziazione di trattamento tra quanti sono già titolari di un contratto di lavoro e tutti coloro che verranno assunti dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina.*

*Accadrà quindi che vi saranno due tipi di lavoratori, occupati nella stessa impresa, con la stessa qualifica e le medesime mansioni, ma con un trattamento differente su un istituto cruciale del rapporto di lavoro come quello relativo ai limiti del potere di licenziamento: il che significa che se licenziati per la medesima fattispecie gli uni potranno ottenere, in assenza di giustificato motivo, la reintegrazione del rapporto, mentre per gli altri il licenziamento ingiustificato verrà solo monetizzato.*

*C'è da chiedersi in quale strana accezione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza possa trovare fondamento una disparità così macroscopica di trattamento, la cui legittimità dovrebbe essere argomentata sulla base del fatto che uno dei due lavoratori a suo tempo, e magari anni prima, era stato assunto con lo “speciale” “contratto a tutele crescenti”.*

*Di questo si dovrà occupare evidentemente la Corte Costituzionale. Per l'intanto si può tranquillamente affermare, che si tratta di una differenza di trattamento “ingiusta”: “questo sarebbe ingiusto”, aveva risposto infatti lo stesso presidente del Consiglio a chi gli chiedeva, qualche tempo fa, se l'art.18 sarebbe stato modificato e/o abrogato solo per i nuovi assunti (intervista a La Repubblica del 30 settembre 2014).*

In senso contrario, vedi M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, cit. spec. 746 ss.

scrutinio di legittimità costituzionale, (anche) in relazione al ricordato parametro: lungi dal garantire un *privilegio* – ai lavoratori *protetti* – è risultato funzionale, infatti, ad esigenze (correlate, essenzialmente, con le *dimensioni*) dei datori di lavoro.<sup>1352</sup>

Tanto dovrebbe bastare per ritenere, quantomeno, *non manifestamente infondata* la questione di legittimità costituzionale – in relazione al principio di uguaglianza, appunto – del sopravvenuto *pluralismo* – al pari del *dualismo*, finora vigente – dei regimi di tutela contro il licenziamento, in dipendenza della *diversità di trattamento* – che ne risulta – tra vecchi e nuovi assunti.

È ben vero che – in senso contrario – risulta, talora, invocato<sup>1353</sup> il principio secondo cui “*non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, (...), essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo*”.<sup>1354</sup>

Resta da domandarsi, tuttavia, se al regime di tutela per i *nuovi assunti* – in quanto non risulta *collegato*, per quanto si è detto, ad una *nuova* tipologia contrattuale – possa trovare applicazione lo stesso principio.<sup>1355</sup>

<sup>1352</sup> Quali “*l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica*”: così, testualmente, Corte cost. N 2 del 14 gennaio 1986 (in Foro it., 1986, I, 1184; annotata da PERA, in Giur. costit., 1986, I, 235), che richiama e sintetizza l'ampia elaborazione giurisprudenziale precedente.

<sup>1353</sup> Vedi MARAZZA, *op. cit.*

<sup>1354</sup> Così, testualmente, da ultima, Corte Cost. , 13 novembre 2014, n. 254 (inedita, a quanto consta), in coerenza con la giurisprudenza consolidata precedente.

<sup>1355</sup> Non può essere trascurato, infatti, che risulta fondata – proprio sul *collegamento* con *nuovi* contratti di appalto – la declaratoria di legittimità costituzionale del *nuovo* regime della responsabilità solidale (art. 29 del dlgs. 276/2003) – negli appalti, appunto – pronunciata dalla stesa sentenza (Corte Cost. , 13 novembre 2014, n. 254, cit.) ora invocata, per quanto si è detto, a sostegno della tesi della costituzionalità della limitazione – alle *nuove assunzioni* – del sopravvenuto regime di tutela contro i licenziamenti.

Sul piano generale, poi, non può essere trascurato, altresì, che lo *ius superveniens* trova applicazione “*ai fatti, agli "status" e alle situazioni esistenti o sopravvenuti alla data della sua entrata in vigore – ancorché conseguenti ad un fatto passato – (soltanto) quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore*”: in tal senso è la giurisprudenza consolidata (vedine, per tutte, Cass., Sez. U, Sentenza n. 2926 del 12/12/1967; Sez. L, Sentenza n. 301 del 09/01/2014; Sez. 3, Sentenza n. 10436 del 18/07/2002; Sez. L, Sentenza n. 2433 del 03/03/2000; Sez. 1, Sentenza n. 16620 del 03/07/2013).

## La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015\*

Franco Scarpelli

1. Il disegno del Jobs Act e il suo impatto sugli equilibri di potere contrattuale nei rapporti di lavoro.	452
2. Prospettiva atomistica del modello regolativo del Jobs Act e suoi effetti sul sistema.	454
3. Vecchi e nuovi assunti: rigidità sul mercato, effetti distorsivi della concorrenza, scelte di organizzazione delle imprese.	456
4. Il regime del licenziamento per i nuovi assunti: il ruolo dell'interprete.	457
5. Ipotesi per una gestione matura del nuovo quadro di regole.	460
Riferimenti bibliografici.	461

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 252/2015

## 1. Il disegno del Jobs Act e il suo impatto sugli equilibri di potere contrattuale nei rapporti di lavoro.

Il Governo Renzi ha definitivamente approvato il più atteso tra i decreti attuativi della legge 183 del 2014, ovvero quello sul cd. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (d'ora innanzi per brevità Ctc).

Provando a sintetizzare il senso della disciplina, secondo le intenzioni del Governo che l'ha fortemente voluta, essa dovrebbe rendere più conveniente e appetibile per le imprese l'assunzione dei lavoratori a tempo indeterminato, così contribuendo a dirottare una maggior quota della domanda di lavoro dai contratti di lavoro non standard (contratti a termine, lavoro accessorio, rapporti di collaborazione autonoma, ecc.) al contratto, appunto, a tempo indeterminato.

Sotto questo profilo, il decreto va messo in collegamento anche con le disposizioni contenute nella Legge di Stabilità, che ha previsto significativi sgravi contributivi proprio per le assunzioni a tempo indeterminato. D'altro canto, bisognerà attendere di vedere come saranno modificate le discipline degli altri rapporti di lavoro (soprattutto quella del contratto a termine) per capire se davvero il Ctc possa essere un loro adeguato «competitore» (sulla base dello schema di decreto *in fieri* pare tuttavia che il Governo non intenda rendere più restrittivo l'accesso al contratto a termine).

Se l'intenzione è certamente apprezzabile, qual è però il modo in cui essa viene realizzata? Qual è cioè la convenienza offerta alle imprese con il nuovo contratto a tempo indeterminato?

Ebbene, tale convenienza sta tutta e soltanto nella forte attenuazione delle regole protettive in caso di licenziamento ingiusto – solo per i nuovi assunti, come si vedrà tra breve – secondo una linea che tende a limitare a pochissimi casi la reintegrazione nel posto di lavoro, mentre nella maggioranza dei casi un lavoratore che sia licenziato senza il rispetto dei limiti legali riceverà soltanto un indennizzo economico (piuttosto modesto, come vedremo).

Come è stato segnalato, tale scelta regolativa modifica profondamente il paradigma delle discipline lavoristiche, accogliendo di fatto alcune tesi riconducibili alla declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto: in particolare, per quel che riguarda l'incidenza sulla disciplina del contratto di lavoro, si determina così «una netta inversione di tendenza a favore della teoria degli *inadempimenti efficienti* (*efficient breach*) e dei meccanismi di ristoro monetari, con conseguente evitamento della discrezionalità giudiziale» (Perulli, 2015, p. 12).

È evidente a chiunque che con la nuova disciplina vengono modificati gli assetti di fondo del sistema di regole del lavoro (almeno per le imprese di maggiore dimensione, dove opera tradizionalmente un regime protettivo intenso per i licenziamenti ingiusti), spostando in misura significativa gli equilibri del conflitto di interessi nei rapporti di lavoro, e dei rapporti di forza nell'esercizio dei poteri contrattuali, a favore dei datori di lavoro.

Le tutele dei licenziamenti hanno infatti una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Di più: una tutela efficace nei confronti di un licenziamento ipoteticamente ingiustificato – diritto non a caso espressamente sancito dalla Carta europea dei diritti fondamentali e dalla Carta sociale europea – protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori, nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.

Non c'è bisogno di spiegazioni per intuire che un lavoratore che sa che può essere licenziato a basso costo sarà un lavoratore più debole, meno pronto a far valere i propri diritti o interessi. Si pensi, per fare un esempio (e senza considerare i casi di più odiosa discriminazione, per i quali la legge mantiene strumenti di più forte sanzione, pur di utilizzo impegnativo), alla condizione di una lavoratrice della grande distribuzione che, per esigenze legate agli impegni di cura familiare, ha necessità di resistere a pressanti richieste di fare straordinari, modificare turni, ecc., magari nascenti da un'organizzazione del lavoro a organico ridotto per finalità di contenimento dei costi: quanto potrà sottrarsi a tali pressioni pur quando ciò sia un suo diritto e, se lo farà, quanti datori di lavoro resisteranno alla tentazione di allontanarla a basso costo per sostituirla con un dipendente più disponibile e «flessibile»?

L'aspetto ora evidenziato, relativo alla condizione della singola relazione contrattuale, presenta poi un'altra serie di effetti che dovranno essere attentamente misurati, a cominciare dalla modifica delle condizioni di radicamento della rappresentanza sindacale, soprattutto nella fascia di imprese né troppo piccole (già oggi difficilmente sindacalizzabili) né molto grandi (nelle quali l'effettività della presenza sindacale potrà forse continuare a svilupparsi anche a prescindere dall'intensità della protezione legale dei lavoratori, come in fondo avvenne già prima che l'ordinamento dettasse discipline limitative del recesso).

Sul punto, sia consentito contrastare la diffusa obiezione secondo la quale, in fondo, tale condizione di minore protezione contro il recesso ingiustificato è quella da sempre vigente per i tanti lavoratori delle piccole imprese: argomento fallace non soltanto perché, come è ovvio, la risposta a tale disparità di trattamento sarebbe semmai da cercare in un miglioramento delle condizioni di tutela nelle piccole imprese (sinora non avvenuto per una sorta di compromesso sociale e giuridico diretto a proteggere la piccola impresa), ma soprattutto perché dimentica che il sostegno all'effettività dell'attività sindacale nelle medie e grandi imprese è una delle condizioni del potere contrattuale sindacale che si sviluppa (anche e prima di tutto, nella nostra esperienza) con la negoziazione dei contratti collettivi di categoria, i quali a loro volta rappresentano quasi sempre le uniche tutele invocabili dai dipendenti delle piccole imprese.

Rispetto a tali problematiche non convince l'argomento che la modifica (diminuzione) dei livelli di tutela nel rapporto di lavoro possa trovare compensazione nella crescita di tutela dei lavoratori nel mercato, con il miglioramento della protezione economica in caso di disoccupazione (miglioramento per certi aspetti realizzato dal d.lgs. 22/2015) e con una svolta nel funzionamento dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro.

In tale chiave, il modello della flexicurity, meritevole ovviamente di attenzione e approfondimento nei suoi vari possibili sviluppi, anche a livello europeo, diviene troppo spesso mera tecnica retorica, in primo luogo perché il raggiungimento nei fatti di livelli adeguati di protezione e di efficienza del mercato è un miraggio, collegato a investimenti di risorse del tutto implausibili in questa fase (quindi la retorica della flexicurity si basa su uno scambio temporalmente squilibrato, e forse mai in grado di realizzarsi compiutamente). Ciò detto, va sottolineato che si tratterebbe in ogni caso di un bilanciamento tra terreni eterogenei, nel senso che i valori (personali, sociali, economici) in gioco nella relazione contrattuale e nell'equilibrio di poteri che ivi si realizza, e che sta al diritto del lavoro storicamente regolare, si pongono su un piano che è in buona parte autonomo e indifferente rispetto alla condizione del lavoratore nel mercato.

Il lavoratore più forte sul mercato potrà certo attenuare meglio gli effetti negativi di una vicenda patologica del rapporto di lavoro, ma ciò non gli garantisce di per sé – salvo forse la condizione di pochissimi lavoratori, determinanti per la vita di un'impresa – di poter realizzare adeguatamente nella relazione di lavoro aspirazioni e bisogni, economici, professionali, esistenziali, soprattutto per quella dimensione della relazione lavorativa che non ha misura economica. Per tornare al semplice esempio sopra proposto, la lavoratrice della grande distribuzione che fosse licenziata per la propria difficoltà ad adeguarsi ai ritmi di un'organizzazione fortemente stressata, se assistita da servizi per l'impiego di meravigliosa efficienza potrebbe forse trovare in breve tempo un'altra occupazione, nella quale si riprodurranno immediatamente e con ogni probabilità la stessa difficoltà e la stessa condizione di debolezza.

## 2. Prospettiva atomistica del modello regolativo del Jobs Act e suoi effetti sul sistema.

La modifica di paradigma regolativo della relazione contrattuale di lavoro meriterebbe poi di essere indagata, anche soltanto nella chiave di valutazione dell'efficienza, sollevando lo sguardo dalla prospettiva *micro* della relazione individuale di lavoro e delle sue connessioni con le condizioni di competitività della singola impresa, alla prospettiva *macro* dei modelli e delle dinamiche di sviluppo del sistema economico-sociale nel suo complesso, della competitività di settore e di sistema.

Tale diversa prospettiva appare ignorata nel progetto regolativo del Jobs Act, nel momento in cui alle notevoli concessioni fatte all'impresa e alla sua competitività (nell'auspicio che le stesse producano una maggiore propensione ad assumere con contratti standard) non corrisponde alcuna «richiesta» (né tramite meccanismi coercitivi o condizionali, né tramite meccanismi incentivanti) a farsi carico di un utilizzo delle nuove e più favorevoli condizioni regolative che inglobi anche obiettivi di competitività di sistema e di compatibilità sociale (i quali a loro volta possono determinare miglioramenti di competitività di sistema, ad esempio riducendo i costi sociali ed economici che sono prodotti da fenomeni come l'eccessiva diffusione di condizioni di precarietà, del lavoro povero, ecc.).

L'impresa viene sì indirizzata ad avvalersi in via prioritaria dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato rendendo gli stessi più appetibili (soprattutto, in questa fase, per il minor costo contributivo derivante dagli incentivi della Legge di Stabilità, ma anche) in termini di minor costo di scioglimento: ma il futuro dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato non è più caratterizzato da una significativa condizione di stabilità, cosicché la condizione di precarietà sembra potersi estendere anche nell'area del lavoro standard.

Il punto è che la precarietà prima ancora che dalla forma contrattuale di impiego dipende dalla condizione professionale, dalla mancanza (o scarsità) di investimento sulla formazione e la professionalità (bene riservato all'area dei *core workers*), dall'esclusione dai processi di conoscenza, dall'aumento delle condizioni di asimmetria informativa sulle condizioni di lavoro e dell'impresa, ecc.

Tali fattori pregiudizievoli rischiano di allargarsi almeno per una parte dei nuovi assunti a tempo indeterminato, la cui condizione di debolezza contrattuale, almeno per gli addetti alle mansioni più fungibili, renderà più arduo elaborare percorsi individuali o collettivi di compensazione. È questo uno dei terreni dove alle imprese nulla si chiede in cambio della concessione di nuovi margini di flessibilità, né in termini di maggiori costi diretti a finanziare la sicurezza sociale (come in parte

fece la Riforma Fornero del 2012), né in termini di investimenti sulla professionalità e la formazione (come avviene nella disciplina della somministrazione di lavoro).

Anzi, mentre si rafforza il potere contrattuale del datore di lavoro, la concessione di più ampi strumenti di flessibilità si estende da quella in uscita a quella funzionale, relativa alla gestione delle mansioni del lavoratore: ciò che potrà consentire, almeno per la grande area dei lavoratori esclusi dai settori strategici dell'impresa e dai processi a più elevato tasso di innovazione, di orientare l'utilizzo della flessibilità a vantaggio della competitività (atomisticamente considerata) della singola impresa, ignorando il problema della difesa e incremento del capitale umano collettivo, di sistema.

Il legislatore, come già in passato, prosegue dunque nella scelta di spostare gli equilibri della regolazione a favore dell'impresa ma senza distinguere tra imprese di diversa qualità imprenditoriale e sociale: la responsabilità sociale dell'impresa – slogan anni fa molto in voga, ma attutito più di recente dalle dinamiche drammatiche degli anni della crisi – è affidata a spinte volontaristiche, senza che l'ordinamento si preoccupi di premiare i soggetti che se ne fanno carico.

Il segnale trasmesso con la disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti, per le modalità tecniche con cui è stata realizzata, non indirizza certo verso condotte virtuose, nel momento in cui codifica la regola generale per cui l'atto contrario alla legge (e di inadempimento dell'impegno alla stabilità assunto con la stipulazione del contratto di lavoro) viene affidato ad una sanzione indennitaria di importo relativamente contenuto e scisso dall'effettivo pregiudizio provocato a chi l'illecito ha subito, sottraendo alla funzione giudiziaria il compito di valutare (non soltanto l'illegittimità dell'atto, ma anche) l'adeguatezza della sanzione (in rapporto sia alla gravità dell'illecito sia alla lesione portata agli interessi protetti dall'ordinamento con la regola sostanziale).

Il decreto 23/2015 contiene poi un secondo segnale che pare politicamente e simbolicamente molto forte (ancora non in senso positivo), e che riguarda il terreno della tutela dei diritti. I nuovi assunti, già meno protetti rispetto ai lavoratori in servizio, vengono esclusi dall'utilizzo degli strumenti processuali più efficaci introdotti dalla legge del 2012 per i casi soggetti all'art. 18 stat. lav. (il cd. Rito Fornero), esclusione estesa anche ai casi nei quali tali lavoratori possono ancora invocare la tutela reintegratoria; ma, soprattutto, l'azione in giudizio contro il licenziamento (ipoteticamente) illegittimo diviene ipotesi del tutto residuale e improbabile, poiché la legge prevede una procedura conciliativa che, grazie alla defiscalizzazione delle relative erogazioni economiche, consegna alle imprese uno strumento assai poco costoso per sanare l'ipotetico illecito (divenendo d'altro canto molto più rischioso per il lavoratore decidere di proseguire comunque nell'azione).

Se è vero che tra le raccomandazioni del Fondo monetario internazionale al nostro paese vi è quella, motivata e insistente, di ridurre numeri e tempi del contenzioso civile, non si può non notare che l'obiettivo viene qui perseguito attraverso una sorta di condono permanente dell'ipotetico atto illecito con oneri finanziari a carico della sfera pubblica (preventivati, a regime, in oltre 37 milioni di euro annui) i quali, questo l'aspetto simbolicamente più significativo, vengono prelevati dal fondo mirante a finanziare i provvedimenti di riforma degli ammortizzatori sociali e dei servizi per il lavoro e delle politiche attive (per interessanti osservazioni sulle scelte politiche di dislocazione di risorse pubbliche nel Jobs Act si veda Marazza, 2015a).

In tale contesto, vi è da sperare in uno scatto di maturità da parte della cultura imprenditoriale, la quale sappia diffondere standard di legalità e modernità civile delle proprie condotte di gestione delle risorse umane, anche oltre ciò che le chiede il legislatore (per tornare ancora una

volta all'esempio sopra formulato, che sappia creare ambienti di lavoro in grado di accettare la diversità di chi non può o non è in grado di adeguarsi a ritmi sempre più elevati o stressati delle prestazioni di lavoro). Su tale prospettiva torneremo in conclusione.

### **3. Vecchi e nuovi assunti: rigidità sul mercato, effetti distorsivi della concorrenza, scelte di organizzazione delle imprese.**

Si ritiene poi che il legislatore non abbia a sufficienza ponderato i possibili effetti della distinzione tra vecchi e nuovi assunti e della radicale differenza di regime protettivo tra tali gruppi.

Un primo rischio è quello della maggiore rigidità nelle transizioni sul mercato del lavoro per i dipendenti che godono del vecchio regime, i quali avranno comprensibilmente una minore propensione a mutare rapporto di lavoro esponendosi, per effetto della nuova assunzione, alla perdita dello statuto giuridico più protettivo oggi goduto.

Per ovviare a tale effetto dovrà diventare prassi diffusa (prima di tutto nella cultura degli addetti al personale delle imprese) quella della stipulazione di clausole e accordi, in sede individuale e anche collettiva, che garantiscano in via negoziale la permanenza di condizioni di maggior tutela. Le soluzioni tecniche adottabili sono le più varie e non sembrano andare incontro a ostacoli di tipo giuridico (dovendo semmai discutersi dei contenuti e dei loro eventuali profili sanzionatori, approfondimento che non è il caso di compiere in questa sede).

Molto più grave è il rischio di un'accentuazione di pratiche distorsive della concorrenza, già dilaganti in molti settori e segnatamente in quelli dove la competizione si gioca in modo estremo sul costo del fattore lavoro (in particolare nei servizi *labour intensive*), rendendo ancora più difficile la vita per quelle imprese (non la maggioranza, purtroppo, nel tessuto produttivo italiano) che in questi anni hanno giocato la propria competitività su fattori diversi, appunto, dalla mera riduzione dei costi e delle condizioni del lavoro.

Le imprese più strutturate potrebbero infatti subire la competizione di imprese di nuova costituzione che puntino sul vantaggio (in questo momento duplice, per la combinazione di sgravi contributivi e regime normativo più favorevole) di avvalersi appunto dei nuovi assunti (Marazza, 2015b, p. 7). Tale vantaggio costituisce poi una seria minaccia all'effettività delle cd. «clausole sociali» che governano la transizione dei lavoratori dall'una all'altra impresa nei settori produttivi caratterizzati da frequenti cambi di appalto: e ciò proprio per il rischio di rimanere esposti a imprese concorrenti che impieghino lavoratori nuovi assunti e perciò possano offrire al committente offerte ancora più basse del consueto.

Il decreto 23/2015 si occupa del tema solo per prevedere che il lavoratore assunto dall'impresa subentrante in un appalto, in forza di una clausola sociale, conserva (ai fini del calcolo dell'indennizzo per l'eventuale successivo licenziamento) l'anzianità maturata sullo stesso appalto (non l'intera anzianità di servizio). Garanzia di per sé condivisibile, ma insufficiente a rafforzare le dette clausole sociali nei confronti delle quali sono in atto da tempo strategie di una parte delle imprese per sottrarvisi. Effetti ancora una volta problematici sul piano generale (e non per caso oggetto di una recente proposta di legge di iniziativa popolare della Cgil: Scarpelli, 2015): non solo perché rendono ancora più problematiche le condizioni dei lavoratori in settori spesso già caratterizzati dalla massiccia diffusione di lavoro altamente precario e con bassi salari; ma anche perché, di

nuovo, favoriscono la diffusione di imprese di minore dimensione e qualità, ostacolando la crescita e il consolidamento di imprese che puntino invece su modelli organizzativi efficienti e di qualità, più che sul mero abbattimento dei costi.

Ancora con riguardo ai possibili effetti indotti sulle strategie d'impresa, si può preconizzare un certo impatto della nuova disciplina sul fenomeno delle cosiddette esternalizzazioni, nel senso di una loro attenuazione: le esternalizzazioni o l'out-sourcing di servizi o segmenti di attività dell'impresa, che dagli anni '90 sono divenute una tendenza stabile di riorganizzazione della produzione, attuata mediante le cessioni dei cd. rami d'azienda, saranno infatti d'ora innanzi meno convenienti che in passato: i lavoratori interessati, che passano in capo al soggetto cessionario dell'attività in forza della disciplina lavoristica del trasferimento di azienda (art. 2112 cod. civ.), e dunque con continuità giuridica del rapporto di lavoro, mantengono lo status di «vecchi assunti» esclusi dal nuovo regime e sono dunque meno appetibili per l'impresa interessata a subentrare nell'attività.

È dunque evidente il rischio che d'ora innanzi le operazioni di esternalizzazione vengano effettuate decentrando dove possibile la sola attività, priva di una organizzazione economica, ad un nuovo soggetto imprenditoriale: fenomeno che potrà creare problemi di eccedenze di personale presso l'impresa decentrante.

Anche sugli aspetti ora segnalati sarà possibile un ruolo delle relazioni sindacali dirette a governarli impedendo o limitando i segnalati rischi. Sul punto si tornerà in conclusione.

#### **4. Il regime del licenziamento per i nuovi assunti: il ruolo dell'interprete.**

Per gli scopi e la sede di questo articolo non è opportuna l'analisi di dettaglio della disciplina dettata dal decreto legislativo 23/2015 e delle numerose questioni interpretative che la stessa pone.

Basterà dire che la nuova disciplina conferma la possibilità dell'impugnazione giudiziale del licenziamento, respingendo (anche perché contrastante con principi del diritto europeo e internazionale) la proposta che mirava a stabilire, per il licenziamento per motivi organizzativi, un costo economico comunque discendente dal recesso, da sottrarre così alla valutazione giudiziale se non nei casi in cui ne siano adottati motivi discriminatori o altri profili di grave illiceità. Tuttavia, il sindacato giudiziario sulla giustificazione del licenziamento è profondamente limitato dal nuovo regime sanzionatorio il quale prevede che il giudice, quando ritenga insussistenti i motivi soggettivi o organizzativi adottati dal datore di lavoro, debba comunque dichiarare estinto il rapporto di lavoro, condannando il datore di lavoro al pagamento di un'indennità. Inoltre, il valore di tale indennizzo è predeterminato in misura proporzionale all'anzianità di servizio del dipendente, sottraendo al giudice il compito di graduare la sanzione economica dell'atto illegittimo in relazione alla sua gravità e all'effettivo pregiudizio portato al lavoratore.

A tale regola, prevista per l'ipotesi in cui all'esito del giudizio di impugnazione non risulti dimostrata (dal datore di lavoro) la sussistenza del motivo (oggettivo o soggettivo) invocato quale giustificazione del recesso, si affiancano le ipotesi nelle quali è ancora prevista la tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro (ovvero la reintegrazione, pur sulla base di disposizioni autonome, per quanto in buona parte simili, rispetto a quelle dell'art. 18 stat. lav.).

Si tratta in primo luogo del licenziamento disciplinare (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma nella sola ipotesi in cui sia accertata «l'insussistenza del fatto materiale contestato al

lavoratore» (art. 3, secondo comma). Tra i commentatori ha già preso avvio la discussione in ordine al significato da attribuire a tale disposizione e ai suoi effetti sulla ricca casistica dei licenziamenti per fatto imputabile al lavoratore. Se non vi è dubbio che la legge abbia voluto restringere lo spazio di applicazione della reintegrazione, così come la discrezionalità della valutazione giudiziaria (soprattutto impedendo al giudice di assegnare rilevanza, ai fini della sanzione, al giudizio di proporzionalità tra la gravità della condotta del lavoratore e il licenziamento), si stanno già proponendo letture parzialmente «correttive» dell'apparente intento del legislatore, finalizzate a ricondurre la disposizione a coerenza col sistema giuridico nel suo complesso e giungere all'auspicabile risultato di rendere applicabile la reintegrazione non soltanto quando il lavoratore non abbia materialmente commesso la condotta che gli è stata contestata, ma anche quando la stessa non sia soggettivamente imputabile e, soprattutto, quando risulti priva di una minima rilevanza disciplinare (Marazza, 2015b, p. 16).

In secondo luogo, la reintegrazione è prevista per i casi di licenziamento discriminatorio o nullo per altri motivi (art. 2, primo comma): e anche con riferimento a tale disposizione sono sorti dubbi in relazione alla questione se le ipotesi di licenziamento nullo destinato alla reintegrazione siano solo quelle in cui tale forma di invalidità è esplicitamente prevista dalla disciplina che vieta il recesso (come nel caso dei licenziamenti per causa di matrimonio, gravidanza, puerperio) o anche quelle nelle quali la nullità sia altrimenti fondata su regole generali dell'ordinamento (come nel caso del licenziamento illecitamente motivato da un trasferimento d'azienda).

Al regime previsto per il licenziamento nullo è ricondotta anche l'ipotesi del difetto di giustificazione per disabilità fisica o psichica del lavoratore, rimanendo discusso se in tale ipotesi possa rientrare anche il licenziamento (illegittimo) per ritenuto superamento del comportamento per malattia (ovvero se tale fattispecie sia comunque riconducibile alla reintegrazione per nullità del recesso, o alla sola sanzione indennitaria) (Voza, 2015).

Resta il fatto che la regola apparentemente destinata a governare la maggioranza dei casi è quella del mero indennizzo di cui all'art. 3, primo comma, il quale (salva la sua riduzione nelle imprese di minore dimensione e per i vizi solo procedurali del recesso) è rapportato a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità.

Tale meccanismo di crescita progressiva dell'indennità sarebbe l'elemento nel quale si concretizzano le «tutele crescenti» alle quali è intitolato l'intero provvedimento. Si è tuttavia a ragione osservato che l'odierna versione italiana si discosta significativamente dallo schema tipologico e funzionale di contratto a tutele crescenti discusso a livello europeo, anche per il fatto che le tutele non sono affatto crescenti, «giacché con lo scorrere del tempo non v'è alcuna tutela che aumenta (nel senso accrescitivo di garanzie, vuoi quantitative), ma solo un aumento dell'indennizzo in ragione della maggiore anzianità del prestatore» (Perulli, 2015, p. 27); né soprattutto vi è alcun accesso futuro alle tutele «standard» (differito a dopo un periodo iniziale, secondo modelli da tempo dibattuti): anzi le tutele standard divengono quelle del decreto, abbandonando a un destino progressivamente residuale le regole della stabilità conosciute sino ad ora.

Inoltre, stride con il concetto posto a bandiera del provvedimento (e probabilmente con le disposizioni della legge delega n. 183/2014) la fissazione di un tetto massimo all'indennizzo, che fa sì che oltre il dodicesimo anno di servizio il recesso illegittimo sia sempre sanzionato con 24 mensilità di retribuzione, senza più alcun rapporto con la crescente anzianità.

Nei fatti, il licenziamento diventa un atto nella disponibilità del datore di lavoro che può decidere di allontanare il dipendente, mettendo in conto di caricarsi soltanto un costo economico aggiuntivo, di entità abbastanza modesta soprattutto per i lavoratori di anzianità relativamente poco elevata (che saranno la quasi totalità per i primi anni di applicazione della nuova disciplina, salvo ovviamente il regime previgente per i dipendenti già in servizio ed esclusi dall'area di applicazione del decreto). Anzi il costo effettivo sarà ancora minore, poiché la discutibile previsione dell'esenzione fiscale dell'indennizzo (dimidiato) previsto per l'accordo conciliativo disciplinato dall'art. 6 del decreto (esenzione che non si applica invece all'indennizzo percepito in sede giudiziaria), rende poco conveniente per il lavoratore affrontare il rischio e i tempi del contenzioso: cosicché nella gran parte dei casi il datore di lavoro se la caverà con un costo equivalente a una mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità del lavoratore (con un minimo di 2 e un massimo di 18).

Una pagina particolarmente discutibile della nuova disciplina è quella che riguarda i licenziamenti collettivi, dove diviene difficilmente tollerabile la differenza di disciplina tra vecchi e nuovi assunti. Qui il legislatore prevede esclusivamente la sanzione indennitaria, tanto per la violazione delle procedure sindacali di informazione e consultazione quanto per la violazione dei criteri di scelta (difetto quest'ultimo che pone in evidenza la scorrettezza dell'individuazione del lavoratore licenziando, con l'inosservanza di criteri di rilevanza sociale e di corretta graduazione nella distribuzione dei sacrifici tra i lavoratori).

Si tratta di un tema delicato: la prassi dimostra che l'impresa, anche a prescindere da eventuali condotte collegate a motivi tipicamente discriminatori, tende naturalmente ad allontanare i soggetti più deboli e quelli (ritenuti) meno produttivi. L'effetto della nuova disciplina è altrettanto delicato, poiché la diversità di statuto giuridico emergerà questa volta in modo evidente e drammatico, potendo attendersi il verificarsi di casi in cui più lavoratori contesteranno la stessa procedura di licenziamento collettivo, per violazione dei medesimi criteri di scelta, ma alcuni (vecchi assunti) potranno essere reintegrati mentre altri (i lavoratori «a tutele crescenti») ne potranno ricavare un modesto indennizzo.

Nonostante quanto affermato all'inizio di questo paragrafo il sistema (pur prevedendo teoricamente la possibilità dell'impugnazione in sede giudiziaria del recesso) giunge dunque di fatto a un assetto pressoché coincidente con quello immaginato dalla teoria del cd. *firing cost*, mirante a sostituire il sindacato giudiziario sul licenziamento con un costo prefissato (Ichino, 1996, p. 105 ss.).

Come si è rilevato in apertura, dunque, siamo di fronte a una modifica profonda della disciplina del rapporto di lavoro, poiché «eliminare la giustificazione del licenziamento e sostituirla con il pagamento di una somma vuol dire (...) obliterare una delle dimensioni immanenti ad ogni atto di licenziamento: la dimensione del potere» (Carinci, 2013, p. 176).

Poiché tale modifica non appare sintonica alle linee di sistema dell'ordinamento, all'interprete spetta, pur nel rispetto del dettato legislativo (e salve le questioni che possano essere sollevate di legittimità costituzionale o di compatibilità con il diritto europeo, che in questa sede non affrontiamo), muoversi negli spazi interpretativi per recuperare in parte quell'equilibrio che manca all'odierna operazione regolativa.

In particolare, per quel che riguarda la segnalata questione della cornice di esercizio di poteri e diritti nella relazione di lavoro, il terreno più importante sarà quello del licenziamento discriminatorio e nullo per motivi illeciti: terreno di tutela del tutto residuale in passato – non sussistendone

la necessità, grazie all'esistenza di un'effettiva disciplina di tutela e sanzione del licenziamento (semplicemente) ingiustificato – ma sul quale potrà e dovrà svilupparsi nel prossimo futuro un'esperienza (augurabilmente) coraggiosa di piena sanzione di licenziamenti strumentali e comunque diretti a disfarsi di lavoratori poco graditi. Il che implica l'affinamento e l'evoluzione delle relative tecniche, a partire dal superamento dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale una volta che sia stata accertata la giusta causa o il giustificato motivo non sarebbe più possibile eccipire il carattere discriminatorio del licenziamento (Nogler, 2008).

Pur non ritenendo condivisibile l'opinione secondo la quale il licenziamento irrogato al di fuori delle cause ammesse dalla legge è di per sé discriminatorio (Carinci, 2013, p. 205), l'insussistenza e inattendibilità del motivo addotto dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento può ritenersi il primo degli elementi presuntivi del suo carattere illecito (perché discriminatorio, o ritorsivo, o in altra guisa); ma anche di fronte alla sussistenza di una giustificazione – e a maggior ragione per il licenziamento per motivi oggettivi, spesso discendenti da atti organizzativi originati da scelte dello stesso datore di lavoro – potrà dimostrarsi, direttamente o per presunzioni, il carattere discriminatorio tale da invalidare di per sé il recesso, con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro. Ancora, la prospettiva antidiscriminatoria dovrà guidare ad una verifica particolarmente attenta la selezione operata dal datore di lavoro in caso di licenziamento collettivo, riconoscendo la sanzione reintegratoria in ogni ipotesi (anche oltre quelle pur numerose oggi tipizzate dal legislatore) in cui la scelta del lavoratore sia stata guidata da motivi riguardanti caratteristiche della persona oggetto di protezione ricollegabile a valori di rilevanza costituzionale.

Infine, di fronte all'indebolimento dell'apparato sanzionatorio lavoristico, l'interprete è chiamato d'ora innanzi a sondare l'utilizzabilità delle tecniche sanzionatorie civilistiche, sempre al fine di temperare gli effetti più irrazionali della nuova disciplina del recesso. Si pensi al tema della rilevanza dei codici disciplinari di fonte collettiva e all'ipotesi di un datore di lavoro che licenzi un lavoratore per una condotta, pur effettivamente tenuta, che il codice disciplinare vigente riconduce con chiarezza ad una sanzione conservativa. Se la legge, discostandosi consapevolmente da quanto previsto dall'art. 18 stat. lav. (come modificato dalla Legge Fornero), impedisce oggi che al difetto di proporzionalità consegua la sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro, residuerà la possibilità di far valere su un diverso piano la violazione dell'impegno negoziale assunto con la stipulazione (o recezione) del contratto collettivo. La stessa prospettiva, a maggior ragione, sembra potersi adottare per la violazione dei criteri di scelta oggetto di specifico accordo raggiunto nell'ambito di una procedura di riduzione del personale.

##### **5. Ipotesi per una gestione matura del nuovo quadro di regole.**

Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi evidenziano i rischi collegati a un utilizzo strumentale del nuovo quadro di disciplina, così come i possibili strumenti giuridici di reazione. Come si è già evidenziato, tuttavia, può sperarsi che almeno una parte delle imprese reagisca con maturità alla svolta legislativa, mostrando di meritarsi le indubbe concessioni di più facile flessibilità ricevute dal legislatore.

In merito, oltre all'auspicabile utilizzo corretto e responsabile dei tipici poteri (oggi meno condizionati) del datore di lavoro, si intravedono ampi spazi per un intervento delle relazioni sindacali mirante a garantire, oltre e in modo più avanzato di quanto preveda la legge, l'attitudine all'investimento sulla professionalità e stabilità dei lavoratori (di tutti i lavoratori, non soltanto quelli

coinvolti nei processi più strategici dell'impresa), la creazione di un clima di fiducia e di investimento sulla produttività, l'attenzione ai profili di tutela sociale nei processi di riorganizzazione.

Già nelle prime settimane di vigenza del decreto 23/2015 sono venuti segnali di una disponibilità delle imprese o delle loro associazioni a garantire in primo luogo la conservazione dello statuto giuridico più protettivo per i lavoratori già in servizio coinvolti in processi di riorganizzazione o esternalizzazione. Si trattava in questo caso di garantire (con l'utilizzo dello strumento della cessione del contratto o della cessione di attività ex art. 2112 cod. civ.) le tutele già previste dalla precedente disciplina, ma il segnale è importante perché dimostra la non centralità, per tali soggetti, della prospettiva di convenienza aperta dal legislatore.

Si tratterà in futuro di garantire strumenti di miglior tutela ai lavoratori ai quali si applica la nuova disciplina (strada peraltro aperta già dall'art. 12 della legge 604/1966), anche al fine di temperare la differenza di condizione e interessi che viene a determinarsi rispetto ai lavoratori già da tempo in servizio nelle stesse imprese. Ciò potrà farsi con diversi strumenti e formule negoziali: dall'estensione *tout court* della disciplina legale della reintegrazione anche ai nuovi assunti, alla previsione di veri percorsi di tutele crescenti (cioè rendendo attingibile l'accesso dopo un certo periodo a tutele equivalenti a quelle dei dipendenti già in servizio), alla previsione di indennizzi di misura più significativa rispetto a quella prevista dalla legge (ed eventualmente differenziata in relazione alla condizione sociale dei lavoratori).

Per i licenziamenti per motivi soggettivi può aprirsi una stagione di revisione dei codici disciplinari (di solito tra i contenuti meno dinamici della contrattazione collettiva): da un lato assecondando l'esigenza delle imprese di tipizzare meglio condotte illecite che toccano interessi sensibili del datore di lavoro (si pensi ai frequenti comportamenti in violazione degli obblighi di fedeltà, o a quelli di approfittamento delle condizioni di svolgimento della prestazione al di fuori delle normali possibilità di controllo), e comunque specificando meglio ipotesi disciplinari talvolta generiche; dall'altro pretendendo l'impegno per via negoziale alla reintegrazione qualora l'infrazione che è stata posta a base del recesso rientrasse tra quelle per le quali il codice prevede una sanzione conservativa.

Per i licenziamenti per motivi economici potrà lavorarsi (parallelamente all'attuazione dello strumento del contratto di ricollocazione previsto dall'art. 17 del decreto n. 22/2015) su percorsi di accompagnamento alle transizioni sul mercato dei lavoratori destinatari di licenziamenti, sulla creazione di «mercati interni» (per la circolazione dei lavoratori e per la formazione e il consolidamento delle esperienze professionali) di settore (come è già nell'esperienza di alcuni settori produttivi, come quello dell'edilizia), di gruppi o reti di imprese, distretti, territori ecc.

Insomma, di fronte ad un legislatore che visibilmente arretra il livello delle tutele, promettendo nel contempo tutele sul mercato che appaiono ancora come chimere, tocca alle parti sociali (come già avvenuto in altri periodi della nostra storia) dimostrarsi all'altezza delle diffuse enunciazioni di una cultura matura delle relazioni industriali e delle relazioni col personale, mostrando che efficienza e competitività possono andare di pari passo con i valori della correttezza, del rispetto dei diritti e della solidarietà.

#### Riferimenti bibliografici.

Carinci M.T., 2013, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè

Editore, Milano.

Ichino P., 1996, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano.

Marazza M., 2015a, *Dalla fiction (House of cards) alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Work di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi*, «Diritti Lavori Mercati», n. 1.

Marazza M., 2015b, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, «Wp Csdle "Massimo D'Antona".it», n. 236/2015.

Nogler L., 2008, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in Aidlass, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Milano, Giuffrè.

Perulli A., 2015, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo L. e Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli Editore, Torino.

Scarpelli F., 2015, *Se le tutele del lavoro servono per favorire la buona impresa*, «www.nelmerito.com», 9 dicembre.

Voza R., 2015, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, «Wp Csdle "Massimo D'Antona".it», n. 248.

## GDF Suez Transnational Collective Agreement on Health and Safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role\*

Giulia Frosecchi

1. Introduction.	464
2. Transnational Collective Bargaining at European level.	466
3. A Legal Framework for EFAs?	467
4. Negotiating agents at European level: European Trade Unions Federations and European Works Councils.	468
4.1 Which link between ETUFs and EWCs? (an introduction).	469
4.2 EWCs and the academic unrest.	470
4.3 A trade union supremacy over collective bargaining (also) at European level?	472
4.4 A mandate procedure to negotiate European Framework Agreements.	474
5. GDF Suez Health and Safety agreement.	476
5.1 Methodology.	476
5.2 Company overview.	477
5.2 The negotiation.	479
5.3 Conclusion and Implementation.	481
5.4 The EMF role.	482
5.5 The Italian perspective and actors' evaluations.	483
5.6 Overall assessment.	486
6. Conclusions.	487
7. References.	490
Interviews.	493
Web Sources.	493
Letters/Emails.	494

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 119/2015

## 1. Introduction.

Since the 1970s, we have witnessed a general liberalisation of markets and the creation of multinational companies (MNCs) as global players. This tendency is even stronger in Europe. Indeed, the European Single Market (1992) with its four economic freedoms, free movement of goods, capital, services and persons, implies that companies operating in Europe can move and merge without, almost, any restraint.

The growing number of multinational companies has raised the necessity to create new players and develop strategies from the employee side, to prevent the undermining of European workers' rights, which is one of the side-effects of the regime shopping strategy often used by the MNCs. As a response to this scenario, "a new transnational collective autonomy is slowly emerging" (Sciarrà 2009).

A European form of trade unionism has started consolidating since the beginning of the 1990s. In those years, European Trade Union Federations (ETUFs), at the time called European Industry Federations (EIFs), have strengthened, by increasing the number of affiliates, of total membership and enlarging the geographical scope, with the support of the European Trade Union Confederation (ETUC). However, ETUFs are not constantly present at (multinational) company level, indeed that is the role European Works Councils (EWCs). The 1994 directive provided for the establishment of EWCs in those MNCs having some specific features. The aim of the directive was to give a voice to the European workforce within the multinational companies, as to try to influence transnational corporate decision making (Mueller et al. 2010). EWCs enjoy the right to information and consultation and their composition is basically chosen on a case-by-case basis. A relationship between ETUFs and EWCs does exist, however it is not linear and the respective roles are not clearly defined yet.

In the last two decades, both the actors concerned with employment relationship at EU level (EWCs and ETUFs) have been engaging in a form of European transnational collective bargaining (TCB) with MNCs. The agreements resulting from these negotiations are also called European Framework Agreements (EFAs).

The importance of EFAs has been acknowledged also by the European Commission, which has created a database of TCAs and, in 2006, has started considering the possibility to strengthen these tools, nowadays completely based on practice, with a proper legal framework at EU level (Ales et al. 2006). A perspective lately welcomed also by the European trade unions, which have developed a proposal for an optional legal framework (Sciarrà et al. 2014).

The issue of EFAs is, therefore, at the forefront, both in the practice and among scholars. The literature discussing the subject is reach and often based on empirical studies. Overall, the main focus is on the development of TCAs, on the negotiating procedures, on the actors and the dynamics existing between them and on a potential legal framework. The topic of EWCs negotiating EFAs is not new to the literature, and several publications present the results of case studies on this specific matter. The issue on which actors are legitimized and/or should lead the negotiation of a EFA at company level is highly controversial, not only among scholars. The debate is triggered by several factors, *inter alia*, the absence of a European legal framework and the fact that, in practice, the EWCs have negotiated a quite remarkable number of TCAs, without clarity over the role of workers' organizations, even though they are recognised only information and consultation rights.

The issue is also at the centre of a more political debate involving national trade unions, European trade unions, as well as EWC members. The European trade unions, both the Confederation and the Federations, support the supremacy of trade unions over collective bargaining. The academic and political debates have not been able to clarify, yet, what practical problems can arise during the negotiation of EFAs when is exclusively the EWC negotiating on behalf of the workers, and what could hamper the conclusion of an agreement widely agreed by all the players concerned with the negotiation. Therefore, the aim of this contribution is to investigate this point.

The research question leading my analysis is composed by two sub-questions. First, the following question will be answered: what are the problems of EWCs negotiating EFAs at company level? In order to find an answer, a case study is carried out. The case assessed has proved to be a crucial case, since it triggered a change in attitude in both the management and the EWC. The negotiation discussed in this dissertation ended with the conclusion of the GDF Suez Health and Safety agreement, in February 2010 (Original name of the agreement: “*Accord de Groupe sur les Principes Fondamentaux en Matière de Santé et de Sécurité*”). The negotiators were the management and the Special Negotiating Body (SNB), on behalf of the whole EWC, and the signatory parties were the management, the SNB and the EPSU EWC coordinator, who did not have a negotiating role.

The agreement was concluded with the objection of the Italian trade unions representing the Italian workforce. The opposition was due to both the content and the absence of the European Metalworkers’ Federation from the negotiation. Indeed, the Italian EWC member, mandated by the Italian organisations to negotiate, was not allowed to sign the agreement. Discussions followed the signature and the management finally accepted to both negotiate the subsequent agreement with the ETUFs and apply the negotiating procedure they were proposing. In order to carry out the case study, a number of semi-structured interviews were conducted and primary sources consulted.

The case is complex and interesting under various profiles, as to focus in understanding what problems the EWC faced during the negotiation, the study mainly draws on the analysis of Waddington (2011) and Mueller et al. (2013). The first author illustrates which problems the EWC can encounter in relation to the exercise of the rights to information and consultation and how ETUFs policies are, or can be, applied, in this respect. The second essay is helpful since it frames the common attitudes of EWCs towards the negotiation of EFAs.

Once the problems of a EWC negotiating EFAs are illustrated, it is possible to move to the second, and more constructive, part of the research question, that is: could the involvement of ETUFs contribute overcoming them?

By “involvement of ETUFs” is meant the application of the ETUFs’ policies on transnational collective bargaining, which normally consist of a mandate procedure and guidelines on how to conduct the negotiation. The answer to this second part of the research question is strongly based upon the existing literature and the ETUFs’ documents. Especially, the EMF procedure will be assessed by making use of both the federation’s documents and the analysis provided by Rueb et al. (2013). Although, nowadays, all ETUFs have a mandate procedure, the EMF procedure has been chosen for two reasons. First, the EMF was pioneering this policy and both the other ETUFs and the author of the optional legal framework were strongly inspired by the EMF. Secondly, if

the EMF was included in the negotiation it would have imposed the application of its mandate procedure.

The research adds empirical evidences to the argument in favour of the active involvement of ETUFs in transnational collective negotiation. The study shows how the application of a mandate procedure from the European federation is likely to foster the cooperation and mutual understanding among the national trade unions, strengthen the workers' side and lead to the conclusion of a widely applicable agreement. This point is crucial also in respect to the optional legal framework proposed by the ETUC in 2014, which envisages a leading role of trade unions in the negotiation of EFAs.

The academic production on the topic is wide and various and it won't be fully covered. The purpose of the first subchapter is to give credit to a vast academic debate that considers TCB as part of the transformation of Industrial Relations in Europe. Secondly, the developments regarding a European legal framework are reviewed. The third chapter moves on from the broader literature on EFAs to focus on the more specific subject of EFAs' agents: EWCs, ETUFs, with a focus on their role as negotiating agents of EFAs. The fifth chapter, composed by a number of subchapters, aims at describing in detail the case study carried out on the negotiation and conclusion of the GDF Suez TCA on Health and Safety, and it shows the complexity of the relationship among the various players.

## 2. Transnational Collective Bargaining at European level.

Kim (1999) mentions some of the reasons why a European form of collective bargaining is necessary. First, he argues that "European collective bargaining is desired not to replace national collective bargaining systems but to complement and coordinate bargaining activities at the national level" (Ibid, p.394). Moreover, it is added that it would be needed to avoid competition among national trade unions and contrast the regime shopping strategy applied by the employers (Ibid, p.394). Overall, European Framework Agreements at company level are part of that process known as Europeanization of industrial relations (Da Costa et al. 2012; Leonardi 2012).

Among scholars, there is a shared feeling that the process of Europeanization of Industrial Relations is still at an embryonic stage (Beneyto Rocha 2012). However, the industry level is considered to be the most feasible to foster Europeanization of collective bargaining. Also from national experiences it can be drawn that the sector or industry level may "operate as a catalyst for transnational collective bargaining" (Le Queux Fajertag 2001, p. 118). The development of a European industrial relations system will be attained especially thanks to the establishment of forms of European collective bargaining that will foster the convergence between national systems (Marginson and Sisson 1998).

Transnational collective bargaining (TCB) is a practice carried out both at International and European level. In both cases, the number of agreements has increased in the last decades (Telljohann et al. 2009a). According to the latest data published, by the end of 2013, 127 *European* framework agreements and 140 international framework agreements have been signed (Rehfeldt 2015, p. 27). Even though, the texts with global scope signed by MNCs and employee representatives have been called in different ways, such as *agreement on code of conduct* or *joint declaration on human rights and working conditions*, they can all be designated as International Framework Agreements (IFAs). These texts must be distinguished by the voluntary Codes of Conduct based on unilateral

initiative, where no negotiation with workers' representatives takes place and labour rights are not really addressed (Papadakis 2008; Telljohann et al. 2009a).

Some authors define EFAs as those TCAs signed by European Federations, thus implicitly excluding from the scope of the term those agreements signed by EWCs (see authors in Leonardi eds. 2012 and Le Queux Fajertag 2001). Other scholars emphasize the role of European Works Councils as negotiators of proper Transnational Collective Agreements (Jagodzinski 2007; Da Costa Refheldt 2007).

Several authors have carried out research aimed at collecting data on TCB and at providing an overview on the development of this practice, in Europe. According to the data collected up to 2013, 92 of the 127 EFAs have been signed by EWCs, 19 of which co-signed by ETUFs (Rehfeldt 2015, p. 27). However, there is no official EU agency collecting the EFAs, therefore the estimate is always approximate (Da Costa et al. 2012).

The interactions between the sectoral social dialogue (SSD) (Clawert 2011 on SSD) and transnational collective bargaining (TCB) have also been assessed (Léonard Sobczak 2010; Alaimo 2012). The scholars agree that the main, and significant, difference lies in the legal and institutional framework. Indeed, the company level is experiencing a complete absence of legal framework, while the sectoral level enjoys an institutionalized context and a clear legal basis formed by articles 152(2), 154 and 155 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Among the diversities, Alaimo points out that EWCs have been, by now, the main signatories of EFAs, whereas European Federations are engaged in SSD. While Alaimo highlights the differences in the actors involved at the two levels, Léonard and Sobczak prefer to underline that some of the actors involved in TCB are the same as those engaged in the European social dialogue.

All the commentators agree that TCB is normally favoured by employers, while workers' federations prefer to negotiate at sectoral level. Moreover, some procedural aspects are similar, especially as far as the follow-up is concerned and a consistent number of topics dealt with by the sectoral social dialogue are also present in the transnational agreements at company level. This phenomenon is called by Léonard and Sobczak a case of "convergence without coordination". Alaimo also underlines a further common point: both SSD and TCB share a critical aspect, i.e. non legally binding outcomes (Alaimo 2012).

### 3. A Legal Framework for EFAs?

The issue of a legal framework for EFAs is at the foreground. Negotiation and conclusion of European Framework Agreements at company level remains, nowadays, nothing but a practice normally based upon the initiative of the employer side. Once the agreement is signed by both parties, its enforceability is based exclusively on national legislation or in the reproduction of the content through national tools. Moreover, the workers' side cannot easily make use of a European form of collective action, given the absence of a transnational right to strike (Lo Faro 2012; Da Costa Rehfeldt 2007, p.317; For a deep analysis on the lack of a European right to collective action see Bercusson 2008).

The topic has caught the attention of the European legislator and, in 2004, the EU Commission has appointed a group of experts known as *Ales Group*. In 2005, the European Institution officially expressed the need for an *optional framework for transnational collective bargaining*. Moreover, it was clearly stated that "the Commission plans to adopt a proposal designed to make it possible

for the social partners to formalise the nature and results of transnational collective bargaining". The aim of a framework as such would be to support both companies and social partners (European Commission, 2005).

It is often argued that a legal framework would clarify several aspects, *inter alia* which are the legitimate actors, thus strengthening the legal certainty of the agreements themselves; simultaneously, it would still guarantee the autonomy of the social partners (Da Costa and Rehfeldt 2007; Ales and Dufresne 2012; Lo Faro 2012). Moreover, Sciarra underlines that a supranational legal tool would have an auxiliary function, since it could reinforce transnational collective bargaining, by supporting and enhancing the autonomy of the social partners (Sciarra 2010, p. 20).

However, not everyone agrees in prioritising the European legal framework. Indeed, André Sobczak argues that the effective implementation of an agreement mainly depends on the active involvement and commitment of the social partners, meaning both the management and the workers' representatives, who have a crucial role. Consequently, the legal status of the agreement is of secondary importance. Among the workers' representatives that should engage also in the follow-up of the agreements the author mentions ETUFs, national trade unions as well as EWCs (Sobczak 2012).

No proposal has been adopted, yet. However, ever since, three expert groups have intensively worked to concretely frame this option<sup>1356</sup>. Obviously, the bargaining agents at European level are discussed also in these legal studies.

The latest development towards a legal support for EFAs comes from an ETUC's project. The European Confederation appointed three European labour lawyers in order to draft the project for an optional legal framework (Sciarra et al. 2014). The project was elaborated together with the ETUFs and ETUC. Especially, the Confederation supported the idea to consider the IndustriAll-Europe procedure (previously EMF procedure) for the negotiation of EFAs, as a basis to elaborate the proposal (Dufresne 2012). The document underlines the "optional", but "legal", character of the proposal. Indeed, the aim is to provide a legal tool which has not a compulsory character for every actor engaging in transnational bargaining, but exists for those actors who clearly express their will to give the EFA legal protection.

#### **4. Negotiating agents at European level: European Trade Unions Federations and European Works Councils.**

The literature is rich of contributions assessing how the negotiations of EFAs are carried out and by whom. Moreover, the quantitative and qualitative analysis of the EWCs also provide insights over the role of EWCs as bargaining agents (The latest case studies on TCB at European level have been published in Leonardi eds. 2015). At the same time, a number of authors and the European Trade Unions are arguing that, notwithstanding the growing number of EFAs concluded by EWCs, the trade unions are the only actors truly legitimized to negotiate and conclude on behalf of the European workforce. Especially, European Trade Union Federations, mandated by the national affiliates, should conduct the negotiations.

---

<sup>1356</sup> Ales et al. 2006; Rodriguez et al. 2012 ; Sciarra et al. 2014.

Besides the arguments stressing the lack of legitimacy of the EWC to negotiate EFAs, it is not clear whether EWCs are practically able to successfully negotiate and conclude collective agreements. In other words, it has not been assessed, yet, if the EWCs are always able to overcome the problems that they may encounter during the negotiation, in order to achieve common goals and sign widely approved agreements (and not just sign a text, no matter under which conditions). Moreover, even if the ETUFs' policies towards EWCs have been analyzed, the studies published so far have never tried to make use of the ETUFs' policies on the negotiation of EFAs, that is the mandate procedures, in order to understand whether they could provide a solution to the difficulties that the EWC may not be able to face on his own.

The purpose of the research is to understand whether the negotiation of Transnational Collective Agreements, with European scope, involving as bargaining agents only the management and the EWC, presents some specific problems that can be avoided if the ETUFs' policies on TCB are applied. Among the literature mentioned in this chapter, the analyses conducted by Waddington (2011) and Mueller et al. (2013) are particularly useful in order to assess which problems may arise, while the EMF procedure and the related analysis provided by Rueb et al. (2013) are used to conclude the study. This special case has been chosen since the European Metalworkers' Federation has been pioneer in the development of such a strategy, indeed the other ETUFs have followed the EMF's example. However, the EMF procedure remains the most detailed and comprehensive one. In addition, if EMF would have been involved in the Health and Safety agreement negotiation, it would have very likely imposed the application of that procedure.

#### 4.1 Which link between ETUFs and EWCs? (an introduction).

What could be called a European form of trade unionism has started its meaningful development in the early 1990s. The most part of national trade unions existing in Europe are affiliated to the European Trade Union Federations (ETUFs), which in turn, are members of the European Trade Union Confederation (ETUC).

However, ETUFs are not constantly present at (multination) company level, indeed that is the role European Works Councils (EWCs). EWCs have been created in order to give a voice to the European workforce within the MNCs in Europe, as to try to influence transnational corporate decision making (Mueller et al. 2010).

A directive approved in 1994 (Directive 94/45/EC of 22 September 1994) provided for the establishment of European Works Councils (EWCs). The directive, entered into force in 1996, had the aim "to improve the right to information and consultation of employees" (Directive 94/45/EC Art. 1 par.1) at European level. The 1994 directive, as well as the recast directive, does not provide for any legal basis for the EWC to negotiate collective agreements with MNCs (however the issue is debated, for further elaboration on the topic see Frosecchi 2015, pp. 270-276).

The agreements to put in place a EWC have often been closely followed, not to say lead, by the ETUFs, especially the EMF was strongly engaged in this activity. Notwithstanding the absence of a role for the ETUFs in the directive (Mueller et al. 2010, p.514), in 1994, the European Metalworkers' Federation put in place a Task Force to supervise the negotiations of EWCs, and also other ETUFs followed the example. Since that time EWCs became "at the centre of the EIFs' company-related activities" (Ibid, p. 514). Later, in 2002, this body assumed a permanent connotation as the Company Policy Committee (Dufrense 2012, p. 110; Waddington 2011, p. 511).

The EMF had a pioneering role in transnational workers' representation at company level. Indeed, after the approval of the directive, it drafted guidelines on how to maintain a fair connection between trade unions and EWCs. A key step was the development of a new figure: the EWC coordinator, that should be appointed for each EWC (Telljohan et al. 2009a, p. 58). The ETUF EWC coordinator has a central function: he has to maintain the linkage between the two bodies of European level workers' representation (Rueb et al. 2013, p. 42). Especially, the EMF EWC Coordinator is "generally a union officer from the majority union of the company headquarters" appointed by the European Federation itself (Da Costa et al. 2012 p.125). "The main task of this coordinator was to ensure a constant flow of information between the EWC, national trade unions and the EMF" (Telljohan et al. 2009a, p. 58) and to ensure transparency (Ibidem). As a matter of fact, the role of the EWC coordinator varies depending on many factors, inter alia, the size of the company or its origins and the type of EWC he is involved in. For instance, only in some cases, the EMF EWC coordinator is really keeping the European trade union constantly updated on the EWC activity (Muller et al. 2011, p. 223; EMF 2000).

Besides the specific figure of the EWC coordinator, all ETUFs have tried to remain involved in the EWC activities, mainly by providing support and facilitating coordination. Especially, the Federations sustain the EWC with translation services, training, working materials; they set up databases containing detailed and updated information about all EWC existing and their activities, including negotiations and they provide political supervision (Mueller et al. 2010, p. 515).

#### 4.2 EWCs and the academic unrest.

Besides the literature offering data on quantitative and historical elements of EWC, the scholars have focused also in assessing this institution from a qualitative point of view. With the 1994 directive, a tough debate between academics started. The arguments have been divided into two main branches: Euro-pessimists and Euro-optimists (see, inter alia, Marginson Sissong 1996 and Streeck 1997). This debate is still ongoing, even if to a lesser extent. As a consequence, the scholars that contributed to the debate are numerous.

The literature on EWCs of the last years has tried to move forward from the classical debate, mainly through qualitative analysis of single EWCs, by applying case study methodology.

Overall, a number of researchers found out that, according to the respondents, all EWCs, to different extents, are useful for dealing with the different interests within the company and for improving employees' rights. However, their rights provided for by the Directive are not sufficient. Moreover, no discussion with the management, in order to face issues as productivity and competitiveness, is conducted; the employee are not interested in EWC's activities, especially because of the lack of information about these bodies, which implies that employees often do not know which are the activities of EWCs and struggle in understanding how the workers could be affected (Gold and Rees, pp 549-550). A lack of sufficient competence of the EWC representatives is also a problem. According to the respondents the unions should provide adequate training, as well promoting the role of EWCs at various levels (Hertwig et al. 2011; Gold and Rees 2013).

Other authors paid more attention to the internal dynamics of a single EWC. Timming (2010) studied a UK-based EWC, from the UK and Dutch perspectives. The purpose was to understand how national industrial relations (NIRs) influence, first, the "social psychology of workers' representatives", second, the representatives' willingness to form cross-national alliances (Ibid, p.

522). The author found this EWC as belonging to the “symbolic” typology<sup>1357</sup>. Moreover, he highlighted that the Dutch delegates were at ease with the role of the EWC, while there was uncertainty among UK delegates. Overall, he concluded that EWCs are more successful in promoting workers rights beyond borders due to some interrelated factors: identity, culture, material interests, composition of the MNC, managerial strategy and the economic environment (Timming 2010, p. 531).

The fact that the relationship between national trade unions and EWCs is ambiguous has been showed by Hann (2010)'s case studies. Indeed, the author shows even in case of unionized EWCs, trade unions members sitting in the EWC are not always aware of the respective trade union strategies and the lack of funding of the organization makes it hard for them to support strategies at international level. Last, national trade unions have different understandings of which role EWCs should have and this strongly influences the development of different strategies in their respect (Ibid).

Waddington (2003) studied European Works Council (EWC) representatives from six different countries. The findings presented by the author can be summarized as follows. First, the country of origin of MNCs is a key factor on how the EWC acts/develops; the perception on EWCs differs depending on the nationality of the representatives. There is a consent on the need to revise the directive to widen the scope of action of EWCs, as well as to specify the rules for information and consultation, to improve their quality and effectiveness (Ibid).

In 2011, Waddington published the results of a further study assessing the level of actual performance of European Works Councils in relation to ETUFs' policies. Overall, the author argues that EWCs are influenced by trade unions' policies, but this impact should increase and become wider. The quality of information and consultation at EWCs is poor, often much less than what provided for by the EWC establishing agreement. However, it is underlined that these bodies are still “an institution in process” (Waddington 2011, p. 510).

As far as the main ETUFs' policy is concerned, that is the EWC coordinator, the author notices that two are the risks. First, that the EWC coordinator is not appointed at all. Second, that the quality of the EWC coordinator is not sufficient to strengthen the EWC and increase its effectiveness, especially where the coordinator does not engage with the EWC. Indeed, the author stresses that it is not enough to enhance the number of EWC coordinators, but also the quality of their presence and involvement must be increased (Waddington 2011, p. 526).

A further source of difficulty concerns the fact that EWC members have to rely on national unions for support and training, but formal and informal communications with trade unions are not homogeneous. Indeed, a number of EWC representatives is not supported at all by trade unions. Anyway, even where the representatives are backed up by the national trade unions the EWC is not homogeneous, since national unions can, or are willing to, make use of different amounts of resources for this purpose and the EWC representatives' preparation turns out to be different. As a consequence, a real transnational identity with EWCs can hardly develop. In addition, among

---

<sup>1357</sup> Lecher in 2001 considered three possible types of EWCs. Symbolic EWCs, where not real participation takes place; service-oriented, where the only activity revolves around information; project-oriented EWC which implies some kind of cooperation among workers and a common agenda; participative EWCs are the ones where it is possible to find “real consultation, negotiation and transnational links”.

the main problems, the author found a lack of communication among the EWC members, besides the formal plenary meetings of the EWC (Waddington 2011).

To sum up, EWCs function better when the members are unionized and a ETUF representative is actively taking part in the EWC (Waddington 2011, p. 526). Waddington's study shows that information and consultation at EWCs are better where the ETUFs policies are applied and there is the support of ETUFs representatives. Indeed, the author concludes that a way to improve the performance of EWCs is "to increase the number and the quality of EWC coordinators" (Ibid, p. 526).

#### 4.3 A trade union supremacy over collective bargaining (also) at European level?

Mueller et al. included, among the controversial issues around European Framework Agreements, the choice of which are the actors that should take on the negotiating role. According to the authors the choice could fall on "the European Works Councils and/ or the affected national trade union organizations, and/or the relevant European or global trade union federations" (Mueller et al. 2011, 219).

The legitimacy of whom is negotiating on the workers' side is one of the main problems related to EFAs, that, according to most scholars, could be solved by a European legal framework (Da Costa Rehfeldt 2007 p.317; Sciarra 2010; Ales et al. 2006).

The relationship between the EWCs and ETUFs is complex, since EWCs, on the one hand, enjoy autonomy, but on the other hand, in many cases the ETUFs, especially the European Metalworkers' Federation, played a key role in negotiating the agreements to set up the EWC itself. The relationship becomes even more complex when the negotiation of a EFA is at stake. As a matter of fact, notwithstanding that the ETUFs are more and more leading the negotiations, the process of EFAs is mostly triggered by EWCs, which often conclude agreements independently (Da Costa et al. 2012; Mueller et al 2011, p. 221; Telljohann 2009a).

The strong distinction between EWCs and trade unions is due to the fact that the European bodies could be, at least potentially, completely independent and unrelated to trade unions. For instance, that is the case where no EWC representative is a trade union member. Obviously, also the contrary is possible and EWCs can be fully unionized, thus appearing as real trade union bodies at company/European level (Mueller et al. 2011, p. 221). However, even in those cases, either internal dynamics or too different national perspectives can lead to malfunctioning negotiations by EWCs (see EWC case studies in the previous chapter). In addition, Cilento (ETUC Adviser) states that "experience shows that [within EWCs] good trade union practices are not frequent, not enough structured and likely to fade away" (Cilento 2012, p. 122).

The approach of EWCs towards the specific activity of negotiating collective agreements has not been widely studied in a qualitative way. So far, only a publication of the European Trade Union Institute has studied this aspect through interviews (Mueller et al. 2013). The authors investigated on both formal and informal arrangements between EWC and the management, with a special focus on "the attitude of the actors towards a negotiating role" (Ibid, p. 24), in order to understand which are the prospects for a future development in EWCs role. The study suggests that a notable number of EWCs have gained a participative role and, especially EWC of MNCs with German headquarter have concluded several formal and informal agreements. This findings demonstrate that, at this stage, the critics to the EWCs by Streeck are not realistic (Ibid, p. 86). Therefore,

the number of arrangements, both formal and informal, between MNCs and EWCs is likely to grow, even if an exponential increase is not to be expected (Ibid, p. 85).

Müller, Platzer and Rüb (2013), in a recent publication, assess the quantitative increase of transnational agreements in the metalworking sector, including also the undocumented agreements, and their potential future increase. The data have been collected through more than 80 interviews to EWC members, based on a semi-standardized questionnaire. Both formal and informal agreements where EWC were actively involved in the negotiation and conclusion had been included. By “informal arrangements” is meant those agreements between the management and the EWC, not having a written form (Mueller et al. 2013, p. 9).

The core point of the study is to evaluate the EWCs' approach towards transnational negotiations in the metalworking sector. The 57% of the agreements concluded with involvement of EWCs has been found in accordance with the EMF statutory procedure (Mueller et al. 2013).

The researchers found out that the EWC age plays a role in the conclusion of transnational collective agreements. Indeed, “the overwhelming majority (91%) of European Works Councils in the metalworking sector that have negotiated and concluded formal transnational agreements are more than ten years old and none of them have existed for five years or less (91%) has existed for over ten years” (Mueller et al. 2013, p. 64). The authors conclude that transnational collective bargaining is a step that the EWCs are able to make once they have strengthened their internal structure and the EWC representatives have learned how to communicate among themselves and with corporate management (Ibid, p.64).

As to the influence that the EWC chair nationality can have over the negotiation of EFAs is significant. The data reveals that, where the EWC chair is German, the EWCs have been actively involved in the conclusion of both formal and informal agreements. While, EWCs with French chairs are far less engaged in collective negotiation (Mueller et al. 2013, p. 66). In the case of formal agreements it is generally the management that takes the initiative and, if this happens, all EWCs interviewed seem to be very keen to positively engage in negotiations and willing to conclude the agreement (Mueller et al. 2013, p. 68).

Besides the importance of the topics dealt with in the agreements, such as restructuring or health and safety, also other reasons motivate the EWCs to negotiate agreements at company level. Especially, when it comes to formal agreements, the general feeling is that, even if the agreement may not be excellent, the negotiation in itself will, first, foster the consolidation of the EWC, second, it will reinforce the role and the legitimacy of the EWC face to the management (Mueller et al. 2013, p. 69).

The vast majority of EWCs that have not negotiated or concluded any agreement expressed the need to enter into negotiations. The EWC members of German companies were the ones expressing the least this need, mainly due to the general structure of the company that well integrated the EWC (Mueller et al. 2013, p. 70).

The survey moves on analyzing the reasons why some EWCs do not enter into negotiations with the management. In most of the cases, the main cause is a *structural* inability. For instance, members do not have regular contacts, communications are difficult due to language obstacles and the existence of very different cultures of industrial relations within the same EWC, coupled with the tendency of the representatives to pursue national interests, does not help to create a solid

basis to negotiate. Other reasons cited are, *inter alia*, the lack of interest of members, or the feeling that it is worthwhile to first strengthen the information and consultation rights before moving to the negotiation (Mueller et al. 2013, p. 75).

The fact that EWCs may carry out collective negotiation at company level is not uninteresting to trade unions, mainly for two reasons. First, the topics dealt with in the European agreements may be relevant for the collective bargaining at national level, thus causing an *uncomfortable overlapping*. Second, the authors highlight that European industrial relations will be shaped according to what the practice is now, therefore, they seem to imply that a negotiating role for the EWC may favour a European IRS not strongly trade union-centric (Mueller et al 2011, p. 221). Moreover, we can remind that EWCs, operating without sectoral level coordination by EIFs, risk to foster the creation of a form of "transnational micro-corporatism" (Schulten 1996).

Someone strongly concludes that, notwithstanding the undeniable number of texts signed by EWCs, these bodies cannot be considered reliable trade union tools and it would be misleading to think that they could be the foundation for "a reliable structure for collective bargaining at cross-border level" (Leonardi p. 26; Cilento 2012, p. 122).

For these, and other, reasons, the European Trade Unions, both the Confederation (ETUC) and the Trade union Federations (ETUFs), are strongly emphasizing the central role of the trade unions as negotiators of collective agreements (Leonardi p. 26). Consistently, ETUC tried to highlight the importance of a clear role of ETUFs within the EWCs, also in the occasion of the revision of Directive 95/45/EC (ETUC 2004).

In order to make sure that the primacy of trade unions over collective bargaining will be maintained also at European level, and to avoid a too strong detachment of them from the EWCs, it is very important for the European federations to foster the trade union presence in EFAs' negotiations (Mueller et al. 2010, p. 516). Especially, the ETUC judges the ETUFs to be the most adequate organizations to fulfil this role (Cilento 2012, p.122). Moreover, the best way to overcome the competition that can arise between trade unions and EWCs, about who should negotiate the European level collective agreements, is to build a real and stable cooperation among whole the players involved and interested (Alaimo 2012 p.57). Indeed, Da Costa and others (2012) found out that, in general, a crucial factor for the successful conclusion of EFAs is the coordination between all the actors at EU and national level (Da Costa et al. 2012, p. 134).

The ETUFs have tried to achieve these goals by framing clear rule and internal mandating procedures for the EFAs' negotiation, providing for the inclusion of unionized EWC members both in the procedure and in the follow-up (Alaimo 2012, p. 68). In the following chapter what this strategy entails will be clarified.

As far as the negotiating agents are concerned, the proposal for an optional legal framework published in 2014 by the ETUC envisages an agreement signed by a legal representative of the employers' side and at least one ETUF or two national labour unions, without automatically excluding the EWC. Therefore, the proposal supports a central role of trade unions in the negotiation and conclusion of EFAs. Furthermore, there must be a disclosure of the mandate to negotiate from both sides, however, the parties should be left free on how to operate the mandate.

#### 4.4 A mandate procedure to negotiate European Framework Agreements.

Nowadays, almost all the European federations have framed negotiating procedures to negotiate

EFAs (Dufrense 2012). Cilento (2012) underlines some common features of the currently existing procedures, included in the ETUFs' Statute. First, the role of EWCs is recognised especially in as much as they create the right environment to negotiate transnationally. Second, the European federations are supposed to lead the negotiation and conclude the agreement. Third, the national unions' interests are important, but they have to be coordinated within the mandate procedures. The fourth point follows: democratic principles are applied in order to have a wide consensus. Fifth, the idea is always that a clear and democratic mandate procedure will strengthen the agreement and make them as binding as possible. Last, coordinating bodies of the ETUFs are always updated about the negotiation, but the implementation phase is of national unions' competence (Cilento 2012, p. 124).

The EMF has pioneered this strategy and developed the first detailed procedure (Da Costa et al. 2012 p. 126; Dufrense 2012). Both for this reason, and since the empirical research focuses on a case where the EMF, if involved, would have likely applied its mandate procedure, the following pages focus exclusively on this case.

In 2001, the EMF adopted a position paper where it clearly declared that trade unions have a monopoly over collective bargaining. Four years later, in June 2005, the executive committee of the same federation adopted a further paper in order to define a strategy to counter the growing phenomenon of cross-border restructuring (EMF 2005). The key point of the strategy was to establish a trade union coordination group that would have, eventually, lead to the definition and development of the European company negotiation. In the same years, EWCs were developing, both in number and activities; European companies seemed more and more opened towards European Collective bargaining and, on the other hand, the national tendencies to decentralize collective bargaining needed a counter-action to be taken at higher level. Additionally, the European Commission announced the possibility for a legal framework for European collective bargaining at company level (Rueb et al. 2013, pp 85-89).

In 2004, some national trade unions affiliated to EMF raised some concerns with regard to the negotiation of an agreement with Arcerol's management. Especially, they underlined that the EMF did not have a specific mandate to negotiate. This triggered a two year discussion, within the CB committee, finalized to clarify the negotiating procedure. Also the company policy committee, representing the EWCs' position, the executive committee and experts from the national affiliates took active part in the process (Rueb et al. 2013, pp 89-93).

The topics that caused the strongest debates among the affiliates were two. First, there were two different positions on the role that the EWCs should have had in the procedure. Some trade unions, IG Metall in the lead, supported a proper negotiating role for EWCs, while other affiliates rejected the idea that EWCs could have had such a role. Second, there was no consent on who should have the authority to sign the agreements. Indeed, German trade unions were arguing that also the EWC coordinator should be entitled to conclude the agreements. Perspective completely rejected by the Italian trade unions that accepted as signatories only the EMF representatives (Dufrense 2012, p. 212; Rueb et al. 2013, p. 98).

Obviously, the "Internal EMF Procedure for negotiations at multinational company level" (EMF 2006), adopted in June 2006, was the result of various compromises. The introduction to the guidelines contains some core statements. Indeed, it is underlined that "Collective bargaining is a core competence of national trade unions and their local representatives" and EWC do not have

the mandate to negotiate, which, instead, rests with trade unions. Therefore, EMF commits to involve national trade unions also in TCB.

The procedure applies when the company, the EWC or the trade unions involved show the will to start a negotiation. The first step consists in preliminary information and consultation involving the national trade unions, the EMF coordinator, the EWC select committee and the interested EWC. In this way the national trade unions agree upon the negotiating team (which always includes someone representing the EMF and can be composed also by EWC members which are also trade unions members) and the main positions to be taken during the negotiation. The draft agreement must be approved by the national trade unions (EMF 2006).

The mandate for negotiating as well as the approval on the draft text must be granted on a case-by-case basis; where possible the mandate should be unanimous, however “If unanimity cannot be reached then the decision [...] should be made by at least a two-thirds majority in each country involved.” (par. 2). Only a country representing more than 5% of the total European workforce can block the negotiations. The document underlines that the trade unions are free to use national methods to define the majority in their country, however the procedure applied should be transparent. The EMF is responsible for signing the agreement. The implementation is a matter for national unions, that have to respect the relevant national practices and laws (EMF 2006). As a consolidated practice, the European trade union’s representative in charge of the negotiation explains, during preliminary meetings, the mandate procedure to both the management and the EWC. The same person will very likely be the spokesperson during all the negotiating meetings (this information were collected during a six week internship at the Collective Bargaining and Social Policy department of IndustriAll-Europe in February and March 2014).

It has been underlined (Rueb et al. 2013) that there is a duty to involve EWC members only in the first phase of the procedure. On the contrary trade unions are taken into high considerations. Indeed, each main stage of the process needs the approval of national affiliates and the minimum requirement for the proposals (negotiating team and draft agreements) to be approved is quite high. According to the analysis provided by Rueb, Mueller and Platzer (Rueb et al. 2013) there are two main reasons for such stringent requirements. First, this would make sure that national trade unions remain the main character of the collective bargaining story. Second, the fact that the possibility for an opt-out clause has not been included makes sure that the agreement will be applied widely and at a truly European level. Moreover, “trade unions can show employers that they can commit their memberships to agreed outcomes” (Rueb et al. 2013, p.96).

The EMF procedure allows trade unions to be in control of transnational collective bargaining. However, a faithful application of the procedure is essential to achieve this objective and this is possible only if the national trade unions commit towards sharing experiences and fostering close cooperation (Mueller et al. 2011, p. 222). This procedure is now an appendix to the IndustriAll European Trade Union Statute (IndustriAll-Europe 2012). Therefore, it applies to all negotiations with MNCs employing a wide range of workers, including chemical, textile, energy and metal workers.

## **5. GDF Suez Health and Safety agreement.**

### **5.1 Methodology.**

On the basis of the literature reviewed in this chapter, in order to answer my research question,

I chose the GDF Suez agreement on Health and Safety negotiated by the EWC SNG with the (passive) presence of EPSU and EMCEF coordinators. This specific agreement has been chosen since not the whole special negotiating body (SNB) signed, therefore, the result of the negotiation cannot be considered positive, in as much as the workers' side did not act in a united way.

The study of the negotiation is based on semi-structured interviews and primary sources. The first interviews were carried out in IndustriAll- Europe in March 2014. I choose to talk about the case with Bart Samyn (Deputy General) and Isabelle Barthese (Policy Advisor) (both of them, at the time of the negotiation, were in the same positions for EMF) who were informed about the negotiation by the FIOM European department secretary and got involved with GDF Suez right after the conclusion of the Health and Safety EFA. These first explorative interviews were necessary for three reasons. First, I had a first idea of what the case was about. Second, the respondents clarified some key points: how the EMF was informed and by whom; which was the EMF position towards the negotiation/conclusion of the agreement; how the role of EMF vis-à-vis the GDF Suez management changed subsequently to the negotiation of the Health and Safety agreement. Third, the respondents helped me to identify the key persons to interview to clarify how the negotiation developed.

The interviews with the EWC coordinators from EPSU and EMCEF were useful to understand the role of the ETUFs coordinators present in GDF Suez EWC and the extent to which they were involved in the negotiation. The EPSU representative's interview happened in written form, while with the EMCEF coordinator was interrogated by telephone.

The EWC members with whom I had telephone interviews are the Italian representatives and the French one from CGT. Moreover, I had telephone interviews with the person in charge with GDF Suez in Italy in 2009 and 2010 and with the FIOM European department secretary. Thanks to these interviews, carried out from June to August 2014, I was able to reconstruct the negotiation and to understand the arguments of the national trade unions. Furthermore, the respondents were keen to share their points of view on the problems faced during the negotiation and on how the obstacles met could be solved.

The primary sources I consulted are: the agreement itself, letters and e-mails (collected in different moments) exchanged between the EMF secretariat and the FIOM European department secretary and those between the workers' representatives (both EWC and trade unions) and the management. The content of these primary sources was almost always coherent with the answers of the respondents. However, they were really helpful to both clarify the main events' dates and reconstruct faithfully the controversies that arose because of the negotiation.

## 5.2 Company overview.

GDF Suez is a Multinational Company with its headquarter in France. It was founded in July 2008, following the incorporation of Suez (with French and Belgian origins) by Gaz de France (French company) (GDF). It operates in the production and distribution of energy services (gdfsuez.com).

According to the latest data presented by the company, GDF Suez has 147.200 employees worldwide and it has activities in 70 countries. In Europe, it employs 133.400 people and the 2013 revenues amount to 65.8 billion Euros (gdfsuez.com).

According to a survey made by EMF, with collaboration of the national affiliates, in Europe, in 2010, GDF Suez total employees in the metal sector were 24.099, the 13,27% of total employees

in Europe (at the time). In detail, the metalworkers were spread as follows: 852 in Germany, 10263 in Belgium, 2984 in Italy, and 10000 in France. Indeed, GDF Suez is not a pure metal company and it was only for the smallest part metal, otherwise the main sectors concerned are public services and energy (Samyn 2014: Interview).

As for health and safety, in 2002, Suez had published an international Charter on Health and Safety at work. In 2007, the Charter was endorsed in an agreement on Health and Safety signed by the Suez management and various bargaining agents, among others: the EWC and French trade unions (ewcdb.eu). In October 2009, the newly constituted GDF Suez decided to renegotiate the agreement originally negotiated at Suez.

The GDF Suez EWC has a complex history and peculiar features<sup>1358</sup>. In the following paragraphs, only those aspects useful to understand the negotiation of the Health and Safety agreement are highlighted.

The EWC of Gaz De France was originally negotiated in 2001 (ewcdb.eu). After the incorporation of Suez, and the establishment of GDF Suez, a new EWC fully representative had to be negotiated (ewcdb.eu). Eventually, in May 2009 the GDF Suez European Works Council agreement was concluded.

Given that GDF Suez is a very large company (Kerckhofs 2014: Interview) and the EWC is composed by nearly 70 persons, it was not feasible to negotiate with the whole EWC (Ibid). Therefore, once they had to negotiate the GDF Suez EWC, after the 2008 merger, a Special Negotiating Body (SNB) was set up. The SNB was established “giving a weight” to each country in relation to the percentage of workers present in the various countries. In GDF Suez the French trade unions play a crucial role (Ibid). However, the French representatives agreed in reducing their weight from 60% to nearly 40 %, in order to give more space to other countries. Italy had the right to have only one representative in the SNB (two in the EWC of GDF Suez) and the mandate was given to Stefano Bassi (Bassi 2014: Interview).

GDF Suez, as a French company, was aware of the complications that may arise from a collective negotiation carried out with the exclusion of trade unions (Samyn 2014: Interview). As a consequence, the GDF Suez management developed a strategy to make sure that the national trade unions would have been involved: the members of the Special Negotiating Body (SNB), in order to be considered fully allowed to negotiate the *GDF Suez EWC agreement*, had to request the respective national trade unions to provide them with a sort of authorization to negotiate on their behalf, something like an informal mandate (Ibid). Most, but not all, national trade unions agreed as long as they would have been kept informed and no core topics, as wages, would have been negotiated (Ibid). In this way the SNB was set up. The management request for this sort of mandate from the national trade unions makes the GDF Suez EWC a singular case, inasmuch as it is not common among MNCs to demand this kind of formal involvement of national trade unions in the EWC negotiation.

---

<sup>1358</sup> An article by Isabelle Da Costa and Peter Kerckhofs, providing a case study of the GDF Suez EWC, will be published in the next months.

For what concerns the EWC coordinators (also sitting in the SNB), the ETUFs choose to appoint representatives of the main European federations (EPSU and EMCEF<sup>1359</sup>), instead of a trade unionist form a national organization. This decision was taken, given the complexity and size of the company (Ibid).

## 5.2 The negotiation.

The initiative to negotiate the Health and Safety agreement was taken by the management and the first meeting was held at the beginning of October 2009. The aim of the company was to conclude the agreement as quickly as possible (Textoris 2014: Interview).

The proper negotiation phase started on the 27<sup>th</sup> October 2009, but the whole negotiation lasted a bit longer than expected (5 months instead of 3), due to some pressure coming from one side of the Special Negotiating Body (SNB). No specific procedure was applied to the negotiation and the SNB had to follow the lead of the company (Textoris 2014: Interview). In addition, the most part of the agreement has been written by the company (Ibid). The company proposed a draft text and the SNB studied the text and added some points, however, at first, the management was not willing to accept amendments to the text (Ibid).

In the meantime also an agreement on “*anticipation of jobs and skills needs*” was negotiated, however this analysis will focus on the negotiation and conclusion of Health and Safety EFA, since the major problems arose in this case.

The agreement was negotiated between the management and the special negotiating body (SNB), with the same composition as the one that negotiated the EWC agreement (Bassi 2014: Interview). Also in the case of the Health and Safety agreement the SNB was operating on the basis of the authorization to negotiate originally given from the national trade unions. According to EPSU general secretary, this implies that the SNB can be understood as a trade union body (Goudriaan 2014: Interview). Indeed, both the representatives from CGT and from the Italian trade unions confirmed that they had been given an official mandate both to participate in the SNB and to negotiate collective agreements (Breda 2014: Interview; Textoris 2014: Interview).

Overall, every member of the negotiating body had an active role, meaning that they all shared the experiences and collective agreements on Health and Safety in the respective countries (Bassi 2014: Interview).

Both the EPSU coordinator and the EMCEF coordinator were kept informed during the whole process. None of the EWC coordinators neither conducted nor took active part in the negotiation. The reason for this approach was, according to the EPSU coordinator, that there was no need since they were only dealing with the transposition of an already existing agreement, which was necessary after the merger of Gdf and Suez in 2008, only to avoid the content of the text to fell (Epsu.org). Moreover, from the interview with the EPSU coordinator, it came out that EMCEF and EPSU did not have any contact among them in order to discuss the negotiation and they did not even consider the involvement of EMF, since, in Goudriaan’s words, “at the time its presence [in

---

<sup>1359</sup> Currently, the European Federation of Public Service Unions (EPSU) and IndustriAll European Federation for Industry and Manufacturing workers (IndustriAll) are the two ETUFs concerned with GDF Suez. IndustriAll-Europe was created in May 2012 from a merger of the European Metalworkers’ Federation (EMF), the European Mine, Chemical and Energy Workers’ Federation (EMCEF) and the European Trade Union Federation: Textile, Clothing, Leather and Footwear (ETUF:TCL).

the company] was not strong” (Goudriaan 2014: Interview). As a matter of fact, the two coordinators sitting in the EWC did not have a duty to inform the EMF, on the other hand, the Metalworkers’ Federation was not expecting that. Indeed, even if it is suggested that perhaps coordination vis-à-vis EMF could have gone better, the EMF does not blame the coordinators for not having informed them (Samyn 2014: Interview).

EPSU and EMCEF coordinators were not negotiators, indeed this is not one of the roles of the EWC coordinator (Samyn 2014: Interview), but the EWC, specifically the SNB, was the negotiator (ibid). The CGT representative confirmed that the coordinators have followed the negotiation but they were not negotiating parties and they had no mandate from the national unions to do so. In that negotiation, they had more an individual role (Textoris 2014: Interview).

The first problems arose during the third negotiation meeting (24/11/2009). In this occasion some EWC members made some negative comments in relation to the last version presented and they expressed their disagreement about some core points and about the follow-up to the agreement (Letter to GDF Suez Management, 21st December 2009).

On the 8<sup>th</sup> December, the company sent to the SNB a text, that was supposed to be the “final version” of the Health and Safety agreement. The SNB did not react positively to this final version.

On the 21<sup>st</sup> of December 2009, some of the trade unionists sitting in the special negotiating body sent a letter to the management (Textoris 2014: Interview). The letter was signed by 10 EWC representatives, coming from 9 different countries: Italy, Spain, Czech Republic, Hungary, Romania, Belgium, Poland, Norway and France.

The initiative to draft the letter came from the Italian and French representatives. Afterwards, also other trade unionists sitting in the SNB agreed that a number of points had to be revised and joined the letter (Textoris 2014: Interview). However, not all SNB members signed the letter, even if not in complete disagreement with its content (ibid). The choice to use a letter, co-signed by several EWC members, to officially communicate the disagreement was a consequence of the absence of clear rules, among the trade unions, on how to deal with the negotiation (ibid).

The main aim of the letter was to force the management to understand that the negotiation was not over yet and to stress that some points of the agreement had to be discussed further, inter alia the suppression of a working body that as dealing with Health and Safety in GDF Suez (Textoris 2014: Interview).

The first concern, raised in the letter, referred to the way in which the negotiation was conducted and to its rapid conclusion. Secondly, they were complaining that the observations made during the meeting on the 24<sup>th</sup> had not being taken into consideration in the final text. The SNB members made clear that they would have needed a further SNB meeting in order to discuss the so called “final version”. In this way, the SNB members could have gone through the controversial points and found a compromise that would have favoured the signature from all the national trade unions. In order to further stress their points, the signatories of the letter pointed out that, at that stage, the text could only be considered as “a text of company policy or a good conduct code on health and safety” (Letter to GDF Suez Management, 21st December 2009. Translation by G.F., original: “un texte de politique d’entreprise ou un code de bonne conduit en matière de santé et sécurité”).

In conclusion, the letter asked the company to delay the signature of the agreement and to plan a new meeting (Letter to the GDF Suez Management, 21st December 2009). As a result of the letter, a new meeting to agree upon a final text was organized between the SNB and the management. Subsequently, the text was modified and shared with the whole EWC to be signed and no further meeting was held (Textoris 2014: Interview).

### 5.3 Conclusion and Implementation.

Most of the SNB agreed in accepting the changes proposed by the management, since, according to some trade unions, they represented a good compromise (Textoris 2014: Interview). Only the Italian trade unions did not find the outcome satisfactory. According to them the management was welcoming only minor changes, which would not have been meaningful enough (Bassi 2014: Interview).

On the 23<sup>rd</sup> of February, the agreement was signed by the management and by the whole SNB, but Stefano Bassi, the representative for the Italian federations concerned (9 trade unions in all). Bassi received pressures from the management to sign the agreement, even if just personally, notwithstanding the disagreement of the National trade unions, but he kept the point (Bassi 2014: Interview).

The two EWC coordinators, maybe due to the fact that they belonged to ETUFs, were also included among the signatory parties (Bassi 2014: Interview). EPSU coordinator decided to sign the agreement since none of the affiliates, including the Italian unions, opposed to it (Goudriaan 2014: Interview). EMCEF did not sign, but gave an official reason for this decision later in 2010. It is important to point out that the signature of EPSU does not mean anything for the Italian workers. Indeed, GDF Suez workers are not represented by any federation affiliated to EPSU (Ibid). The management expressed some discontent about the missed signature of EMCEF (Barthèse 2014: Interview).

On the same day of the signature, the company made a press release very generally speaking about the conclusion of an agreement on Health and Safety. Indeed, it did not even specify who, for the worker's side, signed the text (GDF Suez 2010).

The Italians were disappointed by the fact that the other national trade unions were willing to conclude, although the trade unions from one country did not want to sign the agreement. Especially, the feeling was that the French trade unions and some organizations from the north and east Europe were accelerating the negotiation to conclude the agreement (Breda 2014: Interview).

On the same day of the signature, the CGT released a declaration (CGT 2010) where it expressed disappointment on how the negotiation was carried out. Especially, it underlined the difficulties to find a compromise on the most controversial points.

As far as the implementation is concerned, one of the most problematic phases of EFAs, the answers are not homogeneous and further research should be necessary. The agreement provides for a follow-up body, responsible for the implementation of the agreement, which is supposed to meet once a year. The follow-up body is composed by some EWC members elected, now 15 (Textoris 2014: Interview). However, the work of this body is not very relevant because it provides statistic surveys on some issues, as serious accidents, but it does not measure the progresses

made by the companies or the actions undertaken in order to improve health and safety at work (Ibid).

The agreement has been implemented in France (Textoris 2014: Interview). However, the French respondent highlights that the French law already protect well the workers, so, in France, it can be really meaningful only in few cases. According to the CGT member, in some countries something has been done to implement this agreement; however, he is aware of the problems related to the EFAs implementation. Indeed, for instance, the GDF Suez workers in UK did not even know about the agreement on Health and Safety (Ibid).

In Italy, eventually, the agreement has not been implemented (Breda 2014: Interview). The Italian respondents do not acknowledge any implementation of the agreement in any country, but France. The feeling is that it is only an *piece of paper*. According to Breda, the fact that the agreement has not been widely implemented confirms that it had more political, than concrete, purposes (Ibid). The CGT trade unionist confirms that this agreement has a symbolic effect for the management, that is it is a *vitrine sociale* (literally translated as “social showcase”). However, the French representative underlines the trade unions’ responsibilities in order to make good use of an agreement (Textoris 2014: Interview).

#### 5.4 The EMF role.

The EMF became aware of the negotiation only when the Italian affiliates, FIOM on the lead, took contacts with them (Samyn 2014: Interview). While the negotiation was ongoing the EMF was made aware by Sabina Petrucci (FIOM European department) that GDF Suez was negotiating two transnational agreements. The trade unionist was especially concerned about the one on Health and Safety due to a negative evaluation of the text proposed. In this communication the Italian federation also asked the EMF to intervene in order to clarify the procedure, especially given that nearly 30.000 metal workers in GDF Suez are represented by EMF (E-mail to EMF, 19th November 2009).

Within the SNB, Bassi repeatedly raised the problem of the absence of the EMF, since the beginning of the negotiations (Breda 2014: Interview). But the company was not eager to welcome EMF (Bassi 2014: Interview). Indeed, the fact that the European federations present at the negotiating table were EPSU and EMCEF and the presence of EMF was not envisaged was one of the reasons why the Italian trade unions did not judge positively the negotiation.

At that time, the CGT representative did not feel the need to involve EMF, since the management had chosen as interlocutors the SNB, who had negotiated the EWC agreement, and the general feeling within the SNB was that the only ETUFs to be involved were EPSU and EMCEF (Textoris 2014: Interview).

Following the warning of the FIOM representative, on the 22<sup>nd</sup> of January the EMF sent a letter to the GDF Suez management. The letter recalled the concern expressed by the national trade unionists on the 21<sup>st</sup> of December letter, about the way in which the negotiation was carried out. The Federation also underlined that only the trade unions are legitimized to negotiate and sign collective agreements and it reminded the existence of an EMF internal procedure to negotiate TCAs, already successfully (e.g the case of Schneider, Thales, etc.). The deputy general (Bart Samyn) made clear that the EMF wouldn’t like the case of the Health and Safety agreement to be repeated further, since this would mean concluding a EFA without the agreement metalworkers’

representatives. Indeed, he asked for the EMF to be involved in the following negotiations in order to guarantee also the metalworkers' representation (Letter to GDF Suez management, 22nd January 2010).

In an email of the 29<sup>th</sup> of January, Sabina Petrucci informed the EMF about an informal answer to the letter of the 22 of January, given to the FIOM shop steward sitting in GDF Suez of EWC. At that stage, the company seemed still unwilling to negotiate with EMF, since they only wanted to negotiate as they had negotiated the EWC agreement (E-mail to EMF, 29th January 2010).

It is interesting that the CGT, although expressing its intention to sign the Health and Safety agreement, communicated to the EMF that it would appreciate if the metalworkers' ETUF would take contacts with the management (E-mail to EMF, 10th February 2010). On the next day, the management met for the first time with EMF and started taking into account its concerns (E-mail to the EMF affiliates, 11<sup>th</sup> February 2010). However, the meeting did not deal with the Health and Safety agreement, but it was the beginning of a new attitude of the management which, from thereon, decided to involve all the three European federations concerned (after EMCEF and EMF merger there are only two ETUFs in GDF Suez).

At the beginning, the management was not willing to change the procedure that already existed just because EMF, the smallest ETUF, was asking that and they wanted to stick to their usual method (Textoris 2014: Interview). The argument of the EMF persuaded the company. The European Federation made clear that, although of course the company was free to choose with whom to negotiate, if the EMF was not involved and the mandate procedure not respected, the agreements signed at GDF Suez were not going to be implemented for the metalworkers in Europe (Samyn 2014: Interview). Moreover, this was not just a problem limited to Italy, since also the other affiliates had agreed that the EMF procedure application had to be supported (Ibid). Last, according to the French representative, the management accepted to apply the procedure, since it had already been used in several European companies especially in the metal sector (Textoris 2014: Interview).

For the next negotiation (on equal opportunity at work) a meeting was organized among EPSU, EMCEF, EMF and the management (Barthèse 2014: Interview). In order to change the way of conducting future negotiations at GDF Suez, the three ETUFs met. The main reason for a meeting as such was to find a compromise among the minor differences between EMF and EPSU procedures (the EMCEF one was a pure copy of EMF) (Samyn 2014: Interview). EMF, EMCEF and EPSU eventually agreed on a procedure. The main points were, first, that there would be only one spoke person (Ibid), second, the 2/3 majority necessary to approve the agreement was not to be considered for each sector but on the total (the three sectors) (Ibid). Moreover, the SNB is still supposed to take part to the negotiations (Textoris 2014: Interview).

As far as the Health and Safety agreement is concerned, EMF left the choice to the company whether to open a consultation process on the text with the Italian trade unions, in order to implement it in Italy, or not. However, they have not done it yet (Samyn 2014: Interview).

### 5.5 The Italian perspective and actors' evaluations.

All the Italian trade unions present in GDF Suez had given the mandate to negotiate to Stefano Bassi. Therefore, Bassi was representing all the workers present in the GDF Suez in Italy (Breda 2014: Interview). In reality, FIOM was the more active federation in following the process and the

other federations were not really concerned about the negotiation. Therefore, they left quite a space of maneuver to FIOM and Bassi and they limited their involvement in adhering to the main, formal, decisions (Bassi 2014: Interview).

Nevertheless, during the negotiation, the Italian federations were constantly updated by Bassi. They often shared comments about the proposed texts, they met once in order to discuss the text and they sent a letter to the management saying that they would have not signed the agreement (Breda 2014: Interview; Bassi 2014: Interview). Ultimately, all the trade unions agreed that it could not be implemented in Italy (Breda 2014: Interview). The other EWC members were aware that the Italian trade unions did not sign because of the content of the agreement which did not improve the condition of the workers in Italy (Textoris 2014: Interview).

The reasons for rejecting the agreement were mainly three. First, the Italian trade unions unanimously disagreed on the content of the agreement, since it undermined the rights recognised by the Italian law on health and safety, in as much as it was giving some responsibilities to the workers in case of injury at work or absence of safe conditions (Bassi 2014: Interview).

Second, the method was considered wrong because a significant European Trade Union Federation was missing (Bassi 2014: Interview; Petrucci 2014: Interview). Indeed, according to Petrucci the absence of the EMF has been crucial for the Italians to oppose the agreement. The trade unionist wrote: “We don’t negotiate without the European Trade Union representing us and which is bound to negotiate accordingly with the rules contained in the statute. Further, also the content of the final text would have been different since the ETUF is constantly sharing and discussing the versions with the affiliates” (Petrucci 2014: Interview, Translation by G.F.). This attitude is consistent with the Italian approach, indeed the Italians have been since the beginning positively strict about the correct application of the procedure (Samyn 2014: Interview).

Third, due to the fact that the trade unions did not have an active and meaningful role, the feeling of the Italian organizations was that what was going to be concluded was not a real agreement to be signed, but just a “company routine” (prassi aziendale) (Breda 2014: Interview).

Overall, the text was considered dangerous both practically and politically (Bassi 2014: Interview; Petrucci 2014: Interview).

On the 7<sup>th</sup> of April 2010, a joint letter was sent to the Human Resources Management of GDF Suez from the nine Italian trade unions involved in the company. Namely the federations of metalworkers, energy and “commerce” from the three confederations (FIM-CISL, FISASCAT-CISL, FLAIEI-CISL, FIOM-CGIL, FILCAMS-CGIL, FILCTEM-CGIL, UILM-UIL- UILTUCS-UIL, UILCEM-UIL). In the letter it was acknowledged that the Italian companies belonging to the body seemed considering the application of the Health and Safety agreement in their plants. The trade unions underlined that, since the representative for the Italian organizations had not signed the agreement, the text was not enforceable in Italy. Therefore, the confederations and the interested federations warned the Italian managers not to apply any term and condition not agreed with the Italian organizations involved. Instead, the national legislation and the collective agreement in place should be applied (Letter to the human resource manager of GDF Suez, 7<sup>th</sup> April 2010.).

The management replied with a letter of the 17<sup>th</sup> of May. In brief the management argued that, even if the agreement at stake cannot be qualified as a national collective agreement in compliance with the Italian law, it is anyway enforceable in all European branches of GDF Suez and in all

the companies where GDF Suez has a dominant influence. This point was supported by a weak argument, based on the absence, in article 1.1 of the agreement (scope of application), of any reference to the fact that the agreement should be implemented only in those countries where the relative organizations have ratified it (Letter to FIM-CISL et al., 17th May 2010.). However, in practice, the company did not try to force the implementation of the agreement in the Italian plants (Breda 2014: Interview; Bassi 2014: Interview).

The FIOM representative commented on this letter in an e-mail addressed to EMF. She made clear that the agreement cannot, in any case, be implemented in Italy without an agreement with the national trade unions. Finally, the main concern is on a matter of principle: it cannot be accepted that an agreement not signed/agreed upon by the trade unions of a given state can be implemented within that state (E-mail to EMF, 18th May 2010).

On the very same day, the EMF reacted in support of the national trade unions facing pressure from the company. The EMF letter's main point was that the GDF Suez agreement on Health and Safety "cannot be said to be valid European-wide as the EMF did not sign" it. As a consequence, it is in complete discretion of national unions whether to endorse the text in the national agreements or not (Letter to GDF Suez management, 18th May 2010). Few days later, EMCEF Secretary General made a similar statement, adding that the non application of the EMCEF Mandate Procedures was the reason why the European trade union did not sign the agreement (Letter to GDF Suez management, 26th May 2010). We should bear in mind that, at the same time, the three European federations were clarifying the procedure to be applied in future negotiations.

For what concerns FIOM, the Italian federation is against a negotiating role of the EWCs. According to S.P. "trade unions are not enough represented in EWCs and there are no rules to guarantee representation, transparency, democracy and rights of the minorities. The negotiating role of the trade union cannot be replaced by a body not elected, under direct owner control" (Petrucci 2014: Interview, translation by G.F.), where the independency is not safeguarded. Moreover, the EWC is often influenced by the trade unions of the company's hometown (Ibid). As a consequence, the Italian trade unions do not consider as EFAs those agreements not signed by the ETUFs and that do not follow a mandate procedure (Ibid).

Moreover, it is noted that the EWC representatives lack the necessary expertise to negotiate at a such high level. That's why the national trade unions had to intervene through letters even if they did not participate in the negotiation directly (Breda 2014: Interview) and the support of European Federations, and their expertise, is necessary (Ibid; Textoris 2014: Interview). Last, Bassi underlines that the distance between the EWCs and the workers is really huge (Bassi 2014: Interview).

It is interesting that both Italian and French representatives agree on one point: the Health and Safety negotiation was crucial to understand how TCB should be carried out and that the involvement of EMF, together with a clear procedure, is necessary (Bassi 2014: Interview; Textoris 2014: Interview).

Indeed, even if the CGT signed the agreement, the French respondent talks about it as a "experimental negotiation" (Textoris 2014: Interview, Translation by G.F.), meaning that the negotiation on Health and Safety was useful to understand that the EWC needs a well framed procedure, well

known by the EWC and by the Management, and the active involvement of a ETUF. This is especially important since in each country there are different negotiating rules, so when negotiating at European level “we need to agree on a frame” (Ibid).

#### 5.6 Overall assessment.

The case of GDF Suez is notable for several reasons. First of all, as for most of the EFAs so far negotiated (Mueller et al. 2013), the initiative to conclude the Health and Safety agreement came from the management. What is striking is that this case disconfirm the conclusions reached by those scholars assessing the behaviour of French multinationals towards EFAs. GDF Suez, deeply rooted in the French industrial relations system, choose to negotiate with the EWC and proved to be quite reluctant to engage in negotiations with the EMF and ETUFs in general. Indeed, for the Health and Safety agreement, it did not consider any ETUF as negotiating partner, instead it proposed to initiate the negotiation to the EWC SNB.

However, the Special Negotiating Body (SNB), negotiating the agreements on behalf of the whole EWC, was not only unionized, but its members had also received a sort of mandate to negotiate EFAs by the respective national trade unions, after explicit request to do so by the management. Notwithstanding that, the SNB has failed both in leading the negotiation and conclude a homogeneously accepted agreement. The finding is consistent with Waddington (2011)'s suggestion that it is not enough, for a EWC to be well functioning, to be fully unionized.

For the EWC at stake two coordinators had been appointed, moreover, due to the complexity of the company, the role has been taken up by representatives of the two main ETUFs: EPSU and EMCEF. However, the quality of EPSU and EMCEF coordinators, in relation to the negotiation and conclusion of the Health and Safety agreement, has proved not be sufficient to strengthen the EWC during the negotiation process (see importance of quality of EWC coordinator in Waddington 2011). Indeed, the two coordinators did not engage at all in supporting the SNB's requests to the management, as the demands to continue the negotiation and edit the text of the agreement in order to find a satisfying compromise.

To this it can be added that some of the respondents mentioned the lack of enough expertise of the EWC members and the consequent need to be supported by the respective national trade unions. This very likely reinforces the already existing tendency of national representatives to pursue national interests (Mueller et al. 2013) and does not allow the development of a transnational identity within the EWC (Waddington 2011). Furthermore, given that, the national trade unions have to put resources in the ETUF, through affiliation fees (see Chapter 2.2.1), it could be argued that it is too much of a burden to also devote resources to support EWC members during the negotiation, while the ETUF can provide that support.

The GDF Suez EWC members were quite able to communicate among themselves during the negotiation, as showed by the fact that they shared the respective experiences on Health and Safety agreements during the negotiation and that they managed to draft a joint letter addressed to the management, as to put clearly forward their requests. However, given the outcome of the negotiation and the different understandings of the agreement from the French and Italian trade unionists interviewed, it is likely that the level of communication has not been enough. Indeed, this is, according to Waddington (2011), one of the key features weakening a EWC.

Overall, the negotiation was lead by the management and, not surprisingly, the SNB members interviewed said that they were uncomfortable with the absence of clear and common rules, which did not facilitate the development of a strong negotiating role of the SNB, which was composed by trade unionists used to very different collective bargaining traditions. Indeed, the deep rooted diversities among different industrial relation cultures is one of the main reasons why the EWC often decides not to engage at all in a transnational negotiation (Mueller et al. 2013).

In the end, the SNB members (reflecting the respective national trade unions' viewpoint) did not manage to come to a homogeneous judgment of the final text proposed by the company. The final result was that the majority of the SNB concluded the agreement, while the member representing the 9 Italian trade unions concerned refused to sign it. The fact that the majority of the SNB concluded the agreement, notwithstanding a lack of common consent on the workers' side, may be linked with a general will to gain legitimacy *vis-à-vis* the management, an attitude that Mueller et al. (2013) have proved to be very common among EWCs. It is worth to notice that the Italian trade unions were the only one demanding for the application of EMF procedure, although that procedure was approved by all the EMF affiliates and included in the Statute. This can show a lack of common understanding about the role of the trade unions as EMF affiliates.

The reasons why the Italian representative did not sign were linked with both the content and the method. The Italian trade unions, especially the metalworkers' federations, wanted the EMF to be involved in the negotiation, since the EMF mandate procedure would have assured that the trade union role would have been respected and the main goals would have been agreed upon by all the affiliates concerned (see EMF mandate procedure in this WP). Last, further action was necessary to make sure that the Italian companies of the group would have not tried to implement the agreement.

The EMF supported the Italian trade unions position mainly through letters and it pushed for being involved in the future transnational negotiations at GDF Suez. The management accepted to negotiate with the ETUFs only once the EMF made clear that the agreements concluded without the EMF signature were not enforceable for the metalworkers in Europe, since the European Federation was the only institution that could be fully mandated at European level to represent metalworkers in TCB. The change of mind of the management was also, very likely, due to the fact that major European MNCs had already negotiated with the EMF procedure. The agreement surely represented a turning point in the relationship between the workforce representatives and GDF Suez management.

In conclusion, the agreement was never implemented in Italy and further research would be needed to understand whether it was implemented in other countries, but France. What is striking is that the company did not try to reopen the discussion with the Italian trade unionists, as suggested by EMF deputy general, in order to find a compromise that would have allowed the implementation of the Health and Safety agreement also in that country. Therefore, it is legitimate to wonder to what extent the agreement was meaningful for the company.

## 6. Conclusions.

The negotiation of the Health and Safety agreement is characterized by some interesting, and rather peculiar, aspects. First, GDF Suez is one of the few companies where the workforce was represented by three (now two) European Trade Union Federations. Although EPSU represented

the highest number of employees, also the other federations (now merged in IndustriAll-Europe) were relevant in the company. Second, the Special Negotiating Body was not only fully unionized, but it was also mandated by the national trade unions, upon express request of the management. This is in itself a peculiar feature, but it becomes even more interesting in as much as, notwithstanding the acknowledgment and support of the trade unions, the EWC was still in a weak position in relation to the negotiation.

The case study has proved useful to investigate the problems that a EWC can encounter if it engages in transnational negotiations at company level on its own. Obviously, the research question cannot be answered in absolute and definitive terms by carrying out a single case study. The research rather aims at adding empirical findings to the wide political and academic debate about which is the best bargaining agent and for what reasons.

Let us now assess which problems came out from the case study and how the European Trade Union Federations could, potentially, solve these problems.

The first problem the EWC could face is the lack of enough expertise of the EWC members in negotiating EFAs. As far as a unionized EWC is concerned, it could be argued that national trade unions may provide a remedy by specifically training the respective members sitting in the EWC. However, as argued by Waddington (2011) a strong reliance over national trade unions does not help in developing a truly European identity within the EWC and therefore overcoming the tendency of the EWC members to pursue national interests (see Mueller et al. 2013). In brief, both the lack of expertise and a different understanding over the EWC functions within the same EWC (reflecting different national industrial relations systems) can weaken the role of the EWC as negotiator. In order to solve this problem, the EMF procedure wants the affiliates to approve the negotiating team, that has to be always composed by at least one EMF representative. The compulsory presence of the EMF representative is likely to empower the workers' side and avoid weaknesses due to lack of sufficient competences.

Second, the case study showed that in a negotiation started by the management and conducted with the EWC, the management is very likely to end up leading the negotiation and it can be highly complex for the workers' side to impose its conditions. This may be also due to the lack of enough expertise and independence of the EWC members, which, on the one hand have to rely on national trade unions for any kind of support (Waddington 2013) and, on the other hand, tend to follow the lead of the company, since they are not able to propose a concrete alternative, perhaps also due to the lack of enough internal communication (Waddington 2011). The proposal of the European Metalworkers' Federation overcomes this problem by imposing a clear procedure to both the EWC and the management. It is worthwhile to underline that, before starting the negotiation the EMF representative, as a consolidated practice, explains the procedure to both the above mentioned actors and he clarifies that if the parties do not accept the procedure the EMF do not engage at all in the negotiation.

Third, It can be difficult for the EWC to find a compromise and agree upon common goals. This fact becomes even more relevant since the EWC, as normally not bound by any procedure, can sign the agreement even if a member representing a relevant percentage of the total workforce is opposing the agreement for protecting his members' rights. These two interlinked dangers can be due to the lack of enough communication (Waddington 2011) and/or the tendency to pursue

national interests (Mueller et al. 2013), and/or it can be caused by a will to please the management (Ibid). First of all, the EMF procedure tries to overcome the lack of communication, among the various players concerned, and the conflicts between national identities by setting up a preliminary meeting where national trade unions, the EMF coordinator, the EWC select committee and even the whole EWC, if feasible, gather together. At this occasion the actors have the opportunity, first, to discuss and share their opinions, second, to agree on two core aspects: the composition of the team that should negotiate and the positions to be taken during the negotiation. Also the draft agreement has to be approved by the involved affiliates. In order to avoid the signature of an agreement not widely accepted, if unanimity cannot be reached, the procedure states that the text can be concluded only upon approval of the national trade unions representing a strong majority of the European workforce concerned. Indeed, a country can block the signature only if it represents more than 5% of the total European workforce.

A lack of unanimous decision over the signature of an agreement can happen mainly because of the substantial differences among industrial relations systems, however the final objective should be to overcome the diversities and reach a wide consent. A case where an agreement is signed by the whole negotiating body, but the representative of the workforce of an entire country (also representing a high percentage of the total workforce) has to be avoided. A situation as such gives, to the management, signals of deep divisions within the workers' side. For that reason the EMF procedure aims at avoiding the inhomogeneous signature of EFAs and does not envisage the inclusion of opt-out clauses. As a result, the agreements signed by EMF (and now IndustriAll-Europe) demonstrate the ability of the European labour movement to agree on common goals. Furthermore, these texts can be broadly applied at European level (Rueb et al. 2013). As a consequence, disputes over the companies and countries in which the agreement can be implemented, as it was the case for GDF Suez Health and Safety agreement, are avoided.

Overall, the negotiation of the Health and Safety agreement at GDF Suez has shown how complex the relationships and interactions among the players concerned with European collective bargaining can be. This case study illustrates that EWC, national trade unions and ETUFs share the common tendency to undervalue the need to build solid forms of cooperation among themselves, as well as they underestimate the necessity to increase the amount and quality of the communication.

In conclusion, the case study adds empirical evidences to the argument that transnational collective bargaining at European level should be led by the ETUFs. However, the research proves that the presence of the ETUF in the negotiation needs to come together with the proactive application of the ETUFs' policy on the matter, that is a clear mandate procedure, as the one of developed by EMF. As stressed by Rueb et al. (2013), the faithful application of the procedure is of key importance. At the same time, the national affiliates should be the first ones supporting the application of the above mentioned procedure.

As a final remark, it should be kept in mind that the problems here highlighted are problems that could only potentially arise if a EWC decides to negotiate without applying a ETUF procedure. Indeed, as a result of the analysis of the GDF Suez Health and Safety agreement, it is not argued that if the EWC engages independently in a negotiation with the management it will surely encounter the above summarized difficulties. It would be interesting to carry out further case studies applying the same research question, in order to observe how often and to what extent the EWC negotiating EFAs ends up having the same kind of problems.

The analytical frameworks applied to the case study turned out to be useful to answer the first part of the research question. Especially, it was interesting to see how Waddington (2011)'s conclusions about the general problems faced by the EWCs, in exercising the rights provided for in the European directive, are also encountered in the context of a transnational negotiation. As to the second part of the research question, the EMF mandate procedure proved to be able to find a solution to the difficulties the EWC can encounter.

Besides the option to analyse other cases of EFAs negotiated by EWCs, by applying the same research question, there is also room to further assess this case, by looking at other viewpoints over the negotiation and at the implementation-related aspects. Indeed, it would be interesting to investigate where the agreement has been implemented and to what extent, in order to understand whether the management wanted to negotiate the agreement because of the relevance of its content, or just as a social showcase.

Furthermore, it would be interesting to assess the negotiation of the following agreement on equal opportunity. This EFA has involved the three ETUFs and it has been negotiated with a joint procedure. Therefore, it allows to practically see if and which improvements the new procedure has brought.

## 7. References.

Alaimo, A. (2012). Transnational Company Agreements and Sectoral Social Dialogue: parallel lines, no convergence? In Leonardi, S. (eds.) (2012). *European Action on Transnational Company Agreements: a stepping stone towards a real internationalization of industrial relations?* Final Report EUROACTA, Istituto Ricerche Economiche e Sociali.

Ales, E. Engblom, S. Jaspers, T. Laulom, S. Sciarra, S. Sobczak, A. and Valdes Dal-Ré, F. (2006). *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future. Final Report*. Brussels: European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.

Ales, E. Dufresne, A. (2012). Transnational collective bargaining: Another (problematic) fragment of the European multi-level industrial relations system. *European Journal of Industrial Relations* 18(2), 95–105.

Beneyto, P. Rocha, F. (2012). Trade unions and Europeanization of the industrial relations: challenges and perspectives in Leonardi, S. (eds.) (2012). *European Action on Transnational Company Agreements: a stepping stone towards a real internationalization of industrial relations?* Final Report EUROACTA, Istituto Ricerche Economiche e Sociali.

Bercusson, B. (2008). Implementation and monitoring of cross-border agreements: The potential role of cross-border collective industrial action in Papadakis, K. (Eds) (2008). *Cross-Border Social Dialogue And Agreements: An emerging global industrial relations framework?* Geneva: International Institute for Labour Studies.

Clauwaert, S. (2011). *2011: 20 years of European interprofessional social dialogue: achievements and prospects*. Transfer: European Review of Labour and Research 17(20) 169-179.

CGT (2010). Declaration « signature accords bodye GDF Suez Santé/Sécurité et GPEC » released on 23/02/2010.

- Cilento, M. (2012). TCAs and social dialogue at the European level: the trade unions perspective Leonardi, S. (eds.) (2012). *European Action on Transnational Company Agreements: a stepping stone towards a real internationalization of industrial relations?* Final Report EUROACTA, Istituto Ricerche Economiche e Sociali.
- Da Costa, I. Rehfeldt, U. (2007). European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry. *Transfer: European Review of Labour and Research* 2(07), 313-316.
- Da Costa, I. Pulignano, V. Rehfeldt, U. and Telljohann, V. (2012). Transnational negotiations and the Europeanization of industrial relations: potentials and obstacles. *European Journal of Industrial Relations* 18(2), 123–137.
- Dufrense, A. (2012). Trade union support and political blockage: The actors' viewpoint. *European Journal of Industrial Relations* 18(2), 107–121.
- EMF (2000) *EMF resolution on the role of trade union coordinators in existing European works councils and the role of national organisations in this respect – adopted by the EMF Executive Committee on 15-16 June 2000*. Brussels: European Metalworkers' Federation.
- EMF (2006). *Internal EMF Procedure for negotiations at multinational company level*. available at: <http://www.emf-fem.org/Areas-of-work/Company-Policy/Adopted-documents-Position-papers-Publications/Position-papers2/Internal-EMF-Procedure-for-negotiations-at-multinational-company-level> (last access 11th April 2015).
- European Commission (2005). The Social Agenda 2005-2010. COM(2005) 33 final.
- Frosecchi, G. (2015). *The relationship between European Trade Union Federations and European Works Councils, with a focus on their role as bargaining agents*, in Leonardi, S. EURACTA2. The Transnational company agreements. Experiences and prospects. Associazione Bruno Trentin.
- Gold, M. Rees, C. (2013). What makes an effective European works council? Considerations based on three case studies. *Transfer: European Review of Labour and Research* 19(4) 539–551.
- Hertwig, M. Pries, L. Rampeltshammer, L. (2011). Stabilizing effects of European Works Councils: Examples from the automotive industry. *European Journal of Industrial Relations* 17(3) 209–226.
- Jagodzinski, R. (2007). Involving European Works Councils in Transnational Negotiations - a Positive Functional Advance in their Operation or Trespassing? *Industrielle Beziehungen* 14(4), 316-333.
- Kim, H. (1999). Constructing European Collective Bargaining *Economic and Industrial Democracy* 20(3), 393-426.
- Le Queux, S. Fajertag, G. (2001). Towards Europeanization of Collective Bargaining?: Insights from the European Chemical Industry. *European Journal of Industrial Relations*. 7(29), 117–136.
- Léonard, E. Sobczak, A. (2010) Accords transnationaux d'entreprise et dialogue social sectoriel européen. Quelles interactions? *Travail et Emploi* 121 Available at <http://travailemploi-revues.org/1609> (last access 11th September 2014).
- Leonardi, S. (2012). Executive summary. Transnational Company Agreements: a stepping stone towards real internationalization of industrial relations? In Leonardi, S. (eds.) (2012). *European*

*Action on Transnational Company Agreements: a stepping stone towards a real internationalization of industrial relations?* Final Report EUROACTA, Istituto Ricerche Economiche e Sociali.

Lo Faro, A. (2012). Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law. *European Journal of Industrial Relations* 18(2), 153–165.

Marginson, P. Sisson, K. (1998). European Collective Bargaining: a Virtual Prospect? *Journal of common market studies*. 36(4), 505-528.

Mueller, T. Platzer, H-W. Rueb, S. (2010). Transnational company policy and coordination of collective bargaining – new challenges and roles for European industry federations. *Transfer: European Review of Labour and Research* 16(4), 509–524.

Mueller, T. Platzer, H-W. Rueb, S. (2011). European collective agreements at company level and the relationship between EWCs and trade unions -- lessons from the metal sector. *Transfer: European Review of Labour and Research* 17(2), 217–228.

Müller, T. Platzer, H-W. Rüb, S. (2013). Transnational company agreements and the role of European Works Councils in negotiations. A quantitative analysis in the metalworking sector. European Trade Union Institute, Report 127.

Papadakis, K. (Eds) (2008). *Cross-Border Social Dialogue And Agreements: An emerging global industrial relations framework?* Geneva: International Institute for Labour Studies.

Rehfeldt, U. (2015). *Transnational Company Agreements: a map*, in Leonardi, S. EURACTA2. The Transnational company agreements. Experiences and prospects. Associazione Bruno Trentin.

Rodríguez, R. et. all (2012). *Study on the characteristics and legal effects of agreements between companies and workers' representatives*. Report for the European Commission.

Rüb, S. Platzer, H-W. Müller, T. (2013). *Transnational Company Bargaining and the Europeanization of Industrial Relations*. Series: Trade Unions. Past, Present and Future - Volume 19. Oxford: Peter Lang.

Sciarra, S. (2009). *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*. WORKING PAPER D'Antona p. 20.

Sciarra, S. (2010). *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*. Jean Monnet Working Paper 04/10.

Sciarra, S. Fuchs, M. and Sobczak, A. (2014). *Towards a Legal Framework for Transnational Company Agreements. Report to the European Trade Union Confederation*. Available at [http://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-proposal-optional-legal-framework-transnational-negotiations-multinational#.U2-zJoF\\_vzs](http://www.etuc.org/documents/etuc-resolution-proposal-optional-legal-framework-transnational-negotiations-multinational#.U2-zJoF_vzs) (last access 11<sup>th</sup> April 2015).

Schulten, T. (1996). European Works Councils: Prospects for a New System of European Industrial Relations. *European Journal of Industrial Relations* 2(3), 303-324.

Sobczak, A. (2012). Ensuring the effective implementation of transnational company agreements. *European Journal of Industrial Relations* 18(2), 139–151.

Telljohann, V. da Costa, I. Müller, T. Rehfeldt, U. and Zimmer, R.(2009a). *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*. Dublin: European Foundation for the Improvement and Living and Working Conditions.

Timming, A.R. (2010). Dissonant cognitions in European works councils: A 'comparative ethnological' approach. *Economic and Industrial Democracy* 31 (4) 521–535.

Waddington, J. (2011). European works councils: the challenge for labour. *Industrial Relations Journal* 42(6), 508–529.

### Interviews.

Barthèse, I. (Senior Policy Adviser at EMF (now at IndustriAll-Europe)) (2014) *Interview on the relationships between EMF and GDF Suez*. Interviewed by Giulia Frosecchi (In person), 20<sup>th</sup> March 2014.

Bassi, S. (FIOM member, Italian member of the GDF Suez EWC and member of the Special Negotiating Body as representative of all the Italian trade unions) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010, and on the Italian position*. Interviewed by Giulia Frosecchi (Telephone), 24<sup>th</sup> June 2014.

Breda, A. B. (at the time of the negotiation, responsible for FIOM of the internal relations in Cofily, GDF Seuez in Italy) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010, and on the Italian position*. Interviewed by Giulia Frosecchi (Telephone), 25<sup>th</sup> June 2014.

Goudriaan, J. W. (in relation to the negotiation, EWC coordinator to EPSU) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010, and role of the EPSU coordinator*. Interviewed by Giulia Frosecchi (E-mail), Questions sent on 9<sup>th</sup> June 2014, answers received on 9<sup>th</sup> June 2014.

Kerckhofs, P. (in relation to the negotiation, EWC coordinator for EMCEF) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010, and role of the EMCEF coordinator*. Interviewed by Giulia Frosecchi (Telephone), 8<sup>th</sup> of August 2014.

Petrucci, S. (FIOM European department secretary) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010, and on the Italian position and involvement of EMF*. Interviewed by Giulia Frosecchi (E-mail), Questions sent on 17<sup>th</sup> June 2014, answers received on 18<sup>th</sup> June 2014.

Samyn, B. (Deputy General Secretary at EMF (now at IndustriAll-Europe)) (2014) *Interview on the involvement of EMF in relation to the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010 and follow-up*. Interviewed by Giulia Frosecchi (In person), 25<sup>th</sup> March 2014.

Textoris, R. (Member of Federation National de l'énergie CGT, Italian member of the GDF Suez EWC and member of the Special Negotiating Body as representative of all the federations in CGT) (2014) *Interview on the Health and Safety agreement at GDF Suez, signed February 2010 and on the French position*. Interviewed by Giulia Frosecchi (Skype), 12nd August 2014.

### Web Sources.

GDF Suez website Available at: [www.gdfsuez.com](http://www.gdfsuez.com). (last access 11th April 2015).

Database on European works councils agreements website. Available at [www.ewcdb.eu](http://www.ewcdb.eu) (last access 11<sup>th</sup> April 2015).

European Public Service Union. Available at [www.epsu.org](http://www.epsu.org) (last access 11th September 2014).

**Letters/Emails.**

Barthèse, I. (FEM) (2010) E-mail to the EMF affiliates, 11<sup>th</sup> February 2010.

FIM-CISL, FISASCAT-CISL, FLAEI-CISL, FIOM-CGIL, FILCAMS-CGIL, FILCTEM-CGIL, UILM-UIL-UILTUCS-UIL, UILCEM-UIL (2010). Letter to the human resource manager of GDF Suez, 7th April 2010.

Ftm-cgt (2010). E-mail to EMF (Isabelle Barthèse and Bart Samyn), 10<sup>th</sup> February 2010.

GDF Suez (2010) Letter to FIM-CISL, FISASCAT-CISL, FLAEI-CISL, FIOM-CGIL, FILCAMS-CGIL, FILCTEM-CGIL, UILM-UIL-UILTUCS-UIL, UILCEM-UIL, 17th May 2010.

Petrucci, S. (FIOM) (2009). E-mail to EMF (Isabelle Barthèse), 19<sup>th</sup> November 2009.

Petrucci, S. (FIOM) (2010). E-mail to EMF (Isabelle Barthèse and Bart Samyn), 29<sup>th</sup> January 2010.

Petrucci, S. (FIOM) (2010) E-mail to EMF (Isabelle Barthèse and Bart Samyn), 18th May 2010.

Samyn, B. (EMF) (2010). Letter to GDF Suez management, 22<sup>nd</sup> January 2010.

Samyn, B. (EMF) (2010). Letter to GDF Suez management, 18<sup>th</sup> May 2010.

Secretary General EMCEF (2010) Letter to GDF Suez management, 26<sup>th</sup> May 2010.

Special Negotiating Body - GDFSUEZ (Italy, Spain, Czech Republic, Hungary, Romania, Poland, Belgium, Norway, France) Letter to GDF Suez Management, 21st December 2009.

Lavoro e legalità: “settori a rischio” o “rischio di settore”?  
Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo)  
nella recente legislazione\*

Antonio Viscomi

1. Diversificare e specificare.	496
2. La certificazione della legalità.	497
2.1. La Rete del lavoro agricolo di qualità.	498
2.2. Il <i>Rating</i> di legalità.	500
2.3. Le <i>white-list</i> prefettizie.	501
3. Gli impegni per la legalità.	501
3.1. I protocolli di legalità e di integrità negli appalti pubblici.	501
3.2. Gli obblighi di trasparenza negli appalti per grandi opere.	502
3.3. Gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese per violazione degli standard di legalità e correttezza.	503
4. Tra prevenzione e repressione: le incertezze e le ambiguità della recente legislazione.	504

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 253/2015

## 1. Diversificare e specificare.

Mi è stato chiesto di condividere una riflessione sul tema dei *settori a maggiore rischio di illegalità* nell'ambito di un più ampio percorso di ricerca su lavoro e legalità (<sup>1360</sup>). Il compito che mi è stato affidato non è certo semplice, per almeno due motivi. Da un lato, occorre prendere atto che i fenomeni di illegalità lavorativa (<sup>1361</sup>), abitualmente correlati ad una *dimensione fiscale, contrattuale o amministrativa*, da qualche tempo risultano sempre più intrecciati anche a *condizionamenti di rilevanza criminale*, nelle varie e mutevoli forme in cui questo stesso condizionamento trova espressione. Dall'altro lato, occorre considerare che le strategie di contrasto e le tecniche di intervento messe in campo dai *policy makers* nei confronti di quei fenomeni di illegalità sono segnate da una accentuata e spesso mimetica *frammentazione procedurale e istituzionale* peraltro variabile nel tempo, più consona ad una logica emergenziale che non ad un approccio adeguato e pertinente di tipo sperimentale (sia poi esso configurato su base settoriale, di filiera, di sito o propriamente territoriale).

È facile comprendere che questi due elementi provocano nel giurista (del lavoro) una sorta di disagio: l'incertezza intorno ai frastagliati confini del fenomeno sociale che intende studiare (e disciplinare) – testimoniata dalla stessa policromia lessicale nella definizione delle condizioni di illegalità del lavoro, impossibile da racchiudere in una univoca definizione – suggerisce l'abbandono delle usuali ambizioni monistiche e sistematiche e l'adozione di modelli analitici e rappresentativi in grado di cogliere la *specificità diversità microsistemica* del fenomeno del lavoro illegale e quindi degli strumenti e delle tecniche di contrasto preventivo o di aggressione repressiva.

In qualche misura, e per ricorrere ad una facile sintesi, *illegalità è termine che, in questo contesto, non può che essere declinato al plurale* sia sul piano delle determinanti causali sia, e di conseguenza, su quello delle strategie di intervento. Proprio a motivo di ciò, e già da un punto di vista metodologico, *più che di settori a maggior rischio di illegalità appare forse più corretto ragionare del diverso rischio di illegalità in tutti i settori*, sia in termini qualitativi (cioè: di tipologie di rischio presenti), sia in termini quantitativi (cioè della diversa probabilità del verificarsi di situazioni di illegalità). Non è privo di significato, benché riferita al solo lavoro *undeclared*, che la Proposta della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio «*on establishing a European Platform to enhance cooperation in the prevention and deterrence of undeclared work*, del 9 aprile 2014 (COM(2014)221 final) riconosca chiaramente non solo la «*heterogeneity*» del fenomeno in esame ma anche che quella stessa eterogeneità «*makes undeclared work difficult to approach and demand specific strategies*».

Allo stesso tempo, occorre considerare che i fenomeni di illegalità del e nel lavoro si incrociano, il più delle volte, con una situazione di scarsa maturità organizzativa del sistema delle imprese

<sup>1360</sup> Intervento presentato e discusso al seminario su «*I settori a maggiore rischio di illegalità*» organizzato nell'ambito del progetto di ricerca Prin 2010/2011 «*Legal frame work - Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*», Dipartimento di Giurisprudenza, Ferrara, 6 ottobre 2014 (la pagina web del progetto è in [olympus.uniurb.it](http://olympus.uniurb.it)).

<sup>1361</sup> Mi permetto di rinviare per una sintesi delle tematiche a Viscomi, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in DML, 2000, p. 379; Id., *Incentivi all'emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, RDSS, 2002, p. 85; Id. (a cura di), *Questioni sul lavoro sommerso e lo sviluppo locale*, Rubbettino, 2008.

quando considerato nel contesto territoriale di riferimento (<sup>1362</sup>): non è priva di significato la correlazione diretta, ed anzi, per alcuni versi, il cortocircuito – enfatizzato da questi tempi di crisi – tra incidenza del lavoro irregolare da un lato e, dall'altro lato, elevata frammentazione delle istituzioni pubbliche (che rende debole, benché necessaria, la distribuzione multilivello delle competenze in materia), fragilità delle norme comportamentali condivise (sì che il costo morale dell'illegalità tende pericolosamente ad abbassarsi) ed infine debolezza delle politiche pubbliche di sistema (ormai segnate da un deficit significativo di risorse spendibili).

In questa prospettiva, la questione del lavoro illegale non può essere letta come mera violazione delle regole all'interno dell'impresa, da presidiare con apparati ispettivi e repressivi e massicce azioni *ad hoc*, ma piuttosto come *condizione di uno stato di disagio produttivo che investe il territorio nel suo complesso* e che pertanto richiede una più ampia gamma di interventi destinati a incidere sui fattori di debolezza (di ordine economico, ma anche sociale e culturale) ivi presenti. In questa prospettiva, l'illegalità lavorativa non è solo, e neppure tanto, un problema di occupazione e neppure di bilancio, quanto piuttosto di mancato sviluppo e di scarsa coesione sociale.

Da questo punto di vista, ben si comprende la proliferazione, soprattutto negli anni cadenti intorno alla metà del decennio trascorso e in consonanza con la promozione delle pratiche di dialogo sociale locale, di modelli di intervento volti a valorizzare il ruolo degli *stakeholders* mediante la sottoscrizione di specifici protocolli elaborati anche in virtù dell'azione promozionale delle strutture paritetiche locali disegnate nel tempo dalla legislazione che ha originato una burocrazia dell'emersione composta da una pletera di comitati, commissioni e strumenti di coordinamento.

Pur potendo ragionevolmente dubitare dell'effettività e dell'efficacia degli strumenti adottati, spesso più simili a esorcismi cartolari o a pratiche apotropaiche, è indubbio che le strategie di contrasto al fenomeno dell'illegalità lavorativa sembrano però ancora alla ricerca di un *punto di equilibrio, per così dire, tra norma e accordo*, cioè tra esercizio dei poteri d'autorità e condivisione partecipata degli obiettivi e delle strategie, tra azione repressiva svolta nella singola impresa e azione preventiva mediante la valorizzazione adeguata di buone pratiche nel settore o nel contesto di riferimento.

Se dunque si considera (a) il rischio diffuso dell'illegalità e il suo carattere proteiforme, (b) la correlazione tra dimensione territoriale e le determinanti di sviluppo del fenomeno, (c) la necessaria valorizzazione di modelli partecipativi con funzione preventiva anche al fine di innestare pratiche comportamentali condivise, risulta quanto mai necessario, sul piano sia conoscitivo che deliberativo, un approccio metodologico interdisciplinare e microsistemico che tenga conto delle variabili indicate, *differenziando e specificando le tipologie di rischio in concreto ipotizzabili* nel settore, nella filiera o nel contesto territoriale preso in considerazione.

## 2. La certificazione della legalità.

Tenendo conto di questa prospettiva, e volendo dunque tentare di ricostruire per grandi linee i

<sup>1362</sup> Basti a tal fine ricordare il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Una strategia di lotta all'economia sommersa e al lavoro non dichiarato» del 21 gennaio 2014 che al punto 1.8 riconosce che «Le parti sociali possono contribuire a far emergere il sommerso, soprattutto nelle aree dove non rappresenta un semplice escamotage per risparmiare sui costi di produzione, ma appare come parte integrante del tessuto produttivo».

più recenti modelli di intervento delineati dal legislatore, credo sia opportuno focalizzare l'attenzione sull'emersione ordinamentale di strategie e di modelli di intervento differenti, se non proprio alternativi, rispetto ai metodi tradizionali basati sul controllo successivo su base ispettiva e a carattere repressivo. Mi riferisco, in primo luogo, alla embrionale strutturazione di *strumenti di valutazione e certificazione preventiva della "legalità" imprenditoriale*, segnati certo da importanti diversità procedurali, da non meno significative differenze quanto all'oggetto certificato, ai soggetti interessati ed agli effetti conseguenti, ma pure accomunati dalla rilevanza, diretta o indiretta, di elementi connessi alle relazioni di lavoro. In qualche misura, si tratta di strumenti di certificazione della legalità imprenditoriale, e quindi anche del lavoro ivi prestato, che tendono ad affiancarsi, come lontana *ratio* ispiratrice, alle ben note e consolidate certificazioni ISO, *di qualità e di responsabilità sociale*.

Al riguardo, mi pare opportuno segnalare: a) l'introduzione, presso l'INPS, della "*Rete del lavoro agricolo di qualità*", ad opera dell'art. 5 del d.l. 91/2014 (conv. in l. 116/2014); b) l'avvio, presso l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, del c.d. *Rating di legalità* previsto dall'art. 5-ter del d.l. 1/2012 (conv. in l. 27/2012); c) ed infine il consolidamento delle esperienze delle c.d. *white-list* prefettizie per le imprese operanti nei settori a rischio individuati, in tal caso tassativamente, dall'art. 52 delle l. 190/2012.

### 2.1. La Rete del lavoro agricolo di qualità.

Alla *Rete del lavoro agricolo di qualità* possono aderire le imprese agricole di cui all'art. 2135 cod. civ. (<sup>1363</sup>). L'adesione è volontaria ma sottoposta al previo controllo di una composita cabina di regia deputato a verificare la sussistenza, in capo alle imprese interessate, di due requisiti: a) «non aver riportato condanne penali per violazione della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale nonché in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto»; b) «non essere state destinatarie, negli ultimi tre anni, di sanzioni amministrative definitive per la violazione della (medesima) normativa».

La partecipazione alla Rete – termine eufonico e forse di moda, però, a ben vedere, e più prosaicamente si tratta dell'«inserimento nell'elenco delle imprese agricole che partecipano alla Rete del lavoro agricolo di qualità» (comma 4-c) – determina un effetto di ordine *tendenzialmente esonerativo*, dal momento che il comma 6 impone a Ministero del lavoro ed Inps di «orienta[re] l'attività di vigilanza nei confronti delle imprese non appartenenti alla Rete». In altri e più espliciti termini, la partecipazione alla Rete sottrae le imprese aderenti dall'ordinaria attività di vigilanza, che pure nel settore agricolo appare particolarmente importante e non priva di risultati significativi. Secondo i dati ministeriali, pubblicati nel sito istituzionale, nel periodo gennaio-agosto 2014 su 4732 provvedimenti di sospensione ben 233 hanno interessato aziende del settore agricolo e tutti per l'impiego di personale in nero in misura pari o superiore al 20%; ben 174 su 3184 sono state le revoche dei provvedimenti di regolarizzazione (pari al 75% di tutti i provvedimenti di regolarizzazione adottati nel settore merceologico).

L'inserimento nell'elenco determina dunque un conseguente allentamento dell'attività di vigilanza, benché sia del tutto evidente che *l'inesistenza di provvedimenti sanzionatori nel recente passato* (oggetto della verifica da parte della cabina di regia) *non comporta di per sé l'inesistenza*

<sup>1363</sup> Per una prima informazione cfr. De Stefanis, *Incentivi, agevolazioni e semplificazioni per l'impresa agricola dopo il decreto competitività*, Maggioli, 2014.

di eventuali infrazioni in atto (oggetto di verifica dell'attività ispettiva).

La questione è più importante di quanto possa apparire a prima vista, ove solo si consideri la chiara e lapidaria affermazione della recente *Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2014 sulle ispezioni sul lavoro efficaci come strategia per migliorare le condizioni di lavoro in Europa*, secondo cui «le ispezioni sul lavoro svolgono un ruolo essenziale nel tutelare i diritti dei lavoratori, nel garantire salute e sicurezza sul lavoro e negli ambienti di lavoro, nel prevenire le violazioni delle norme sulla protezione del lavoro e nel favorire una crescita economica equa e sociale, contribuendo a far sì che le retribuzioni e i contributi previdenziali siano effettivamente corrisposti e che di conseguenza aumentino il gettito fiscale e le entrate delle casse socio-previdenziali e garantendo nel contempo al lavoratore le opportune coperture previdenziali (assicurazione contro le malattie e gli infortuni e pensioni)». Peraltro, la centralità del sistema ispettivo è rafforzata da quanto stabilito nella sessione di giugno 2014 della Conferenza internazionale dell'Oil sul quinto punto in agenda relativo a «*Facilitating transitions from the informal to the formal economy*». Il «*Committee on Transitioning from the Informal Economy*» ha infatti proposto l'adozione di un «*instrument establishing the framework for action on facilitating transition*» che nel capo VI (dedicato a «*Incentives, compliance and enforcement*») intende impegnare gli Stati membri ad assicurare «*an adequate and appropriate system of inspection*».

Forse anche in considerazione di tali circostanze, l'effetto esonerativo derivante dalla partecipazione alla Rete non ha carattere assoluto e neppure incondizionato: a) in primo luogo, è fatta salva la «richiesta di intervento preveniente dal lavoratore, dalle organizzazioni sindacali, dall'Autorità giudiziaria o da autorità amministrativa»; b) in secondo luogo, restano fermi, per esplicita previsione normativa, gli «ordinari controlli in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro» (con qualche dubbio sull'effettivo impatto della previsione sull'art. 14 del d.lg. 81/2008 che orienta i controlli ivi disciplinati «al fine di far cessare il pericolo per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare»); c) in terzo luogo, la sottrazione all'attività di vigilanza non opera nei confronti delle imprese che pur essendo iscritte alla Rete perché non destinatarie né di condanne penali né di sanzioni amministrative definitive abbiano però «procedimenti penali in corso per violazione della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale, di contratti collettivi, di sicurezza sui luoghi di lavoro e in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto».

Altra e diversa questione è certo quella relativa alle *modalità dell'azione ispettiva*, che non a caso, consapevole della frammentazione delle competenze e della correlata frantumazione burocratica che è propria di questo Paese, l'art. 10 del d.lg. 124 del 2004 vuole razionalizzata e coordinata e che pure conosce ormai uno specifico *Codice di comportamento ad uso degli ispettori del lavoro* (da ultimo approvato con d.m. 15 gennaio 2014) la cui «osservanza» – afferma l'art. 2, comma 3 – è «informata al principio di sostanzialità del comportamento piuttosto che al mero adempimento formalistico, non sempre espressione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa». Al riguardo è però opportuno ricordare che la stessa Risoluzione del Parlamento dell'Unione «sottolinea», se al medesimo fine non fosse sufficiente il buon senso, l'efficacia delle «ispezioni casuali, ripetute e senza preavviso» e che semmai sono «i risultati delle ispezioni (a dover) essere elaborati entro un termine ben definito, onde impedire tempestivamente gli abusi e garantire prontamente la tutela all'interessato». Peraltro, deve segnalarsi, per quanto ancora in itinere nella sua attuazione, la previsione contenuta nell'art. 1, comma 7, lett. l, della l. 10 dicembre 2014 n. 183, che prevede «la razionalizzazione e semplificazione dell'attività ispettiva,

attraverso misure di coordinamento ovvero attraverso l'istituzione (...) di una *Agenzia unica per le ispezioni del lavoro*, tramite l'integrazione in una unica struttura dei servizi ispettivi del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dell'INPS e dell'INAIL, prevedendo strumenti e forme di coordinamento con i servizi ispettivi delle ASL e delle ARPA». Nella medesima prospettiva, può ricordarsi ancora che proprio «al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni nei procedimenti di controllo e di recare il minore intralcio all'esercizio di attività di impresa», l'art. 1 del d.l. 91/2014 ha istituito il «registro unico dei controlli ispettivi» in materia agroalimentare, anche se, in tal caso, i controlli non attengono ai rapporti di lavoro ma al rispetto delle norme sanitarie e tecniche.

## 2.2. Il *Rating* di legalità.

Un modello diverso di intervento preventivo è dato dal sistema del *Rating di legalità*, misura introdotta nel 2012 (<sup>1364</sup>) consistente nella elaborazione e nella attribuzione, su istanza di parte, di una valutazione qualitativa delle imprese operanti sul territorio nazionale che abbiano però un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o gruppo di impresa, e che siano iscritte al registro delle imprese da almeno due anni.

Poiché il *Rating* è stato pensato dal legislatore all'ambizioso fine di «promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali», è facile intuire che nel novero dei requisiti necessari per l'attribuzione delle tre stellette previste non poteva mancare, per quanto qui interessa (art. 2-f del regolamento 5 giugno 2014), il non essere stati destinatari di provvedimenti di accertamento (divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato nel biennio precedente la richiesta di rating) del mancato rispetto delle previsioni di legge relative alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e di accertamento di violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi nonché di obblighi concernenti le ritenute fiscali relative ai propri dipendenti e collaboratori, con esclusione degli atti di accertamento per i quali vi sia stato «pagamento a seguito di adesione o acquiescenza».

Vale la pena evidenziare che costituisce elemento da considerare ai fini dell'incremento del *Rating* (e quindi per ottenere il c.d. *Rating* superiore) anche l'introduzione in azienda di sistemi di tracciabilità dei pagamenti per somme inferiore al limite ordinario di mille euro, nonché inoltre il rispetto dei contenuti dei protocolli di legalità eventualmente sottoscritti in sede nazionale o locale e l'adozione di una funzione o di una struttura organizzativa deputata al controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o di un modello organizzativo ai sensi del d.lg. 231/2001.

L'attribuzione del *Rating*, ad oggi concesso a 172 aziende (secondo i dati forniti dal sito istituzionale), è funzionale ad una riconosciuta priorità (nella forma della preferenza in graduatoria, o dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo o infine della riserva di quota delle risorse finanziarie allocate) in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni nonché in sede di accesso al credito bancario.

<sup>1364</sup> Per una prima informazione cfr. Mattarella-Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013.

### 2.3. Le *white-list* prefettizie.

La *white-list* prefettizia <sup>(1365)</sup> ovvero, più esattamente, l'elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa è stata introdotta e disciplinata dal comma 52 dell'art. 1 della l. 190 recentemente sostituito dall'art. 29 del d.l. 90. L'iscrizione *volontaria* nella *white-list* tiene luogo, secondo l'esplicita previsione della legge, della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria, anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta.

L'importanza della previsione legislativa sta nel fatto che essa definisce espressamente, nel comma 53, le attività «*maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa*», di fatto quasi tutte riferibili alla filiera edilizia ma con interessanti incursioni nel settore del trasporto e smaltimento di rifiuti e dell'autotrasporto in conto terzi.

Al riguardo, deve però evidenziarsi che l'individuazione dei settori esposti aveva già trovato sperimentazione in occasioni particolari, su sollecitazione del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere di cui si dirà tra poco (a partire dalle Linee guida del 2005)<sup>(1366)</sup>: mi riferisco, com'è intuibile, agli appalti per le grandi opere. Così ad esempio, per gli eventi sismici avvenuti in Emilia Romagna, l'ordinanza di Protezione civile adottata dal Presidente della Regione (in attuazione della previsione di cui all'art. 5 bis, lett. h-bis del d.l. 6 giugno 2012 n. 74, convertito dalla legge n.122/2012) ha ampliato le attività ed i settori da considerare a maggior rischio di infiltrazione criminale considerando a tal fine, fra l'altro, anche le imprese impegnate nell'installazione di impianti fotovoltaici o nella fornitura di impianti tecnologici per le imprese del settore alimentare e farmaceutico. Da questo punto di vista, l'esperienza della Regione Emilia Romagna appare di certo più avanzata rispetto alla comparabile situazione del terremoto de l'Aquila, per la quale il dpcm del 4 febbraio 2013 ha riproposto, all'art. 10, il tradizionale sistema del Durc, del badge e dell'obbligo di assicurare un alloggio idoneo ai lavoratori non residenti. Ancor di più, essa dimostra che il rischio di illegalità non può valutarsi che nell'ambito di una considerazione di contesto, che quindi sembra invocare una maggiore autonomia delle autorità decentrate nella individuazione dei medesimi settori a rischio.

## 3. Gli impegni per la legalità.

Un secondo modello di intervento - finalizzato non già all'attribuzione di una certificazione preventiva di legalità, ma orientato alla definizione *di strumenti impegnativi idonei ad assicurare una più intensa trasparenza ed un più attento monitoraggio* dell'attività di impresa, anche per quanto riguarda la forza lavoro - è disciplinato dalla legislazione sugli *appalti* in generale e su quella relativa alle c.d. *grandi opere*, ed in particolare da quella relativa all'EXPO 2015.

### 3.1. I protocolli di legalità e di integrità negli appalti pubblici.

Per quanto riguarda la legislazione sugli appalti, l'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 ha legittimato la prassi dei *protocolli di legalità e dei patti di integrità*, la cui base legislativa di carattere

<sup>1365</sup> Per una prima ricognizione cfr. Puzzo, *L'informazione prefettizia nei contratti d'appalto*, Maggioli, 2014.

<sup>1366</sup> Cfr. in generale Gambacurta, *La prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici e nelle attività economiche*, in Ramacci-Spangher, *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, 2010.

generale è da rinvenire nell'art. 15 della l. 241/1990, prevedendosi ora esplicitamente che «il mancato rispetto delle clausole [in essi] contenute [...] costituisce causa di esclusione dalla gara». A tacere delle perplessità tecniche derivanti dalla formulazione della norma, che trascura di considerare gli effetti della violazione sulla gara già aggiudicata, qui merita di essere evidenziato che, secondo la formulazione data dall'Autorità di vigilanza (nella determinazione 10 ottobre 2012 n. 4 recante "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici"), i cd. protocolli di legalità e/o patti di integrità sanciscono un «comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un dato contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro».

Per quanto riguarda i rapporti di lavoro, il contenuto dei protocolli rinvia spesso a generiche dichiarazioni di principio sul rispetto delle norme in materia lavoristica. Ma ciò che rileva non è tanto il carattere stringato dell'elencazione o la formulazione generica dell'impegno assunto, bensì la conseguenza sanzionatoria prevista in capo all'impresa aggiudicataria per la relativa violazione, disponendosi in tal caso la risoluzione del contratto stipulato.

Tanto per fare un esempio fra tanti, può segnalarsi il recente "Protocollo di legalità in materia di appalti pubblici" sottoscritto il 22 aprile 2014 dalla Prefettura e dal Comune di Pavia che impegna quest'ultimo, come stazione appaltante, a inserire nei bandi di gara, per un verso, l'impegno delle «*imprese esecutrici a vario titolo di lavori, servizi e forniture, della osservanza rigorosa delle norme*» lavoristiche e a prevedere, per altro verso, la clausola di risoluzione immediata ed automatica «*in caso di grave e reiterato inadempimento delle disposizioni in materia di collocamento, igiene o sicurezza sul lavoro anche con riguardo alla nomina del responsabile della sicurezza e di tutela dei lavoratori in materia contrattuale e sindacale*».

La questione dei patti di legalità è stata recentemente rimessa dal CGA siciliano all'esame della CGUE con ordinanza 12 settembre 2014, al fine di verificarne la compatibilità comunitaria, pur nella esplicita consapevolezza del Consiglio che «l'art. 1, comma 17, della l. 190/2012 non confligga con l'art. 45, paragrafo 1, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, atteso che l'art. 1 sunnominato, sebbene comportante un adempimento a carico delle imprese che partecipino a una procedura di affidamento di contratti pubblici, risponde tuttavia a una dichiarata logica di contrasto in via anticipata del fenomeno della criminalità organizzata, la cui alta diffusività costituisce un serio pericolo per la genuinità e l'effettiva concorrenzialità delle gare». Al riguardo però, e almeno per quanto riguarda le relazioni di lavoro, mi limito ad evidenziare la tendenziale conformità del sistema dei protocolli di legalità all'art. 18, comma 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 2004/18/CE) in base al quale: «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X».

### 3.2. Gli obblighi di trasparenza negli appalti per grandi opere.

Anche nel caso delle c.d. grandi opere l'adozione di strategie di monitoraggio continuo e penetrante è orientata a fini di contrasto alla criminalità mafiosa per via del possibile inserimento

nell'attività appaltata di imprese o di soggetti aventi un profilo criminale. Infatti, l'art. 3-quinquies del d.l. 135/2009 (conv. in l. 166/2009) prevede che i controlli antimafia sui contratti pubblici e sui successivi subappalti e subcontratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture siano «effettuati con l'osservanza delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere».

In particolare, nell'ambito delle dette Linee guida per l'Expo 2015 (giunte ormai alla terza edizione), elaborate dal già citato *Comitato di coordinamento*, si è stabilito di inserire negli strumenti contrattuali alcuni obblighi concernenti la *comunicazione dei dati relativi alla forza lavoro* presente nell'attività di cantiere. In particolare, si è ritenuto necessario sollecitare l'introduzione, «per contrastare possibili forme di abuso», di una adeguata strumentazione per l'«oggettiva rilevazione del tempo lavorato», al fine di mettere a disposizione del gruppo interforze, nell'ambito dell'attività di monitoraggio dei flussi di manodopera locale, i dati relativi «anche al periodo complessivo di occupazione», richiedendosi la specificazione, «in caso di nuove assunzioni», delle modalità di reclutamento e delle «tipologie professionali necessarie ad integrare il quadro esigenziale» nonché, addirittura, il percorso formativo seguito dal lavoratore.

Le ragioni di tale assetto disciplinare ben si comprendono ove si ponga mente al fatto che pratiche estorsive e/o di infiltrazione criminale possono essere camuffate anche mediante l'assunzione di soggetti mai effettivamente impegnati nell'esecuzione della prestazione, sì che la retribuzione formalmente erogata equivale ad una reale pretesa estorsiva. Tuttavia, ammesso ciò, va da sé che l'interesse prioritario al contrasto criminale produce un effetto indiretto di incentivazione della regolarità nella gestione dei rapporti di lavoro.

Peraltro, si tratta di un obbligo di informazione rafforzato dalla previsione che vuole la «*contestata inosservanza di tali oneri informativi*» quale «circostanza che può dar luogo all'applicazione della clausola risolutiva espressa, di cui dovrà essere munito ogni strumento contrattuale della filiera».

Anche in tal caso, si assiste, per un verso, all'ampliamento del campo di osservazione e monitoraggio in guisa tale da affiancare una più attenta considerazione del fattore lavoro ai profili di più tradizionale vulnerabilità criminale, quale gli assetti proprietari e societari (rispetto ai quali l'art. 35 del d.l. 90 prevede ora il «divieto di transazioni della pubblica amministrazione con società o enti esteri aventi sede in Stati che non permettono l'identificazione dei soggetti che ne detengono la proprietà o il controllo»), e si assiste, per altro verso, alla valorizzazione del controllo preventivo rispetto a quello successivo già pure assicurato dalle Linee guida del 2005 per via della previsione di «procedure di accesso ai cantieri volte ad acquisire dati e informazioni sulle imprese, sulle maestranze e sui mezzi impiegati, secondo le metodologie ispettive e di controllo oggetto delle disposizioni emanate dalla Direzione Investigativa Antimafia con circolare del 18 novembre 2003» (il che però conferma, a ben vedere, l'importanza di un affiancamento non alternativo tra le verifiche preventive e i controlli successivi).

### 3.3. Gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese per violazione degli standard di legalità e correttezza.

Sempre delineata in funzione del contrasto criminale, ma con indiretti effetti anche sui rapporti di lavoro, è la disciplina dettata dall'art. 32 del d.l. 90, relativa alle *misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione* che possono essere assunte dall'Anac e/o dal Prefetto «in presenza di fatti gravi o di gravi elementi sintomatici

che hanno, rispettivamente, o già determinato ricadute penali o sono comunque suscettibili di palesare significativi e gravi discostamenti rispetto agli standard di legalità e correttezza» in capo alle imprese aggiudicatarie di appalto pubblico. Vale la pena precisare che le circostanze suscettibili di dar luogo ai provvedimenti amministrativi previsti sono non solo reati contro la pubblica amministrazione o di criminalità organizzata ma anche vicende e situazioni propedeutici alle commissioni di questi ultimi o ad esse contigue, non meglio specificate ma ritenute tali da sollecitare una specifica attenzione dell'Autorità. In verità, l'art. 32 parla più generalmente di «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico».

In proposito, mi limito a segnalare il tentativo del legislatore di evitare che l'azione di repressione (connessa eventualmente ad una informazione antimafia interdittiva) possa determinare il blocco o un notevole ritardo dell'opera pubblica, con pregiudizio per i livelli occupazionali o per l'integrità dei bilanci pubblici (spesso lesi dalle poste risarcitorie per annullamento in sede giurisdizionale dei provvedimenti interdittivi), mediante la previsione di forme di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto, potendosi addirittura disporre l'adozione di misure di sostegno o monitoraggio dell'impresa per via della nomina di esperti che «forniscono all'impresa prescrizione operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo».

#### 4. Tra prevenzione e repressione: le incertezze e le ambiguità della recente legislazione.

Da quanto sin qui detto è forse possibile trarre una prima e provvisoria conclusione. L'azione di contrasto all'illegalità nel mondo del lavoro tende a conformarsi su di un *modello binario*, cioè a coniugare il tradizionale intervento ispettivo, del quale si preannunciano innovazioni organizzative più che ordinamentali a fini di ridurre l'invasività, con l'adozione sperimentale di modelli giuridico-istituzionali mutuati dall'esperienza di contrasto al fenomeno mafioso, essi stessi, però, diversificati sia sul piano strutturale che funzionale.

Al riguardo pare ragionevole ipotizzare l'embrionale strutturazione di un sistema, certo ancora frammentato, parziale e debole, di *certificazione della legalità* a beneficio delle imprese, tendenzialmente, ma non necessariamente, impegnate in appalti pubblici o comunque in relazione economiche con pubbliche amministrazioni, operanti in settori specifici, ritenuti più a rischio o per tradizionale presenza criminale (quale l'edilizia) o per specifiche caratteristiche di sistema (quale l'agricoltura), che rendono del tutto aleatoria la possibilità stessa di un controllo ispettivo puntuale e ricorrente su tutta la platea delle imprese a motivo della dimensione e della dispersione territoriale delle medesime.

Gli effetti della partecipazione volontaria al sistema di certificazione non sono omogenei. Nel caso delle attività ricomprese nella *white-list* prefettizia, si configura come *condizione non necessaria* per l'affidamento di attività connesse ad appalti pubblici (l'inserimento nell'elenco è infatti pur sempre volontario e al mancato inserimento consegue l'applicazione delle normali verifiche antimafia, sì che l'interesse dell'impresa può ragionevolmente individuarsi nella semplificazione procedurale in sede di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica). Nella Rete agricola è *presupposto* per l'esonero dall'ordinaria attività ispettiva, salvo eventuale specifica denuncia dei soggetti interessati (privati o pubblici, individuali o collettivi), idonea, di per sé, a riattivare il normale circuito ispettivo. Nel Rating di legalità è *condizione necessaria* per beneficiare di una priorità

reale nell'accesso ai finanziamenti pubblici e nell'accesso al credito bancario (effetto, questo, che dovrebbe semmai suggerire di estendere la platea delle imprese interessate fino a farvi ricomprendere le piccole e piccolissime, per le quali sono ben note le conseguenze dannose connesse alla contrazione del credito bancario).

Un modello diverso di intervento ha a che fare con una *maggiore trasparenza del mercato del lavoro* interno. In casi di tal genere, connessi alla gestione degli appalti pubblici, in particolare di quelli relativi alle grandi opere, l'azione di contrasto ai fenomeni di illegalità lavorativa opera con modalità differenti, in quanto correlata alle specifiche problematiche rilevate dalle autorità di polizia nella situazione concreta. L'inserimento nel protocollo di legalità di clausole relative al rispetto degli obblighi di lavoro ovvero la riconduzione nell'alveo degli oneri di informazione anche delle notizie relative alla gestione dei rapporti di lavoro (dell'impresa che si è aggiudicata l'appalto ma anche delle imprese in subappalto) manifesta intera la sua importanza ove si consideri che l'accertata violazione di quegli obblighi opera come condizione per l'attivazione della clausola risolutiva espressa. È del tutto evidente che, in un rapporto costo/benefici, il pericolo di perdere l'affare dovrebbe costituire un utile deterrente a comportamenti illegali nella gestione dei rapporti di lavoro, soprattutto ove si ricordi che le Linee guida del 2005 disciplinano specificamente la possibilità di accessi ispettivi in corso d'opera (così confermando l'importanza delle ispezioni, non a caso ribadita tanto dalla Risoluzione del Parlamento europeo quanto dalla proposta *framework* dell'Oil).

Si tratta dunque di modelli di intervento non omogenei, ancora non consolidati, che risentono fortemente della correlazione genetica e funzionale con la prevenzione criminale. Si tratta, soprattutto per le certificazioni di legalità, di strumenti a carattere tendenzialmente volontario e perciò stesso deboli, almeno nella misura in cui l'impresa che vi aderisca non goda di un beneficio competitivo adeguato. Essi però confermano l'*insufficienza* delle tradizionali strumentazioni di tipo ispettivo e l'*importanza* di una condivisa consapevolezza che l'illegalità nella gestione dei rapporti di lavoro è questione di interesse generale e che la strategia di contrasto deve essere configurata per via di una adeguata integrazione delle specificità settoriali (si pensi all'edilizia o all'agricoltura o anche, tanto per fare un esempio, alla grande distribuzione commerciale) e delle peculiarità correlate al sistema degli appalti e all'utilizzazione di risorse pubbliche. Il che rende ragione dell'opzione iniziale a favore dell'abbandono del concetto di *settori a rischio* (dal momento che non c'è settore che possa ritenersi immune dal rischio dell'illegalità lavorativa) e dell'assunzione di un approccio basato sul *rischio di settore*, come risultante dalla valutazione congiunta del settore merceologico, delle modalità di utilizzazione delle risorse pubbliche, del contesto territoriale di riferimento.

Ma proprio per questo motivo risultano ancora più evidenti due specifici limiti del nuovo corso ordinamentale.

Per un verso, la mancanza di considerazione per i contesti territoriali e per il ruolo delle parti sociali, che trova forse fondamento nella mutazione di modelli repressivi di carattere penale ma che poco si giustifica nella prospettiva del contrasto all'illegalità lavorativa. Si è soliti dire che la competizione non passa più tra imprese ma tra territori, tant'è che sono ben note le più recenti sperimentazioni di accordi locali per il rilancio della produzione e della produttività. Se ciò è vero, se cioè occorre ragionare nella prospettiva di sistemi imprenditoriali locali, allora è del tutto evidente che l'illegalità è sintomo di sistemi locali poco maturi e scarsamente organizzati. Per questo, l'illegalità nel lavoro è questione sociale e non soltanto amministrativa, fiscale e contrattuale.

Per altro verso, è da evidenziare la ancora non chiara correlazione tra i modelli preventivi di certificazione della legalità e il ruolo dei servizi ispettivi, tra il controllo a monte e la verifica a valle. A ben vedere, la questione trova origine nella diversa funzione che l'inserimento in un elenco certificato assolve nell'ambito dei controlli antimafia, da un lato, e dei controlli sul lavoro, dall'altro. Nel primo caso, la cristallizzazione documentale è rilevante in quanto riferita agli assetti proprietari e tende ad impedire che imprese controllate da gruppi criminali possano inserirsi nella filiera dei lavori pubblici. Nel secondo caso, la certificazione preventiva non risolve il problema dell'agire dinamico dell'impresa. Non a caso, i protocolli di legalità di ultima generazione e le linee guida sull'Expo 2015 privilegiano strumenti di monitoraggio *in itinere*, anche intensi se si considera l'onere di indicare addirittura il percorso professionale degli assunti. In questa prospettiva, la certificazione è certo uno strumento utile, e probabilmente da rendere vincolante se si vuole adottare una efficace strategia contro l'aggressione criminale; da calibrare invece in modo più ponderato se e quando connesso al sistema delle ispezioni sul lavoro.

Ciò considerando, è dunque ragionevole ritenere che l'azione di contrasto all'illegalità nel lavoro possa risultare maggiormente efficace se l'analisi dei fattori di rischio sia condotta in sede locale, con una significativa e attenta partecipazione delle parti sociali in sinergia con le autorità pubbliche, e soprattutto se essa risulti innervata nella comune consapevolezza sul fatto che la sfida competitiva nel mercato globale non si vince riducendo i costi del lavoro, ma migliorando la qualità del processo e del prodotto.

## Il contratto aziendale in deroga\*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'evoluzione della contrattazione collettiva: dalla contrattazione articolata alla contrattazione non vincolata. 508
2. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nella dottrina e nella giurisprudenza. 510
3. L'accordo interconfederale del 1993 e la nuova regolazione dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'accordo interconfederale del 2011 e nel Testo Unico del 2014. 511
4. Legge e contratto collettivo aziendale in deroga nell'art. 8 e diverso spirito della disciplina legale rispetto a quella confederale. 514
5. Osservazioni sul superamento e sull'abrogazione formale dell'art. 8 da parte del Jobs Act. 517

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 254/2015

Nell'attuale periodo di crisi economica e di globalizzazione dei mercati, la concorrenza crescente ha imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e tra questi, in particolare, i costi del lavoro. In questo contesto, da un lato le parti sociali hanno rivisto responsabilmente i rapporti tra livelli contrattuali, tradizionalmente contrassegnati dalla funzione migliorativa del contratto di livello inferiore rispetto a quello di livello superiore e dall'altro lato il legislatore ha rivisto il rapporto tra legge e contratto collettivo perché ha affidato al contratto collettivo una serie di funzioni diverse e ulteriori rispetto a quella migliorativa, funzioni che determinano un'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo e non di tipo gerarchico.

In questi casi il rapporto tra legge e contratto collettivo segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

Pertanto, il tema del contratto aziendale in deroga deve essere inquadrato ed esaminato nell'ambito:

- 1) dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello e
- 2) e nel rapporto tra legge e contratto collettivo.

### **1. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'evoluzione della contrattazione collettiva: dalla contrattazione articolata alla contrattazione non vincolata.**

In relazione al rapporto tra contratti collettivi di diverso livello è opportuno subito ricordare che l'ordinamento sindacale italiano è stato contrassegnato sin dagli anni '60 da un doppio livello di contrattazione che ha subito alterne vicende perché, diversamente dai sistemi di altri Paesi, in quello italiano non esiste una norma di legge che sancisce la sovraordinazione del contratto nazionale a quello aziendale.

È stata infatti la contrattazione collettiva, a partire dagli anni '60, a prevedere un coordinamento tra livelli contrattuali, ma questo coordinamento è stato regolato da una fonte negoziale e non normativa e ha subito alterne vicende dovute ovviamente alle diverse fasi della contrattazione collettiva, fasi che registrano i diversi rapporti di forza tra sindacati e imprenditori.

È appena il caso di ricordare l'esperienza della contrattazione articolata dovuta prevalentemente alla Cisl, finalizzata ad affiancare alla contrattazione nazionale la contrattazione decentrata al livello aziendale<sup>1367</sup>.

---

<sup>1367</sup> Nel luglio del 1962 le federazioni di categoria dei sindacati metalmeccanici firmarono con l'Intersind e l'Asap, le associazioni delle imprese a partecipazione statale, un accordo che stabiliva i principi del nuovo sistema contrattuale articolato su due livelli denominato di "contrattazione articolata", poi recepito dai diversi contratti nazionali di categoria.

La contrattazione aziendale, in quel periodo di *boom* economico, fu essenzialmente acquisitiva, volta cioè ad introdurre trattamenti ulteriori o migliorativi rispetto a quelli già previsti dal contratto nazionale.

Essa assolse un'importante funzione di volano per l'evoluzione della stessa contrattazione nazionale successiva.

I miglioramenti introdotti dalla contrattazione aziendale, infatti, venivano poi generalmente riproposti nei successivi rinnovi dei contratti nazionali e finivano, quindi, per essere estesi ad una più ampia cerchia di lavoratori.

Il contratto nazionale determinava, attraverso clausole di rinvio, le materie e gli istituti regolati dagli altri livelli contrattuali. Gli agenti contrattuali del livello territoriale erano di regola i sindacati provinciali, ossia sindacati esterni all'azienda, per l'inesistenza all'epoca di strutture sindacali interne e perché la commissione interna non aveva competenza contrattuale.

La contrattazione articolata fu più importante dal punto di vista del principio del decentramento, introdotto nel nostro sistema di relazioni sindacali, che non dal punto di vista operativo.

Infatti il contratto nazionale continuava ad essere il perno del sistema contrattuale e ad esso spettava determinare le competenze ed i soggetti della contrattazione aziendale, competenze per altro ancora poco rilevanti, come per esempio la disciplina della distribuzione dell'orario di lavoro, dei ritmi di lavoro, del cottimo, dei sistemi di valutazione delle mansioni, ecc.

Bisogna anche aggiungere che gli imprenditori non accettarono passivamente la contrattazione articolata, ma ottennero quale "contropartita" la sottoscrizione da parte dei sindacati delle clausole di pace sindacale, finalizzate a non promuovere azioni o rivendicazioni intese a modificare, integrare, innovare quanto già concordato ai vari livelli di contrattazione nel periodo che intercorreva tra un rinnovo e l'altro.

La funzione delle clausole di pace sindacale era, principalmente, quella di consentire agli imprenditori, al riparo da ulteriori rivendicazioni, di quantificare preventivamente il costo del lavoro per l'intero periodo di vigenza del contratto.

Già sul finire degli anni '60 proliferarono iniziative spontanee di lotta sindacale dei lavoratori attraverso la costituzione dei Cub, comitati unitari di base, ossia di organizzazioni di lavoratori che, senza la mediazione delle strutture sindacali tradizionali, avanzavano nuove rivendicazioni (ad esempio aumenti uguali per tutti, riduzione dell'orario di lavoro e dello straordinario, parificazione normativa tra impiegati e operai), espressione di un egualitarismo in contrasto con i vincoli e la riserva di materie della contrattazione articolata.

La protesta dei lavoratori era diretta non solo contro la controparte imprenditoriale, ma anche contro il burocratismo e il verticismo delle organizzazioni sindacali.

La forte conflittualità dell'autunno caldo sindacale degli anni '68-'69 e il conseguente rifiuto di sottoscrivere le clausole di pace sindacale travolsero inevitabilmente la contrattazione articolata.

Il contratto dei metalmeccanici del dicembre 1969, che concluse l'autunno caldo sindacale, decretò anche la fine della contrattazione articolata, non conservando le competenze della contrattazione aziendale e delineando un sistema nuovamente centralizzato.

Il venire meno di un formale riparto di competenze tra contratto nazionale e contratto aziendale non significò, tuttavia, l'eliminazione del secondo livello di contrattazione.

Al contrario, alla contrattazione articolata, che presupponeva il coordinamento tra i due livelli di contrattazione, si sostituì la contrattazione non vincolata: un sistema di relazioni sindacali articolato ancora su due livelli, nazionale e decentrato, ma non più coordinati tra loro.

Conseguentemente, il contratto aziendale finì per riregolare tutte le materie già disciplinate dal contratto nazionale.

Questa identica competenza dei due contratti collettivi di diverso livello continuò inizialmente a risolversi, in un periodo di espansione economica, in un incremento e miglioramento costante del contratto di secondo livello.

Successivamente, però, il contratto aziendale, a causa del periodo di recessione economica determinato anche dalla prima crisi petrolifera, fino ad allora sempre acquisitivo, cominciò anche ad introdurre clausole peggiorative rispetto a quelle del contratto nazionale.

## 2. I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nella dottrina e nella giurisprudenza.

Come si è già rilevato, tra contratto nazionale e contratto aziendale non esiste un rapporto gerarchico, come tra contratto collettivo e contratto individuale, ma un rapporto di pari-ordinazione perché non esiste una norma di legge che regola i rapporti tra i due livelli contrattuali.

Per questa ragione la dottrina<sup>1368</sup> si pose il problema del concorso-conflitto tra fonti di diverso livello nella regolamentazione di un medesimo istituto, accogliendo nel tempo una serie di criteri per dirimere tale conflitto.

Così la giurisprudenza di gran lunga prevalente stabilì che, in caso di conflitto tra contratti di diverso livello, non fosse applicabile l'art. 2077 c.c.<sup>1369</sup> e neppure il criterio della gerarchia tra contratti collettivi<sup>1370</sup>, ossia la prevalenza del contratto collettivo ad ambito più esteso.

Solo per un certo periodo di tempo la giurisprudenza accolse il criterio cronologico<sup>1371</sup>, cioè la prevalenza dell'ultimo contratto, sia esso nazionale o aziendale, in base al rilievo che l'ultimo contratto è l'ultima e, conseguentemente, la più attendibile manifestazione di volontà delle parti interessate.

Successivamente la giurisprudenza ha accolto il criterio della specialità, ossia la prevalenza del contratto aziendale, anche se peggiorativo, perché più vicino agli interessi da regolare<sup>1372</sup>, criterio

<sup>1368</sup> V. in particolare tra i primi G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1980, pag. 617 e, successivamente, M. GRANDI, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello* in *Atti del Convegno Aidlass Arezzo*, 1981. Per un efficace riepilogo dei vari orientamenti si veda, da ultimo, F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto sindacale*, Torino, 2013, pag. 242 e ss.

<sup>1369</sup> Cass. 26 giugno 2004, n. 11939, in *Not. giur. lav.*, 2004, pag. 715.

<sup>1370</sup> Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1614, in *Giust. civ.*, 1989, I, pag. 1560. Si veda, però, più recentemente, in senso contrario, Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, che tenta di ricostruire un principio di gerarchia tra contratto nazionale e contratto decentrato.

<sup>1371</sup> Cass. 2 Aprile 2001, n. 4839.

<sup>1372</sup> Cass. 19 aprile 2006, n. 9052, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (contratto)*, n. 3.

temperato da quello della competenza e dell'autonomia, nel senso che l'accordo aziendale *in peius* è legittimo se la clausola interviene su materie sulle quali il contratto è competente a disporre interpretando la volontà delle parti<sup>1373</sup>, senza perdere di vista l'intero sistema contrattuale in cui inserire il patto derogatorio<sup>1374</sup>.

Da quest'ultima precisazione si desume che il criterio dell'autonomia e della competenza, e quindi della prevalenza del contratto ad ambito più ristretto, trova applicazione soltanto nelle ipotesi in cui tale contratto sia stato siglato dalle articolazioni locali delle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo di ambito più esteso.

In altri termini, i criteri di specialità e di competenza presuppongono l'unità e la razionalità del sistema contrattuale complessivo.

Il problema continuava a porsi, però, quando il contratto aziendale peggiorativo fosse sottoscritto da soggetti sindacali appartenenti a sigle diverse da quelle che hanno sottoscritto il contratto nazionale.

E sotto questo aspetto non si rivelano utili neppure le previsioni degli accordi interconfederali che dettano una ripartizione di competenze tra contratto nazionale e contratto decentrato (in questi termini già l'accordo interconfederale del 1993 e oggi quello del 28 giugno 2011, nonché il Testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014).

### **3. L'accordo interconfederale del 1993 e la nuova regolazione dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello nell'accordo interconfederale del 2011 e nel Testo Unico del 2014.**

L'Accordo interconfederale del 1993, dopo un periodo di ricentralizzazione contrattuale, delinea nuovamente un sistema di contrattazione collettiva articolato in due livelli, quello nazionale (centrale) e quello territoriale<sup>1375</sup> e/o aziendale (decentrato).

Il contratto collettivo aveva durata quadriennale per la parte economica e biennale per quella retributiva.

Il contratto decentrato doveva intervenire su materie ed istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli regolati dal contratto di primo livello, secondo le modalità e negli ambiti di applicazione definiti dallo stesso contratto nazionale. Come, pure, sempre il contratto nazionale stabiliva la tempistica e le materie della contrattazione decentrata.

Questo accordo ha retto per parecchi anni e anche l'impatto del referendum del 1995.

Dopo la parentesi costituita dall'Accordo interconfederale del 2009, non sottoscritto dalla Cgil e pertanto immediatamente rivelatosi altamente ineffettivo, a causa della crisi economica iniziata nel 2008 che incide fortemente sui costi delle imprese, intervengono tre accordi interconfederali sottoscritti unitariamente da CGIL, CISL e UIL: l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, con

---

<sup>1373</sup> Cass. 19 maggio 2003, n. 7847, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (contratto)*, n. 39.

<sup>1374</sup> Cfr., tra le sentenze più recenti, Cass. 18 maggio 2010, n. 12098.

<sup>1375</sup> La contrattazione territoriale, tuttavia, non è mai stata molto diffusa ed è tutt'ora presente solo in alcuni settori. Può essere provinciale (ad es. nei settori dell'edilizia e del commercio) o regionale (artigianato).

la postilla del 21 settembre dello stesso anno<sup>1376</sup>, il Protocollo di intesa del 31 maggio 2013 e infine il Testo Unico del 10 gennaio 2014, che riassume i due precedenti accordi.

Si tratta di accordi molto importanti perché, almeno a livello interconfederale, segnano la riaffermazione del principio di unità di azione sindacale<sup>1377</sup>, messo in crisi a partire dal 2009 anche su alcuni versanti nazionali ed aziendali. Non si possono non ricordare la stipula di due contratti collettivi nazionali nell'ambito della categoria dei metalmeccanici tra la CGIL da un lato e la CISL e la UIL dall'altro, e il recesso della Fiat dalla Federmeccanica e, quindi, dalla Confindustria.

Gli accordi sono stati stipulati per dettare regole certe e condivise finalizzate alla gestione del dissenso sindacale, rispettivamente in ambito aziendale e a livello nazionale<sup>1378</sup>.

L'obiettivo è garantire una maggiore stabilità della disciplina contenuta nei contratti collettivi, senza che l'eventuale dissenso si traduca in una paralisi della contrattazione o nella stipulazione di accordi non unitari destinati a non "tenere" sul piano dell'effettività.

Punto centrale della nuova disciplina è che il contratto stipulato nel rispetto delle regole e delle procedure concordate unitariamente a livello interconfederale, vincoli poi tutti i soggetti che hanno accettato quelle regole, anche se dissenzienti rispetto ai contenuti del contratto<sup>1379</sup>.

L'accordo del 2011 detta inoltre condizioni e procedure nel rispetto delle quali il contratto aziendale, anche se peggiorativo dei trattamenti stabiliti da quello nazionale<sup>1380</sup>, è efficace nei confronti di tutte le associazioni sindacali espressione delle confederazioni firmatarie e di "tutto il personale in forza"<sup>1381</sup>.

Proprio sotto questo aspetto emerge una importante differenza rispetto all'accordo del 1993. Quest'ultimo guarda al secondo livello di contrattazione ancora in funzione tendenzialmente acquisitiva; l'accordo del 2011, invece, pone drasticamente il problema delle deroghe peggiorative al contratto nazionale da parte del contratto aziendale (clausola 7).

---

<sup>1376</sup> Il 21 settembre del 2011 il testo del 28 giugno è stato integrato con una nota volta ad esprimere l'intenzione delle parti di attuare compiutamente l'accordo interconfederale. Tale precisazione, in apparenza pleonastica, è stata ritenuta necessaria dopo l'approvazione dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011. Poiché essa sembra evidenziare la volontà delle parti di non applicare quanto previsto da quella norma di legge, la sua sottoscrizione ha causato il recesso di FIAT da Federmeccanica.

<sup>1377</sup> L'accordo del 2011 ha raggiunto un punto di equilibrio importantissimo ed è stato sottoscritto unitariamente perché è riuscito a contemperare le diverse istanze di CISL e CGIL. Esso prevede, infatti, meccanismi di verifica della rappresentatività sindacale che tengono conto dei consensi elettorali e strumenti di democrazia diretta, quali il referendum, apprezzati dalla CGIL. Allo stesso tempo, però, assegna anche rilevanza ai dati riferiti alle deleghe rilasciate dai lavoratori per la riscossione dei contributi sindacali, secondo una concezione volta a valorizzare il momento associativo, cara alla CISL. Anche il Protocollo 31 maggio 2013 segna un momento di ricomposizione dell'unità sindacale, dopo che la CGIL non aveva firmato l'Accordo quadro sulla produttività del 21 novembre 2012, che, pur stipulato da quasi tutte le associazioni imprenditoriali, vede la sua effettività compromessa dal dissenso del più importante sindacato italiano. Cfr. sul punto G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014 pag.186

<sup>1378</sup> Cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2014, pag. 182.

<sup>1379</sup> Si realizza, pertanto, una dissociazione tra parte "firmataria" e soggetti vincolati al rispetto del contratto, che possono essere anche associazioni non firmatarie.

<sup>1380</sup> L'accordo del 2011, inoltre, nell'ambito del secondo livello, contempla il solo contratto aziendale. Viene meno, dunque, il riferimento al contratto territoriale contenuto nell'accordo del 1993.

<sup>1381</sup> Analoghe condizioni e procedure sono stabilite dal Protocollo del 2013 per il contratto nazionale.

Il Testo unico conferma il riparto di competenze già delineato dall'Accordo 2011<sup>1382</sup>.

Il contratto nazionale deve garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati sul territorio nazionale.

La contrattazione aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto nazionale e dalla legge.

Si deve ritenere, pertanto, che la contrattazione aziendale non possa riproporre questioni che siano già state negoziate in altri livelli di contrattazione (c.d. *ne bis in idem*).

Ovviamente la delega può essere più o meno dettagliata, fermo restando che essa dovrà avere comunque quel minimo di specificità che consenta di determinarne l'oggetto.

In ogni modo, in assenza di una delega espressa a disciplinare una determinata materia o "porzione di materia", il contratto aziendale non potrà dettare alcuna regolamentazione<sup>1383</sup>.

La disciplina interconfederale, sotto questo punto di vista, sembra allora evidenziare una sorta di gerarchia tra i due livelli di contrattazione.

Senonché, come si è già avuto modo di affermare con riferimento ai rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, tale gerarchia non si traduce nella nullità dell'eventuale clausola del contratto aziendale che violi quanto stabilito dal Testo Unico o dai contratti nazionali, perché le clausole contrattuali dell'uno e degli altri non hanno efficacia reale.

Analogamente a quanto già previsto dalla clausola 7 dell'Accordo interconfederale 2011, il Testo Unico distingue la disciplina "a regime" da quella "transitoria".

A regime, i contratti aziendali possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali, nei limiti e secondo le procedure previste dagli stessi contratti nazionali, se approvati dalla maggioranza dei componenti delle r.s.u. o dalle r.s.a. che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe.

Questa formula abilita il contratto aziendale a prevedere deroghe peggiorative alle regolamentazioni contenute nei contratti nazionali.

In caso di deroga, pertanto, il contratto aziendale interviene a regolare una materia stabilendo condizioni peggiorative rispetto a quella già previste dal contratto nazionale. Si verifica un concorso/conflitto tra discipline pattizie i cui criteri di risoluzione sono però già predeterminati dal contratto nazionale nel senso della prevalenza della disciplina derogatoria ritualmente dettata dal contratto aziendale.

In linea generale, i contratti nazionali non hanno specificato le materie oggetto di deroga. Alcuni contratti collettivi (metalmecchanici, chimici), pur ammettendo la possibilità di deroga in sede aziendale in casi particolari, hanno preferito individuare le materie non derogabili (minimi tabellari, diritti individuali irrinunciabili) e prevedere il coinvolgimento dei sindacati territoriali nella

---

<sup>1382</sup> Cfr. le clausole 2 e 3 dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

<sup>1383</sup> Per una diversa ricostruzione, che ritiene molto più estesa la possibilità di intervento della contrattazione aziendale, cfr. M. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, pag. 451.

stipulazione delle intese modificative.

La disciplina transitoria si applica, invece, nelle ipotesi in cui le intese modificative a livello aziendale non siano state previste ed in attesa dei rinnovi dei contratti nazionali.

In questi casi, venendo meno il filtro del contratto nazionale, le deroghe peggiorative sono ammesse solo con riferimento agli istituti del contratto nazionale che disciplinano determinate materie, seppure molto ampie (prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro) ai soli fini di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi.

Il venir meno del filtro del contratto nazionale spiega perché i contratti aziendali che introducono deroghe peggiorative debbano essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda (e cioè r.s.u. o r.s.a.) d'intesa con le relative<sup>1384</sup> associazioni territoriali delle confederazioni sindacali firmatarie dell'Accordo interconfederale.

Questa disciplina consente la stipulazione di contratti in deroga anche quando questi, come spesso avviene, non siano sottoscritti unitariamente dalle r.s.a. presenti in azienda.

È sufficiente, infatti, l'intesa con le associazioni di cui sono espressione le r.s.a. firmatarie. Occorre, in altri termini, l'intesa con l'associazione territoriale della r.s.a. dissidente<sup>1385</sup>.

#### **4. Legge e contratto collettivo aziendale in deroga nell'art. 8 e diverso spirito della disciplina legale rispetto a quella confederale.**

Dopo avere esaminato la clausola del Testo Unico che stabilisce i limiti e le procedure entro i quali può avere effetto la deroga peggiorativa introdotta dal contratto aziendale alle clausole del contratto nazionale, è opportuno rivisitare i rapporti tra legge e contratto collettivo per constatare che anche in questo campo la legge ora legittima il contratto collettivo a derogare *in peius* alle norme inderogabili di legge.

Tra legge e contratto collettivo, in particolare, si instaurano rapporti di:

- a) gerarchia, fondati sull'inderogabilità della norma legale da parte del contratto collettivo;
- b) integrazione funzionale, incentrati sui rinvii operati dalla legge alla disciplina pattizia.

In linea generale, pertanto, il contratto collettivo non può peggiorare i livelli di trattamento e le condizioni stabilite direttamente dal legislatore.

Le clausole che si pongono in contrasto con le norme inderogabili di legge sono nulle, ai sensi dell'art. 1418 c.c.<sup>1386</sup>.

---

<sup>1384</sup> Il termine "relative" non era previsto nella clausola 7 dell'Accordo 2011 ed è stato aggiunto dal Testo Unico.

<sup>1385</sup> Se invece il contratto aziendale è stipulato dalla r.s.u., in considerazione della natura collegiale di tale organo, l'intesa dovrebbe riguardare le associazioni che hanno espresso rappresentanti all'interno della r.s.u.. Si potrebbe anche ritenere, tuttavia, analogamente a quanto previsto per le r.s.a., che basti l'intesa con le associazioni nelle cui liste sono stati eletti i componenti della r.s.u. che hanno approvato la stipulazione del contratto aziendale. Quest'ultima ricostruzione, tuttavia, svaluterebbe la natura collegiale della r.s.u.

<sup>1386</sup> Raramente, tuttavia, il giudice dichiara nulle clausole dei contratti collettivi. Quando accade, in ogni caso, la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto collettivo. Per esempio, Cass. 2 luglio 2013, n. 16507 ha dichiarato nulla la clausola di un contratto collettivo che considerava dimissionario il lavoratore non rientrato in servizio senza giustificato motivo al termine del periodo di aspettativa, in quanto stabiliva una causa di risoluzione del rapporto non prevista dalla legge.

È invece normalmente ammessa la deroga *in melius* della disciplina legale da parte del contratto collettivo (principio del *favor*), a meno che la stessa legge non preveda una inderogabilità assoluta.

In conclusione, il rapporto gerarchico tra legge e contratto collettivo è fondato sul principio inderogabilità *in peius* - derogabilità *in melius* della disciplina legale da parte di quella pattizia.

Non a caso, come vedremo, il tema della deroga alle norme di legge da parte del contratto collettivo è stato direttamente affrontato dal legislatore con una norma di carattere generale nel 2011, proprio in considerazione del particolare contesto socio-economico del momento e della necessità di contemperare le esigenze di competitività delle imprese con la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Viceversa, l'integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo segna il passaggio da una tutela legale rigida, inderogabilmente fissata dalla legge e rispetto alla quale il contratto collettivo può operare tutt'al più in senso migliorativo, ad una tutela più flessibile e variegata, suscettibile di essere completata, integrata o addirittura derogata dal contratto collettivo.

In questi casi<sup>1387</sup> bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo, come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o, nei licenziamenti collettivi, a stabilire i criteri di scelta dei lavoratori che possono essere licenziati.

In queste ipotesi la legge affida al contratto collettivo una funzione integratrice della stessa norma.

In altri casi la legge ha affidato al contratto collettivo il potere di ridurre la retribuzione dei dipendenti per evitare i licenziamenti o, ancora, per favorire nuove assunzioni.

Come si può constatare, i contratti di solidarietà interni od esterni non prevedono soltanto una deroga secca meno favorevole del trattamento retributivo ma, se così si può dire, uno scambio tra riduzione della retribuzione e riduzione dei licenziamenti o nuove assunzioni.

Infine, la legge assegna al contratto collettivo il potere di derogare *in peius* a norme di legge inderogabili.

In questo caso, quindi, la legge non attribuisce al contratto collettivo il potere di sostituire le clausole difformi del contratto individuale, ma autorizza il contratto collettivo a derogare, a determinate condizioni, norme di legge imperative che comunque restano in vigore.

A tal proposito vale la pena richiamare l'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che abilita i contratti aziendali o territoriali, sottoscritti da particolari soggetti e a determinate condizioni, a regolare specifiche materie indicate dalla legge con due effetti peculiari:

---

<sup>1387</sup> Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, e le diverse tecniche legislative adottate nel tempo v. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, pag. 439 ss.

a) efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati;

In questo caso si tratta di una vera e propria efficacia generale perché è stabilita da un atto normativo, diversamente da quanto previsto dalle clausole 4 e 5 dell'Accordo interconfederale, che in quanto fonte negoziale ha esso stesso un'efficacia limitata. Il riferimento a «tutto il personale in forza» contenuto nell'accordo interconfederale deve essere inteso a tutto il personale iscritto alle associazioni espressione delle confederazioni firmatarie<sup>1388</sup>.

b) possibilità di derogare non solo ai contratti nazionali ma anche a norme di legge, con i soli limiti del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro<sup>1389</sup>.

È importante sottolineare che la legge lascia alle parti l'iniziativa in ordine all'effettiva stipulazione di questi particolari contratti aziendali.

Ancora, l'art. 8 individua direttamente le materie sulle quali i contratti di prossimità sono abilitati ad intervenire con efficacia generale e/o derogatoria.

Diversamente da quanto previsto dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, quindi, si prescinde da eventuali deleghe da parte dei contratti nazionali, con un'attribuzione di competenza a titolo originario al contratto di prossimità.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è senza dubbio la competenza derogatoria dei contratti ex art. 8, spinta fino alle norme di legge, diversamente dai normali contratti aziendali che, per il Testo Unico del 10 gennaio 2014 possono al massimo derogare le discipline contenute nei contratti nazionali<sup>1390</sup>.

Anche in considerazione della vaghezza dei limiti all'efficacia derogatoria<sup>1391</sup> (la norma fa salvi il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro), suscita perplessità la previsione che affida modifiche così rilevanti alla sede sindacale aziendale, notoriamente più condizionata dalla controparte di quanto sia la sede sindacale nazionale.

---

<sup>1388</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 11.

<sup>1389</sup> Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale cfr. le peculiari ricostruzioni di A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 21-22, secondo cui la possibilità di derogare al Ccnl sarebbe funzionale al solo scopo di impedire che il Ccnl, mediante un rinvio alle norme imperative di legge derogate, possa privare di effetti la deroga alla legge e di R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Atti del Convegno AIDLASS Bologna, 2013*, secondo cui la derogabilità del CCNL, a seguito dell'intervento legislativo, potrebbe essere condizionata in via generale al rispetto dei requisiti di cui all'art. 8.

<sup>1390</sup> Cfr., da ultimo, F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *WP ADAPT*, 2014, pag. 164. Secondo l'A. l'art. 8 "costituisce la massima apertura alla c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro tramite una contrattazione delegata rinforzata".

<sup>1391</sup> R. PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 62-63; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, 3, pag. 495-8; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDLE.it*, 131/2011, pag. 23.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente, infatti, che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermi restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Senza sottacere le riserve sulla sua costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011<sup>1392</sup>, a quanto pare non ancora rimesso allo scrutinio di costituzionalità, si può osservare, sia pure in prima approssimazione, che questa norma:

- 1) vulnera il principio dell'inderogabilità delle norme di legge da parte del contratto collettivo e
- 2) tende a scardinare il principio della gerarchia tra contratti collettivi di diverso livello, perché attribuisce a titolo originario al contratto aziendale la funzione di derogare la norma di legge senza la mediazione del contratto collettivo nazionale. E, sotto questo profilo,
- 3) favorisce la competizione tra i contratti collettivi nazionale e aziendale con l'obiettivo ultimo del superamento del livello nazionale di contrattazione<sup>1393</sup>.

Lo spirito che anima questa norma è profondamente diverso da quello che ha spinto le parti sociali prevedere un sistema di deroghe peggiorative a livello aziendale lasciando il governo delle relazioni industriali al sindacato nazionale<sup>1394</sup>. E questa diversa impostazione emerge con chiarezza nella postilla del 21 settembre 2011 all'accordo del 28 giugno del 2011<sup>1395</sup>, che invita le parti sociali ad attenersi alle procedure previste dallo stesso accordo interconfederale e, di conseguenza, può considerarsi un invito implicito ai sindacati firmatari degli accordi interconfederali a non seguire la procedura prevista dall'art. 8 d.l. n. 138 del 2011, conv. con mod. in l. n. 148 del 2011.

##### 5. Osservazioni sul superamento e sull'abrogazione formale dell'art. 8 da parte del Jobs Act.

A questo punto diventa inevitabile la domanda, anche alla luce del recentissimo decreto delegato sulle tutele crescenti e della bozza sulle tipologie contrattuali, se il suddetto art. 8 possa considerarsi un episodio normativo isolato o abbia segnato l'inizio di un'inversione di tendenza e cioè che il contratto aziendale sia abilitato a derogare *in peius* norme inderogabili di legge prescindendo dai limiti e dalle procedure previste dal contratto nazionale

<sup>1392</sup> Per tutti vedi F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1137 e ss. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 133/2011, spec. pag. 43 e ss.; M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, 8 settembre 2011, in [www.eguaglianzaeliberta.it](http://www.eguaglianzaeliberta.it); U. CARABELLI, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte*, *Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, pag. 549 e ss.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Intervento*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, pag. 192-197.

<sup>1393</sup> Al riguardo, secondo E. GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP CSDLE.it*, 202/2014, pag. 5 ss. e spec. Pag. 9, l'aspetto più critico, sul piano della legittimità costituzionale dell'art. 8, è proprio l'attribuzione della funzione derogatoria in via esclusiva ai contratti di prossimità, suscettibile di ledere la libertà di organizzazione sindacale.

<sup>1394</sup> *Ex plurimis* v. P. TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1221; F. SCARPELLI, *Intervento*, in *Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, 3, pag. 643.

<sup>1395</sup> Cfr. M. Ricci, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 43 ss., che parla del 21 settembre 2011 come del "giorno dell'orgoglio delle parti sociali".

E una questione ancora diversa è se l'art. 8 possa considerarsi abrogato dalle normative successive come la normativa sul contratto a termine o quella dei decreti delegati emanati sulle tutele crescenti o in via di emanazione sulle tipologie contrattuali che regolano molte materie già regolate dall'art.8

Orbene, alla prima questione si deve rispondere che la normativa successiva non solo ricorre alla stessa tecnica, nel senso che autorizza il contratto aziendale a derogare *in peius* norme di legge bypassando la funzione ordinante del contratto collettivo nazionale, ma interviene anche direttamente a modificare talune normative inderogabili che regolavano il rapporto di lavoro.

In questo senso basta richiamare, nell'ambito della disciplina attuativa della legge n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*), l'art. 55 della bozza sulla disciplina delle mansioni, che sostituisce l'art. 2103 c.c. e per certi versi addirittura supera quanto previsto, in linea generale, dall'art. 8.

L'art. 8, infatti, subordina la possibilità di derogare alle norme di legge all'intervento di un contratto collettivo, seppur aziendale.

La nuova disposizione, oltre ad estendere notevolmente le fattispecie legali di legittima adibizione a mansioni inferiori, abilita i contratti collettivi, anche aziendali, ad individuare ulteriori ipotesi di demansionamento.

A differenza di quanto stabilito dall'art. 8, tuttavia, tale competenza derogatoria dei contratti aziendali non deve rispondere a finalità particolari ed è riconosciuta in via ordinaria.

D'altra parte anche la disciplina del contratto a termine del 2014 ha notevolmente flessibilizzato la normativa preesistente eliminando le causali e il decreto sul contratto a tutele crescenti del 2015 ha ridotto ulteriormente l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione.

Certo il ricorso sempre più frequente al contratto collettivo con il fine di derogare a discipline che possono rivelarsi troppo rigide in determinati contesti può risultare penalizzante per il singolo lavoratore laddove intervengano deroghe peggiorative. Ma si sostiene che tali tecniche possono rivelarsi necessarie o opportune per garantire i livelli occupazionali nella misura in cui consentono all'impresa di rimanere sul mercato.

In quest'ottica, allora, il baricentro delle tutele accordate dal diritto del lavoro, tradizionalmente incentrate sulla protezione del singolo lavoratore come contraente debole, sembra tendenzialmente spostarsi verso una dimensione collettiva, tesa a mantenere i livelli occupazionali anche a costo di cedere qualcosa sul piano delle garanzie individuali.

Le minori garanzie individuali a seguito delle deroghe peggiorative o dell'introduzione di discipline più flessibili rispetto alle precedenti sarebbero controbilanciate dal mantenimento del posto di lavoro, considerato prevalente in un'ottica di temperamento dei vari interessi.

È vero però che la flessibilizzazione progressiva della disciplina legale del rapporto individuale unitamente ad una rilevante defiscalizzazione degli oneri sociali sembra avere dirottato una parte consistente dei cosiddetti rapporti precari verso il rapporto di lavoro a tutele crescenti. Ma è discutibile che queste misure abbiano prodotto un aumento reale dell'occupazione, possibile solo in presenza di un'autentica crescita economica.

D'altra parte non si può non rilevare che la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" della normativa inderogabile del contratto nazionale rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale.

Il potenziamento del contratto aziendale in deroga, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte.

Si può ora rispondere alla seconda questione precedentemente posta e cioè se l'art. 8 del d.l. 148 del 2011 possa considerarsi abrogato dalla normativa successiva.

La risposta deve essere sostanzialmente negativa perché, come è noto, l'art. 8 riconosce al contratto aziendale un duplice effetto e cioè l'efficacia generale e quella derogatoria.

E per queste ragioni la prevalente dottrina considera i contratti aziendali dell'art. 8 una specie particolare di contratti.

Queste caratteristiche del contratto inducono a ritenere che l'art. 8 non può ritenersi formalmente abrogato da normative successive che abbiano disciplinato diversamente le materie già prese in considerazione dall'art. 8.

Per queste ragioni l'art. 8 non può considerarsi abrogato dalla disciplina del contratto a termine del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78. Questa normativa più che abrogare l'art. 8 ha fatto venir meno l'interesse del datore di lavoro ad avvalersi di questa norma.

Infatti, la flessibilizzazione della disciplina del contratto a termine rimessa dall'art. 8 al contratto collettivo è stata direttamente realizzata dalla legge 16 maggio 2014 n. 78, che ha eliminato le causali per la conclusione del contratto a termine.

E un discorso analogo può essere fatto, come si è visto, per la nuova disciplina delle mansioni.

D'altra parte la non abrogazione dell'art. 8 da parte delle normative successive, ma soprattutto la previsione dell'art. 12 della legge n. 604 del 1966, sicuramente non abrogata, che fa salve le condizioni più favorevoli previste dai contratti collettivi in materia di licenziamento, è confermata dalla vicenda dell'accordo Novartis.

Infatti questo accordo ha previsto il mantenimento dell'art. 18 St. lav. da parte dell'impresa cessionaria Novartis ai 7 lavoratori dell'impresa cedente (ALCON).

Con questo accordo le parti, al di là dello strumento giuridico utilizzato, la cessione del contratto, hanno espressamente manifestato "la propria scelta di non applicare comunque nei confronti dei 7 lavoratori le disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 relative al regime giuridico applicabile in caso di recesso datoriale dal rapporto di lavoro".

Ovviamente si tratta di un caso isolato e come tale non può essere considerato un esempio consolidato, ma certo si può affermare che l'applicazione dell'art. 18 ai nuovi assunti dal 7 marzo in poi, per via contrattuale, non sia affatto vietata perché il giudice, come è stato sostenuto<sup>1396</sup>, potrebbe considerarlo come trattamento di migliore favore.

E le parti, in caso di crescita economica, potrebbero ricorrere paradossalmente allo strumento dell'art. 8 o meglio fondare sull'art. 12 della legge n. 604 la derogabilità a vantaggio dei lavoratori della vigente disciplina in materia di licenziamento.

Infine, occorre sottolineare che il problema dell'applicazione delle nuove disposizioni in tema di recesso del datore si pone rispetto alle clausole di stabilità e durata minima garantita dal contratto individuale e alle clausole che riconoscono al lavoratore neoassunto un'anzianità convenzionale di servizio.

---

<sup>1396</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *E Novartis offre l'articolo 18 come benefit*, in *La Repubblica*, 27 marzo 2015.

Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del  
lavoratore: i controlli a "distanza" tra *attualità* della disciplina statutaria, pro-  
mozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014  
(c.d. *Jobs act*)\*

Pietro Lambertucci

1. Piano dell'indagine.	522
2. L'art. 4 dello Statuto dei lavoratori dinanzi alle nuove tecnologie informatiche.	522
3. (Segue): le oscillazioni interpretative sui c. d. controlli difensivi.	527
4. L'art. 4 Stat. lav. e la contrattazione di prossimità.	530
5. La legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c. d. Jobs Act) e rilievi conclusivi.	532

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 255/2015

## 1. Piano dell'indagine.

L'introduzione delle nuove tecnologie informatiche nell'organizzazione del lavoro e dei sistemi di produzione ha innescato profondi (ed irreversibili) riflessi sulla struttura dell'impresa, sull'impianto della disciplina del rapporto di lavoro - sotto diversi profili che coinvolgono le professionalità e l'inquadramento dello stesso lavoro subordinato - e delle relazioni industriali<sup>1397</sup>.

D'altronde, come è stato felicemente rilevato, si viene anche a ridisegnare un "nuovo profilo del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro"<sup>1398</sup>, che - per quanto attiene alla nostra indagine - ne mette in campo la sua collocazione nel "perimetro" dei limiti a suo tempo fissati dallo Statuto dei lavoratori.

Infatti, le sempre più sofisticate innovazioni tecnologiche, che, nell'incessante e dinamico divenire della ricerca, vengono applicate nell'impresa pongono ad una delicata "prova di resistenza" l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, in quanto, a ben guardare, le stesse possono tradursi anche in un formidabile (e più insidioso) strumento di *controllo* della stessa attività dei lavoratori<sup>1399</sup>.

In prima battuta la giurisprudenza e poi gli interpreti si sono trovati dinanzi alla necessità di rintracciare il "filo rosso" al quale riannodare la varia (e complessa) casistica nelle maglie della disciplina statutaria, senza poi trascurare che la sopravvenuta normativa sul trattamento dei dati personali (il c. d. Codice della *privacy* del 2003) ha determinato l'ingresso di un nuovo soggetto, il Garante per la protezione dei dati personali, il quale ormai detta una regolamentazione dettata, tale da irrobustire lo stesso impianto statutario<sup>1400</sup>.

In tale contesto vanno collocati anche "ruolo" delle parti sociali (*rectius* la promozione della contrattazione aziendale di prossimità nella legge n. 148 del 2011) e il più recente dibattito in ordine all'opportunità di "rielaborare" lo stesso composito assetto normativo con la legge delega n. 183 del 2014.

## 2. L'art. 4 dello Statuto dei lavoratori dinanzi alle nuove tecnologie informatiche.

Anticipando subito una conclusione che sarà poi verificata si può concordare con chi ha rilevato come il precetto statutario, pur varato in un contesto tecnologico diverso, è comunque riuscito, attraverso il "filtro" giurisprudenziale, a rappresentare "...il punto di riferimento normativo essenziale per la disciplina delle nuove e più sofisticate forme di controllo a distanza realizzabili a mezzo di apparecchiature elettroniche"<sup>1401</sup>.

<sup>1397</sup> Sul punto la letteratura è sterminata: ci limitiamo a ricordare, per tutti, AA. VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, 1986, Atti dell'VIII congresso nazionale AIDLASS, con relazioni di F. CARINCI e G. PERONE; A. ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*, L80. Quaderno n. 3. 1984, 162 ss.; P. ZANELLI, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Giuffrè, 1985; M. T. SALIMBENI, *Nuove tecnologie e rapporto di lavoro: il quadro generale*, in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFFLITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza del lavoratore*, Franco Angeli, 1988, 22 ss;

<sup>1398</sup> V., in tal senso, A. ROSSI, *La libertà*, cit., 167 s.

<sup>1399</sup> Cfr., in tal senso, per tutti, B. VEMEZIANI, *L'art. 4, legge 20 maggio 1970 N. 300: una norma da riformare?*, RGL, 1991, I, 79 ss.

<sup>1400</sup> Sul complesso intreccio di fonti che ciò determina si soffermano i più recenti - e pregevoli - studi monografici di A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, 2013 e di A. SITZIA, *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, 2013.

<sup>1401</sup> V., in tal senso, la conclusione di A. ROSSI, *La libertà*, cit., 173.

Tale conclusione, avvalorata dalla formula legislativa che equipara agli impianti audiovisivi le altre apparecchiature, locuzione sufficientemente ampia per ricomprendervi anche le nuove tecnologie informatiche (*rectius* i calcolatori)<sup>1402</sup>, è avvenuta, tuttavia, a prezzo di un'evidente "ampliamento" dello stesso dettato normativo.

La finalità del precetto statutario intende vietare, in primo luogo, che i lavoratori siano posti sotto il controllo di uno strumento meccanico che, nel "registrare" lo svolgimento dell'attività, possa poi essere azionato "a distanza" (secondo la più diffusa opinione, da intendersi sotto il profilo sia spaziale che temporale)<sup>1403</sup> dal datore di lavoro. In buona sostanza si viene ad annullare ogni margine di "riservatezza" del lavoratore nello svolgimento della prestazione (le c. d. licenze comportamentali durante l'esecuzione del lavoro)<sup>1404</sup>, per cui, in una proiezione ulteriore, come è stato limpidamente scritto, il divieto di cui al primo comma dell'art. 4 dello Statuto "...intende ridurre l'impegno di lavoro nei limiti di una certa tollerabilità o lassismo, senza esasperazioni di tipo stakanovistico"<sup>1405</sup>.

Nel contempo, la stessa disposizione allarga il suo campo di applicazione al controllo "sull'attività" dei lavoratori (in significativa differenza con il precedente art. 3 che, viceversa, si occupa della "vigilanza dell'attività lavorativa") e, pertanto, su *tutti i comportamenti* di questi ultimi<sup>1406</sup>, al fine di escludere, innanzitutto, che il controllo possa estendersi su fatti *estranei* all'adempimento della prestazione lavorativa<sup>1407</sup>.

Questa duplice finalità del precetto statutario è, ovviamente, fuori discussione e si riannoda direttamente ai valori costituzionali, laddove l'art. 41, secondo comma, della Costituzione prescrive che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla *dignità umana*<sup>1408</sup>.

<sup>1402</sup> Cfr., per tutti, M. FEZZI, *Relazione introduttiva*, L80, Quaderno, cit., 9 ss. 10; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, 1995, 103 ss., ID., *I poteri dell'imprenditore e la privacy del lavoratore*, DL, 2002, I, 156 ss., ID., *Dignità e riservatezza del lavoratore*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, *Diritto del lavoro*, a cura di P. LAMBERTUCCI, Giuffrè, 2010, 147 ss. 149 ss. e ID., *Esiste la tutela della privacy nel rapporto di lavoro?*, in AA. VV., *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, a cura di P. TULLINI, Cedam, 2010, 171 ss. 175; A. GARILLI, *Tutela della persona e tutela della sfera privata nel rapporto di lavoro*, RCDP, 1992, 321 ss. 332; E. STENICO, *L'esercizio del potere di controllo "informatico" del datore di lavoro sugli strumenti tecnologici di "ultima generazione"*, RGL, 2003, I, 117 ss, ed *ivi* ampi richiami di dottrina e giurisprudenza. Per u la panoramica giurisprudenziale v., da ultimo, M. T. SALIMBENI, *sub art. 4*, in R. DE LUCA TAMAJO e O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013, 724 ss.

<sup>1403</sup> Cfr., per l'opinione dominante, per tutti, A. BELLAVISTA, *Il controllo*, cit., 73.

<sup>1404</sup> Cfr., per la protezione della "zona di riservatezza" del lavoratore, già P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, 67 e 71. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione della ricerca*, in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFILITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie*, cit., 1 ss. 1 ed *ivi* l'intervento di M. D'ANTONA, in *op. ult. cit.*, 207, per il quale il nucleo centrale del precetto statutario è diretto a vietare il controllo "dei lavoratori in attività", quale controllo sulla *persona* del lavoratore, che mette in gioco "...la dignità del lavoratore, che qui prende corpo nel bene della privacy".

<sup>1405</sup> V., per tale puntualizzazione, G. PERA, in C. ASSANTI e G. PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, 24 ss. 25.

<sup>1406</sup> Cfr., sul punto, anche A. BELLAVISTA, *Il controllo*, cit., 68.

<sup>1407</sup> V. F. LISO, *Cimputer e controllo dei lavoratori*, DLRI, 1986, 366 ss., 369 il quale cita l'esempio delle telecamere poste in sala mensa, oppure davanti al locale della rappresentanza sindacale.

<sup>1408</sup> V., sul punto, le anticipatrici riflessioni di C. SMURAGLIA, *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, RGL, 1960, I, 303 ss.; cfr. anche G. GHEZZI, *Computer e controllo dei lavoratori*, DLRI, 1986, 354 ss. 359. Sul rilievo della *dignità* del lavoratore cfr. A. CATAUDELLA, *La "dignità" del lavoratore (considerazioni sul titolo I° dello Statuto dei lavoratori)*, DL, 1973, I, 3 ss. e M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003, 42 ss.

Pertanto la richiamata finalità dell'art.4 dello Statuto dei lavoratori, diretta a vietare il controllo dei "lavoratori in attività" viene inevitabilmente a controllare *anche* lo svolgimento dell'*attività lavorativa*<sup>1409</sup>, per la *necessaria* implicazione della *persona* del lavoratore nell'esecuzione della stessa prestazione lavorativa. Viene consentito, tuttavia, il c. d. controllo *preterintenzionale*<sup>1410</sup>, quello che può derivare *accidentalmente* dall'*installazione* di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative, produttive ovvero di sicurezza sul lavoro, osservando la procedura, dell'accordo sindacale o della determinazione amministrativa, prevista dalla legge (art. 4, secondo comma)<sup>1411</sup>.

È importante tracciare i "confini" tra le due ipotesi prese in esame dalla disciplina statutaria e rilevare, innanzitutto, che il secondo comma non può leggersi come una *deroga* al divieto di cui al primo comma<sup>1412</sup>, laddove ci troviamo, viceversa, dinanzi a due ipotesi autonome<sup>1413</sup>, con la conseguenza che anche l'accertata giustificazione dell'installazione degli impianti di cui al secondo comma (dai quali, secondo il dettato normativo, possa derivare anche la *possibilità di controllo* a distanza) non esime l'interprete da un'indagine per verificare se tale astratta potenzialità si sia tradotta, in concreto, nella *finalizzazione* al controllo vietato dal primo comma<sup>1414</sup>.

Tale rilievo riveste una significativa ricaduta proprio con riguardo agli elaboratori elettronici, in ragione della loro *plurifunzionalità*<sup>1415</sup> e giustifica anche il prevalente indirizzo giurisprudenziale volto ad attrarre i c. d. controlli tecnologici all'interno della previsione statutaria, con una complessa indagine - non priva di difficoltà - diretta a "scorporare" le diverse funzioni del programma installato nell'elaboratore<sup>1416</sup> e chiarire, pertanto, se ci troviamo dinanzi ad un controllo vietato (art.4, primo comma) o consentito (art.4, secondo comma)<sup>1417</sup>.

In effetti, nella nuova realtà tecnologica costituita dai videoterminali, nei quali sono strettamente intrecciate le funzioni produttive e di controllo<sup>1418</sup>, questi ultimi, in quanto "strumenti di lavoro", appaiono strutturalmente *differenti* da quelle apparecchiature "di controllo" prese in considerazione dall'art. 4 Stat. lav., *estraneae* alla fase più strettamente produttiva ed all'esecuzione della

<sup>1409</sup> Riassuntivamente, sul punto, A GARILLI, *Tutela della persona*, cit., 329 puntualizza come l'oggetto della vigilanza interdetta dalla norma statutaria concerne "...sia l'attività del dipendente relativa all'obbligazione di lavorare, sia ogni altra attività esorbitante da tale adempimento (le c. d. licenze comportamentali)".

<sup>1410</sup> Secondo la felice espressione coniata da U. ROMAGNOLI, *sub* art. 4, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1979, 28 ss. 29.

<sup>1411</sup> Per le diverse esemplificazioni v., efficacemente e con soluzioni equilibrate, C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, RIDL, 2009, I, 485 ss. 490 s.

<sup>1412</sup> Per una chiara delimitazione delle due fattispecie v., per tutti, A. BELLAVISTA, *Il controllo*, cit., 76 ss.

<sup>1413</sup> V., per la puntuale disamina dell'*eterogeneità* delle due disposizioni, si rinvia alla penetrante analisi di T. PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolto mediante elaboratori elettronici*, RIDL, 1985, II, 252 ss. 253 s.; in giurisprudenza v. Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, GC, 1983, I, 1755.

<sup>1414</sup> V., sul punto, sempre T. PADOVANI, *Il controllo*, cit., 253.

<sup>1415</sup> V. C. PISANI, *I controlli a distanza sui lavoratori*, DLRI, 1987, 121 ss. 163.

<sup>1416</sup> Ci riferiamo al notissimo caso preso in esame da Pret. Milano 5 dicembre 1984, RIDL, 1985, II, 299, con nota di T. PADOVANI, *Il controllo*, cit.

<sup>1417</sup> V., in tal senso, C. DEGLI ESPOSTI, *Innovazione tecnologica, nuovi limiti al controllo sui lavoratori e contrattazione*, in *Lavoro 80*, Quaderno n. 3, cit., 1984, 22 s. 25 e A. ZANELLI, *Impresa*, cit., 87 ss.

<sup>1418</sup> Cfr., sul punto, R. DE LUCA TAMAJO, *Presentazione*, cit., 7 ss. 11.

prestazione lavorativa<sup>1419</sup>. Tuttavia è necessario riaffermare l'"autonomia" delle due disposizioni e, al tempo stesso, sottolineare che la formulazione del primo comma sembra prescindere dalla circostanza che il controllo sia o meno "incorporato" nello stesso strumento di lavoro<sup>1420</sup>.

Anche se si tratta, in ultima analisi, di verificare - come spesso accade - le *modalità d'uso* di uno strumento di lavoro, il predetto orientamento maggioritario trova due significative giustificazioni.

In primo luogo, la formulazione di "apparecchiature per finalità di controllo" è perfettamente compatibile con i più recenti e discussi casi di utilizzo della posta elettronica, della navigazione *internet*, ma anche dell'installazione di centraline telefoniche, nella misura in cui gli strumenti preordinati (dal datore di lavoro) al "controllo", in tali ambiti, realizzano, pur sempre, un controllo "a distanza" dell'attività dei lavoratori<sup>1421</sup>.

In secondo luogo, sull'art. 4 si sono inevitabilmente scaricate le contraddizioni in merito all'assenza - *allora* rilevante nel nostro paese (rispetto ad altri) - di una regolamentazione *generale* sul trattamento dei dati personali, laddove il problema sollevato dall'introduzione delle nuove tecnologie era (e rimane) proprio quello della possibilità, per il datore di lavoro, di acquisire, in via induttiva, dati personali e "trattare" i medesimi per finalità diverse (anche potenzialmente arbitrarie e/o comunque discriminatorie) "sfuggendo", peraltro, alle maglie protettive della disciplina statutaria<sup>1422</sup>.

Infatti, proprio l'introduzione di una disciplina generale sul "controllo" dei dati personali (ora contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il c. d. Codice della *privacy*) rafforza il predetto orientamento giurisprudenziale, laddove, nel far espressa "salvezza" della normativa statutaria (art. 114 del Codice), ne riconosce la *centralità* nella fase dell'acquisizione dei dati attraverso le nuove tecnologie informatiche. Pertanto, come concordemente rilevato dagli interpreti, la disciplina del trattamento dei dati personali, anche attraverso il "filtro" interpretativo costruito dal Garante, interviene in funzione *additiva* rispetto alla normativa statutaria, in una combinazione tra la regolamentazione *speciale* dello Statuto e quella *generale* contenuta nel Codice<sup>1423</sup>.

<sup>1419</sup> V., in tal senso, C. PISANI, *Il computer e l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFFLITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie*, cit., 43 ss. 51 e già ID., *I controlli*, cit., 131. D'altronde un consistente - ed autorevole - indirizzo dottrinale ha ritenuto "spiazzata" la stessa norma statutaria rispetto alle nuove tecnologie informatiche (v. F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica*, cit., 29; T. TREU, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, *QDLRI*, 1990, 7 ss. 30; C. PISANI, *Il computer*, cit., 79; R. ROMEI, *Diritto alla riservatezza del lavoratore ed innovazione tecnologica*, *QDLRI*, 1994, 67 ss. 71 e ID., *Il dibattito dottrinale sull'art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERIALI D'AFFLITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie*, cit., 121 ss. 134; E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996, 168).

<sup>1420</sup> Così A. BELLAVISTA, *Il controllo*, cit., 71 s.

<sup>1421</sup> L'orientamento è nettamente maggioritario in dottrina (v., oltre gli AA. citati *retro* alla nota 6, adde M. AIMO, *Privacy*, cit., 122 e ID., *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali dei lavoratori*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. IV. *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tono II, a cura di M. MARAZZA, 1771 ss. e i contributi raccolti in AA. VV., *Tecnologie della comunicazione*, cit.

<sup>1422</sup> Cfr., su punto, M. D'ANTONA, *Intervento*, cit., 208.

<sup>1423</sup> Per tale conclusione v. P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, *RIDL*, 2009, I, 323 ss. 332 e 339.

Sotto quest'ultimo profilo vanno, innanzitutto, richiamati i principi di *finalità, correttezza, pertinenza e non eccedenza* nel trattamento dei dati personali (artt. 2 e 11 del Codice)<sup>1424</sup>. Su tale tracciato lo stesso Garante è intervenuto, in modo particolarmente incisivo nella nostra materia, con le Linee guida del 1° marzo 2007 per l'utilizzo della posta elettronica e il collegamento ad *Internet*. Infatti, ferma rimanendo l'espressa indicazione dell'applicabilità dell'art. 4, secondo comma, St. lav., sono state dettate minuziose regole *procedurali* volte a rendere *informato* il lavoratore sulle modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione dello stesso, nonché sulle circostanze nelle quali verranno effettuati i controlli (principio di *trasparenza*), sollecitando, nel contempo, l'adozione di un dettagliato disciplinare interno di *policy* aziendale. Di quest'ultimo, peraltro, vengono definite le coordinate essenziali (anche con la necessità di individuare le conseguenze - anche di tipo disciplinare - per l'indebito utilizzo, da parte del lavoratore, degli strumenti informatici).

Inoltre il Garante ha precisato che devono ritenersi "controlli a distanza", vietati dal primo comma del precetto statutario, nel caso di posta elettronica, la lettura e la registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica e, nell'ipotesi di collegamento ad *Internet*, la riproduzione e l'eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal lavoratore, nonché l'analisi occulta di *computer* portatili affidati in uso al medesimo (punto 4 delle Linee guida)<sup>1425 1426</sup>. In ultima analisi vengono incentivate forme di tutela preventiva, anche attraverso la "centralità" che, a tale scopo, riveste il disciplinare interno, presupposto della legittimità del controllo e, a questo punto, anche terreno preliminare di verifica per la stessa giurisprudenza in sede di contenzioso<sup>1427</sup>.

Si pone ora il problema della possibilità, per il datore di lavoro, di utilizzare le informazioni, sul lavoratore, acquisite a seguito dei controlli effettuati alla stregua della disciplina statutaria.

Innanzitutto appare pacifico che il datore di lavoro non potrà utilizzare, come fondamento del proprio potere disciplinare (o di licenziamento), la prova dell'inadempimento contrattuale (anche con riguardo a risvolti di illecito civile o penale) *acquisita* sulla base dell'installazione, in via unilaterale, di impianti o altre apparecchiature che realizzano un controllo *vietato* ai sensi del primo comma dell'art. 4 St. lav.<sup>1428</sup>.

<sup>1424</sup> Per il rispetto dei principi del Codice v., da ultimo, in giurisprudenza, Cass. 1° agosto 2013, n. 18443, *NGL*, 2013, 832.

<sup>1425</sup> Sulle Linee guida del Garante esiste ormai una cospicua letteratura. V., tra gli altri, senza pretesa di completezza, M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2007, 497 ss.; M. PAISSAN, *E - mail e navigazione in Internet. Le linee del Garante*, in AA VV., *Tecnologie della comunicazione*, cit., 11 ss., 20 ss. E. GRAGNOLI, *L'uso della posta elettronica sui luoghi di lavoro e la strategia di protezione elaborata dall'autorità garante*, in AA VV., *Tecnologie della comunicazione*, cit., 53 ss.; N. LUGANESI, *Uso di Internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore*, in AA VV., *Tecnologie della comunicazione*, 75 ss.; P. TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., 338 ss.; M. AIMO, *Tutela della riservatezza*, cit., 1803 ss.; A. LEVI, *Il controllo*, cit., 63 ss.; I. ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, *DRI*, 2014, 999 ss. 1017 ss.

<sup>1426</sup> Tra i tanti provvedimenti del Garante v. 2 aprile 2009, *RGL*, 2010, II, 167, con nota di S. ROSSETTI, *Nuove tecnologie informatiche e controllo dell'attività lavorativa*, 1° aprile 2010, 18 ottobre 2012, 13 settembre 2013, 5 febbraio 2015.

<sup>1427</sup> V., per la valorizzazione del disciplinare interno, Cass. 6 dicembre 2013, n. 27392, *NGL*, 2014, 368 e, in dottrina, A. SITZIA, *Il diritto*, cit., 156 s.; n senso parzialmente diverso v. I. ALVINO, *L'articolo 4*, cit., 1025.

<sup>1428</sup> Sul punto la giurisprudenza è pacifica (v., per tutte, Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, *NGL*, 2000, 111).

Il problema più delicato riguarda il caso del controllo c. d. preterintenzionale, laddove il datore abbia, in ogni caso, ottemperato alla procedura di cui al secondo comma dell'art. 4 Stat. lav., ma, comunque, rilevato condotte illecite del dipendente.

L'orientamento prevalente degli interpreti risponde negativamente al quesito, per cui le rilevazioni devono essere effettuate *in coerenza* con le legittime finalità dell'impiego di tali strumenti, cioè per soddisfare esigenze organizzative, produttive o attinenti alla sicurezza del lavoro<sup>1429</sup>, restando fermo che "l'utilizzazione, anche casuale, dell'impianto per *finalità di controllo* dei lavoratori deve considerarsi *sempre* illegittima."<sup>1430</sup> Tale conclusione, che è stata ulteriormente rafforzata dagli interpreti<sup>1431</sup>, viene disattesa dalla giurisprudenza, la quale sembra propendere per la soluzione positiva, argomentando indirettamente dall'inutilizzabilità dei dati acquisiti in violazione dell'art.4 secondo comma, dello Statuto<sup>1432</sup>.

Il "disagio" degli interpreti emerge soprattutto con riguardo alle condotte di rilievo penale<sup>1433</sup>, che, a stretto rigore, esulano dallo svolgimento dell'attività lavorativa, ma la questione si intreccia con la problematica dei c. d. controlli difensivi, trattata di seguito.

### 3. (Segue): le oscillazioni interpretative sui c. d. controlli difensivi.

Una tematica, a lungo controversa, ha interessato i controlli c. d. difensivi, quelli che il datore intende porre in essere per accertare condotte illecite (sotto il profilo civile e, soprattutto, penale). Dinanzi alle oscillazioni della giurisprudenza<sup>1434</sup>, gli interpreti hanno manifestato una maggiore cautela (se non malcelata ostilità) in merito alla possibilità di rinvenire una *categoria autonoma* di controllo difensivo<sup>1435</sup>.

La maggior prudenza degli interpreti nasce, infatti, dalla considerazione che non può "ritagliarsi" un *tertium genus* di controllo, che astraie dalla normativa statutaria per una serie di considerazioni.

In primo luogo, il primo comma adotta una formula onnicomprensiva, quale "l'attività dei lavoratori", nel duplice significato altrove richiamato<sup>1436</sup>, che si risolve, senza residui, nel *comportamento complessivamente tenuto* dal lavoratore sul luogo di lavoro.

<sup>1429</sup> V., per tale indicazione, A. BELLAVISTA, *Il controllo*, cit., 76 s. ma già U. ROMAGNOLI, sub art. 4, cit., 29; conf. E. GRAGNOLI, *L'informazione*, cit., 160.

<sup>1430</sup> La frase virgolettata è tratta da P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza*, cit., 74.

<sup>1431</sup> V. A. LEVI, *Il controllo*, cit., 37, 119.

<sup>1432</sup> V., ad esempio, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, *RIDL*, 2010, II, 504, con nota di R. GALARDI, *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*; nella giurisprudenza di merito v. App. Milano 30 settembre 2005, *NGL*, 2006, 100

<sup>1433</sup> V. A. LEVI, *Il controllo*, cit., 123 e già C. ZOLI, *Il controllo*, cit., 164 s. con riguardo anche alle condotte che costituiscono illecito civile; in giurisprudenza v. Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, cit.

<sup>1434</sup> Per un attento "riepilogo" giurisprudenziale v. E. BARRACO, *I controlli tecnologici*, in E. BARRACO e A. SITZIA, *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, Ipsoa, 2008, cit., 217 ss. 244 ss.

<sup>1435</sup> Per il controllo difensivo e la sua estraneità al campo di applicazione dello Statuto si pronunziava F. LISO, *Computer*, 374; *contra*, nel senso che ricadono nella disciplina apprestata dall'art. 4, secondo comma, tra gli altri, M. AIMO, *Privacy*, cit., 124 ss.; E. STENICO, *L'esercizio*, cit., 130; P. TULLINI, *Comunicazione elettronica*, cit., 327 ss.; C. ZOLI, *Il controllo*, cit., 499 s.

<sup>1436</sup> V. *retro* n. 2.

In secondo luogo, e di rincalzo, il controllo posto in essere dal datore di lavoro per "accertare" condotte illecite dei dipendenti appare necessariamente connesso al controllo sulla stessa prestazione lavorativa, per cui appare oltremodo difficile - se non impossibile - distinguere i due profili e, pertanto, si ricade, inevitabilmente, all'interno della disciplina statutaria<sup>1437</sup>; d'altronde, molto spesso, *solo attraverso* il controllo dell'attività si possono rilevare eventuali condotte illecite poste in essere dai lavoratori.

In terzo luogo, le pur legittime esigenze del datore di lavoro di protezione del patrimonio aziendale, trovano soddisfazione negli equilibri complessivi disegnati dal Titolo I dello Statuto (si vedano, ad esempio, gli artt. 2 e 6 St. lav. in merito, rispettivamente, all'utilizzo delle guardie giurate e all'effettuazione delle perquisizioni personali).

In quarto luogo, in ragione della circostanza che, ovviamente, la normativa statutaria non può certo "proteggere" la commissione di illeciti, compiuti durante lo svolgimento dell'attività lavorativa, e che, d'altro canto, le stesse modalità di esecuzione della prestazione di lavoro implicano l'utilizzo di strumenti informatici, le legittime esigenze del datore di lavoro potranno trovare adeguata garanzia nel perimetro delineato dell'art. 4, secondo comma, St. lav.

Questo spiega, almeno in parte, anche il percorso seguito dalla stessa giurisprudenza che, partita da un orientamento che voleva i controlli difensivi *totalmente* avulsi dal campo di applicazione dell'art. 4 St. lav.<sup>1438</sup>, ha fatto rientrare, successivamente, questi ultimi nell'alveo dei controlli preterintenzionali (*ex art. 4, secondo comma, St. lav.*). Infatti, la Corte di legittimità ha precisato che, qualora i medesimi siano rivolti all'accertamento di comportamenti illeciti dei lavoratori (qualificabili come violazione di obblighi contrattuali), è comunque possibile un controllo *indiretto* sulla prestazione<sup>1439</sup>.

Su questo profilo può comunque registrarsi un "filo rosso" che unisce gli orientamenti della giurisprudenza penale, laddove quest'ultima ritiene il controllo c. d. difensivo volto a protezione del patrimonio aziendale da azioni delittuose (da chiunque provenienti), estraneo alla stessa disciplina statutaria (con possibilità di utilizzo delle prove nel processo penale)<sup>1440</sup> e la stessa giurisprudenza del lavoro.

Infatti, quest'ultima ritiene applicabile la procedura stabilita dall'art. 4, secondo comma, solo con riguardo ai controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti dei dipendenti, quando

---

<sup>1437</sup> Sul punto, incisivamente, M. AIMO, *Privacy*, cit., 124 s.; L. NOGLER, *Sulle contraddizioni logiche della Cassazione in tema di diritto alla riservatezza del lavoratore subordinato*, RCP, 1988, 111 ss.

<sup>1438</sup> V. Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, NGL, 2002, 642.

<sup>1439</sup> V., per tale conclusione, Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, RIDL, 2008, II, 714, con nota di M. L. VALLAURI, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*

<sup>1440</sup> V. Cass. pen. 1° giugno 2010, n. 20722, RIDL, 2011, II, 85, con nota di P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, DRI, 2010, 1153, con nota di G. DOSSI, *Controlli a distanza e legalità della prova: tra esigenze difensive del datore di lavoro e tutela della dignità del lavoratore*.

questi 'ultimi riguardano l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro'<sup>1441</sup> e non già in merito ai controlli effettuati per la tutela di beni estranei al rapporto di lavoro, esclusa, viceversa, dal campo di applicazione dello Statuto<sup>1442</sup>.

È la tutela del patrimonio aziendale (in un'accezione non limitata solo al complesso dei beni aziendali, ma, in una proiezione più ampia, comprensiva dell'"immagine esterna" dell'impresa, accreditata presso il pubblico<sup>1443</sup>), che costituisce, in ultima analisi, il "nocciolo duro" del controllo c. d. difensivo da *sottrarre* all'applicazione anche dell'art. 4, secondo comma, dello Statuto.

Tale conclusione, tuttavia, si espone a due ordini di rilievi, che fanno dubitare della possibilità di espungere, dall'art. 4 dello Statuto, una siffatta nozione di controllo difensivo.

Sotto un primo versante appare estremamente problematico "ritagliare" una nozione unanimemente condivisa di "patrimonio aziendale" e, allo stesso modo, procedere ad una puntuale identificazione dei beni estranei al rapporto di lavoro<sup>1444</sup>, con un'inevitabile discrezionalità valutativa affidata all'interprete. Peraltro tale ricostruzione non trova alcuna sponda nel dettato normativo; anzi, a ben guardare, il legislatore dello Statuto, da un lato, ha preso in considerazione, altrove *expressis verbis*, la garanzia del patrimonio aziendale (arrt. 3 e 6 Stat. Lav.) e, dall'altro, ha posto un divieto di utilizzare strumenti informatici per il "controllo" del *comportamento, complessivamente inteso*, del lavoratore.

Sotto un secondo versante - giova ripeterlo - risulta dirimente l'osservazione che l'accertamento della condotta "illecita" del dipendente spesso può essere rilevata solo *controllando* l'esecuzione della prestazione lavorativa<sup>1445</sup>.

In ogni caso, ci sembra che la parola definitiva sia stata ormai pronunciata dal Garante, con le già ricordate Linee guida del 2007, che, ai nostri fini, possono apprezzarsi per la chiara riconducibilità dei controlli c. d. difensivi nell'ambito dell'art. 4, secondo comma, dello Statuto. In conclusione, un'indagine "retrospettiva", laddove emergano elementi di fatto dai quali evincere il comportamento illecito del dipendente<sup>1446</sup>, deve innestarsi, in primo luogo, sul puntuale rispetto dell'art. 4, secondo comma, Stat., lav. e, in secondo luogo, sulla predisposizione del disciplinare interno, il quale risponde, nel contempo, ad una necessità di "trasparenza" (dell'operato del datore di lavoro in ordine alle modalità dei controlli) e di "avvertimento" ai lavoratori che non sanno tollerati indebiti utilizzi degli strumenti informatici in loro dotazione<sup>1447</sup>.

<sup>1441</sup> Così, oltre la già citata Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, cit.; Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, cit.; Cass, 1° ottobre 2012, n. 16622, LG, 2013, 383.

<sup>1442</sup> Già Cass. 17 luglio 2007, n. 15692, cit. e, più ampiamente, Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, DML, 2012, 369, con nota di M. FERRARO, *Controllo della casella email da parte del datore di lavoro, i c. d. controlli difensivi: una nuova decisione della Suprema Corte*, RIDL 2013, II, 113, con nota di G. SPINELLI, *La legittimità dei controlli datoriali c. d. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*.

<sup>1443</sup> V., per tale ricostruzione, Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, cit.

<sup>1444</sup> Cfr., infatti, sul punto, le considerazioni di G. SPINELLI, *La legittimità*, cit., 116 e di I. ALVINO, *L'articolo 4*, cit., 1015 s.

<sup>1445</sup> Per analoghe considerazioni cfr. G. DOSSI, *Controlli*, cit., 1156

<sup>1446</sup> V., per il controllo della casella *e-mail* del dipendente, a scopo di difesa del patrimonio aziendale, Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, cit.

<sup>1447</sup> Sul punto cfr. anche N. LUGANESI, *Uso di internet*, cit., 97. V., in giurisprudenza, per la necessità di rispettare le prescrizioni del Garante, come condizione *necessaria* per l'effettuazione di controlli sul *computer* del dipendente, Pret. Ferrara, 27 agosto 2012, RIDL, 2013, II, 367, con nota di F. OLIVELLI, *Il difficile bilanciamento tra la tutela della privacy e le esigenze di controllo del datore di lavoro*.

Peraltro, a ben guardare, lo stesso secondo comma dell'art. 4 dello Statuto potrebbe soddisfare le *ragioni* di controllo (difensivo) del datore di lavoro, laddove le "maglie larghe" delle condizioni che legittimano l'installazione di strumenti di controllo consentono, a nostro avviso, di ricomprendere nelle "esigenze organizzative" anche la tutela del patrimonio aziendale ovvero la necessità di "sanzionare" eventuali comportamenti illeciti dei lavoratori.

È chiaro che sarà compito del sindacato (o, in mancanza, dell'autorità amministrativa) verificare, a monte, le indicate esigenze difensive, mentre rimarrà, a valle, il necessario controllo giurisprudenziale per delibarne i "confini" alla luce previsioni statutarie (primo e secondo comma dell'art. 4).

Nel caso poi di controllo preterintenzionale le risultanze del controllo stesso (sotto il profilo non solo di illeciti penali, ma anche di inadempimenti contrattuali), potranno essere fatte valere in giudizio, in quanto *coerenti* con le dichiarate finalità organizzative (*rectius* attinenti alla verifica di un comportamento illecito e non pertinenti allo svolgimento dell'attività lavorativa)<sup>1448</sup>.

Probabilmente, per risolvere definitivamente le delineate incertezze interpretative, sarà propizia l'occasione della legge delega n. 183 del 2014<sup>1449</sup>, per allargare, se del caso, le maglie del controllo preterintenzionale.

#### 4. L'art. 4 Stat. lav. e la contrattazione di prossimità.

La questione delle modifiche alla disciplina statutaria è tornata nuovamente alla ribalta con il "so-stegno" della contrattazione collettiva di prossimità, realizzato dalla legge n. 148 del 2001.

Per il tema qui in discussione occorre, in primo luogo, sgombrare il campo da alcuni equivoci - nei quali, peraltro, sono caduti gli stessi interpreti - in merito alla possibilità di regolare, attraverso la contrattazione collettiva di prossimità, anche i controlli "a distanza" dell'art. 4 dello Statuto.

Infatti, già da mera interpretazione letterale del disposto normativo, emerge che le specifiche intese possono investire la "materia" relativa "agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie" (art. 1, secondo comma, lett. a), l. n. 148 del 2011) in una dimensione, innanzitutto, più vasta di quella interessata dalla stessa disciplina statutaria<sup>1450</sup>.

In altre parole, stante che le specifiche intese possono agire in funzione "derogatoria" rispetto alle norme di legge (inderogabili) e alle discipline contrattuali (di rango superiore) (art. 1, comma 2-*bis*), appare dubbio che il perimetro applicativo delle medesime si identifichi, senza residui, con il campo di applicazione dell'art. 4 dello Statuto. Infatti la stessa locuzione utilizzata dal legislatore, volutamente ampia, non "cristallizza" tecnicamente una *materia* di disciplina, bensì prefigura l'impatto degli impianti audiovisivi e dell'introduzione delle nuove tecnologie sul rapporto di lavoro, in una funzione, inevitabilmente, di "cerniera" rispetto all'elencazione successiva (di materie) contenuta nello stesso precetto normativo.

<sup>1448</sup> Cfr, in tal senso, anche E. BARRACO, *I controlli*, cit., 249, 262 e 269.

<sup>1449</sup> V, *infra* n. 5.

<sup>1450</sup> Coglie tale profilo A. SITZIA, *Contrattazione di prossimità, impianti audiovisivi e nuove tecnologie*, MGL, 2012, 212 ss. 218.

D'altronde, la difficoltà di identificare nell'art. 4 dello Statuto il referente della regolazione, oltre a trovare conforto nell'assenza di qualsiasi dato testuale, appare già da una pur sommaria disamina delle *finalità* della stessa contrattazione di prossimità, individuate dalla legge e alle quali sono "vincolate" le intese modificative.

Infatti, gli interpreti o hanno manifestato dubbi sull'individuazione, per il caso che ci occupa, della finalità da considerare<sup>1451</sup>, ovvero hanno fatto leva sugli "incrementi di competitività"<sup>1452</sup> per prendere in esame la legittimità di un monitoraggio "a distanza" (sia pure non a carattere continuativo) del livello quantitativo e qualitativo della produzione<sup>1453</sup>. A tale conclusione è possibile replicare che, se il controllo della produzione viene a ridondare in un controllo sull'*impegno lavorativo*<sup>1454</sup>, si ritorna alla *ratio* del divieto di cui all'art. 4 dello Statuto, la cui "deroga", sul punto, potrebbe esporsi ad un rilievo di compatibilità costituzionale, laddove lo stesso art. 2, comma 2 - *bis*, della legge n. 148 del 2001 pone, come fondamentale limite alle intese modificative, il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Infatti, il predetto "vincolo costituzionale", sotto il profilo - già evidenziato - della garanzia di non ledere la *dignità umana* (ex art. 41, secondo comma, Cost.) pesa su tutte le proposte interpretative che abilitano la contrattazione collettiva di prossimità ad autorizzare l'installazione di impianti esclusivamente finalizzati al controllo della prestazione, con ciò che ne consegue in termini di utilizzabilità dei relativi riscontri<sup>1455</sup>.

Su un diverso piano possono essere valutati i tentativi di allargare le "maglie" del c. d. controllo preterintenziale<sup>1456</sup>, ovvero di rinvenire uno "spazio applicativo" dell'art. 8 con riferimento ai c. d. controlli difensivi<sup>1457</sup>. Tuttavia, in entrambi i casi, se la formula contenuta nel secondo comma dell'art. 4 dello Statuto non appare sufficientemente ampia (come a noi sembra) per soddisfare le esigenze "difensive" dell'impresa, l'intervento in materia, più che affidarlo al fragile strumento dell'art. 8, dovrebbe interessare *direttamente* la norma statutaria, attraverso una necessaria modifica legislativa.

L'esperienza applicativa, sul punto, dell'art. 8 della legge del 2011 dimostra come il terreno scelto dalle parti sociali non è stato certo quello di "incidere" sul precetto statutario, quanto di intervenire sul piano dei soggetti stipulanti<sup>1458</sup>, nel tentativo di superare la tassativa predefinita di

<sup>1451</sup> V., a tal riguardo, A. BELLAVISTA, *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, LG, 2014, 737 ss. 743.

<sup>1452</sup> V., per tale opinione, A. LEVI, *Il controllo*, cit., 190; di "obiettivi di produttività" parla anche A. SITZIA, *Il diritto*, cit., 77.

<sup>1453</sup> V., per tale soluzione, sempre A. LEVI, *Il controllo*, cit., 192.

<sup>1454</sup> V. A. FRENI e G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, 9 ss. 10 i quali puntualizzano che il controllo vietato è quello diretto a "...controllare la costanza dell'impegno lavorativo del lavoratore., sempre che questo ne sia il fine esclusivo."

<sup>1455</sup> V., per tale conclusione, M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: o primi passi della dottrina giuslavoristica*, DRI, 2012, 41 ss. 51; cfr. anche A. SITZIA, *Contrattazione di prossimità*, cit., 219 e ID., *Il diritto*, cit., 67.

<sup>1456</sup> Cfr., sul punto, A. LEVI, *Il controllo*, cit., 192.

<sup>1457</sup> V., per tale opinione, A. RUSSO, *Intervento in AA. Vv., Contrattazione in deroga*, a cura di F. CARINCI, Ipsoa, 2012, 461 ss. 478.

<sup>1458</sup> Sul punto si realizza una concorde valutazione degli interpreti (cfr., per tutti, A. BELLAVISTA, *Gli accordi*, cit., 744 e A. LEVI, *Il controllo*, cit., 195 s.).

questi ultimi fissata dall'art. 4, secondo comma, St. lav.<sup>1459</sup>.

Questa esigenza non appare peregrina, in quanto si riannoda a questioni che esulano dalla singola unità produttiva e che possono essere soddisfatte non certo attraverso l'art. 8 l. n. 148 del 2001, bensì mediante un allargamento, nel precetto statutario, dei soggetti stipulanti, in presenza di realtà organizzative che interessano necessariamente un ambito più vasto delle singole unità produttive.

Per ritornare alla questione di fondo, la locuzione relativa agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie potrebbe aprire diversi - e più congrui - scenari, collegati con la finalità, considerata al primo comma dell'art. 8, dell' "adozione di forme di partecipazione dei lavoratori"<sup>1460</sup>- In tal modo si potrebbe incentivare la stipula di accordi tecnologici, con l'individuazione di procedure sindacali di codecisione e di controllo, in merito all'impatto dell'introduzione di processi di innovazione tecnologica sulla disciplina del rapporto di lavoro (in termini di tempi e ritmi di lavoro, profili professionali, sistemi retributivi, ecc.<sup>1461</sup>), nei quali potrebbe essere anche innervato un diritto del sindacato di controllare *ex post* il rispetto delle pattuizioni collettive in ordine all'installazione degli impianti di controllo.

Ovviamente, una siffatta "lettura" che valorizza il "ruolo" dell'autonomia collettiva nel mutamento tecnologico dei sistemi di produzione dell'impresa<sup>1462</sup> non può essere affidata ad uno strumento "fragile" (per diversi motivi) quale quello individuato dall'art. 8, quanto, piuttosto, allo stesso strumento contrattuale, incastonato, peraltro, nel nuovo scenario delle relazioni industriali disegnato dal Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 2014.

##### 5. La legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c. d. Jobs Act) e rilievi conclusivi.

In tale complesso contesto normativo (e giurisprudenziale) bisogna collocare ora l'art. 1, comma 7, lett. f, della legge delega n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*) che preannuncia la "revisione dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e temperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore"<sup>1463</sup>.

La formulazione del dettato normativo appare vaga e, pertanto, è difficile "decifrare" le linee portanti di una (possibile) riforma dell'art. 4 dello Statuto.

Nonostante la scarsa chiarezza del primo inciso del precetto normativo, è chiaro che, stante la "vitalità" del meccanismo introdotto dalla normativa statutaria, proprio tenendo conto della successiva evoluzione tecnologica intervenuta dopo quest'ultima, si potrebbe chiarire definitamente

<sup>1459</sup> Cfr ora, in giurisprudenza, Trib, Napoli 22 luglio 2014, *NGL*, 2014, 719.

<sup>1460</sup> Per uno spunto in tal senso v. A. LEVI, *Il controllo*, cit., 195.

<sup>1461</sup> Per rilevanti spunti in tal senso v. già M. D'ANTONA, Intervento, in R. DE LUCA TAMAJO, R. IMPERALI D'AFFLITTO, C. PISANI, R. ROMEI, *Nuove tecnologie*, cit., 208.

<sup>1462</sup> Per i c. d. accordi tecnologici v. già P. ZANELLI, *Impresa*, cit., 211 ss.

<sup>1463</sup> Per i primi commenti v. F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in AA. Vv., *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto II*, a cura di F. Carinci, *Adapt*, n. 32, 2014, 116 ss. 141 ss. e V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, *CSDLE*, It, n. 233 /2014, 37 ss.

che l'art. 4 si applica a *tutti* gli impianti di controllo, siano o meno "incorporati" negli strumenti di lavoro, come concordemente ritengono la maggioranza degli interpreti, la giurisprudenza unanime e il Garante<sup>1464</sup>.

Né si potrebbe immaginare che la *revisione* della disciplina dell'art. 4 dello Statuto possa condurre a "sottrarre" gli strumenti di lavoro dal perimetro applicativo della disciplina statutaria per una serie di ragioni.

Innanzitutto, appare difficilmente declinabile, per via legislativa, una *categoria* di strumenti di lavoro "neutra", rispetto alle funzioni di "controllo", individuate dalla disciplina statutaria, anche perché l'evoluzione tecnologica corre con ritmi più sostenuti del precetto legale che, al suo apparire, sarebbe, sul punto, già *obsoleto*. D'altronde, pur in presenza di un fervido dibattito sul punto<sup>1465</sup>, può confermarsi l'inanità di ogni sforzo in tal senso, anche perché, se lo strumento di lavoro è il *computer* allora è inevitabile che, in esso, siano necessariamente collegate le funzioni di controllo *indiretto* sulla prestazione lavorativa. Peraltro, in tal caso, nessuno dubita che l'installazione del *computer* soddisfi proprio quelle esigenze "organizzative e produttive", fatte comunque salve dal secondo comma dell'art. 4 dello Statuto.

Inoltre - e significativamente - lo stesso testo legislativo, riconferma due profili: cioè l'"attualità" della normativa statutaria, nel richiamare espressamente le "esigenze produttive ed organizzative" dell'impresa (il controllo c. d. *preterintenzionale*) e il rispetto della normativa contenuta nel Codice della *privacy*, per la protezione della dignità e riservatezza dell'individuo (ez art. 2 del Codice del 2003).

A questo punto lo spazio regolativo della nuova disciplina di riforma potrebbe concentrarsi su due aspetti: una "rinmodulazione" dei soggetti collettivi stipulanti, per risolvere gli identici problemi che riguardano realtà non localizzate su singole unità produttive e la soluzione della spinosa questione dei controlli c. d. difensivi<sup>1466</sup>, calibrando l'insopprimibile esigenza di accertare le condotte illecite dei dipendenti con i principi del Codice della *privacy* e la rigorosa attività interpretativa del Garante<sup>1467</sup>.

A tale stregua, e sotto quest'ultimo profilo, si potrebbe immaginare un' "estensione" del controllo preterintenzionale, idoneo a ricomprendervi anche la tutela del patrimonio aziendale, onde prevenire comportamenti illeciti, fermo rimanendo il rispetto, in concreto, dei principi sanciti dal Codice della *privacy* (nonché delle Linee guida stabilite dal Garante).

Bisogna, infatti, che i datori di lavoro si abituino, in materia di potere di controllo, a convivere con l'attuale meccanismo statutario (art. 4, secondo comma) e con gli orientamenti del Garante, il che può costituire, comunque e soprattutto sotto quest'ultimo versante, un significativo riscontro di un intervenuto processo di maturazione, anche sul piano *culturale*.

<sup>1464</sup> Per il dibattito v. *retro* n. 2.

<sup>1465</sup> Per i richiami v. *retro* nota 23.

<sup>1466</sup> Cfr. sul punto, anche E. STENICO, *L'esercizio*, cit., 137.

<sup>1467</sup> Cfr. anche le proposte di revisione della disciplina caldegiate da C. ZOLI, *Il controllo*, cit., 502 il quale insiste sulla necessità di consentire al datore di lavoro "...di utilizzare le informazioni che abbia acquisito accidentalmente e con modalità non lesive dei diritti primari del lavoratore, sempre che non riguardino suoi dati sensibili."

La legge delega potrebbe essere l'occasione per risistemare l'intricata intelaiatura normativa che insiste in materia, per una sua necessaria razionalizzazione, che dovrebbe portare, come segnalato dagli interpreti, alla tanto auspicata legislazione "di settore"<sup>1468</sup>.

Tale operazione richiede, tuttavia, un complesso lavoro di sapiente "incastro" tra disciplina *speciale*, assicurata dallo Statuto, e regolamentazione *generale*, apprestata dal Codice della *privacy* (non saprei dire quanto compatibile con la frenesia riformatrice manifestata dall'attuale compagine governativa). In ogni caso si potrebbe rinforzare la sensazione che la disciplina statutaria costituisce pur sempre un elemento (sia pure significativo) della regolamentazione generale a tutela della riservatezza dell'individuo.

---

<sup>1468</sup> Per tale "auspicio" v. A. BELLAVISTA, *Esiste*, cit., 178 s.

## Occupational Health and Safety: a European and Comparative Legal Perspective\*

Edoardo Ales

1. Introduction.	536
2. The Legal Framework.	538
2.1 Before the Single European Act (1974 – 1986).	539
2.2 The Single European Act.	541
2.3 The Framework Directive.	543
2.4 The Individual Directives in two examples: temporary or mobile construction sites and pregnancy, maternity and breastfeeding.	545
2.4.1 Temporary or mobile construction sites.	546
2.4.2 Maternity.	547
2.5 Fixed-term and temporary employment relationships.	550
2.6 Young people at work.	551
2.7 Working time (in the Health Care Sector).	552
3. The Legal Analysis.	553
4. OHS in some Member States: a comparative view.	556
4.1 Nature and scope of the OHS obligations.	556
4.2 Risk: notion and typologies.	558
4.3 Personal scope of application of the OHS legislation.	560
4.4 Workers' participation.	560
4.5 Compliance and control.	561
4.6 Civil, administrative and criminal consequences of violation of OHS provisions.	563
5. Conclusions.	566

---

\* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 120/2015

## 1. Introduction.

'There is nothing in the wording of Article 118a [TEC] to indicate that the concepts of "working environment", "safety" and "health" as used in that provision should, in the absence of other indications, be interpreted restrictively, and not as embracing all factors, physical or otherwise, capable of affecting the health and safety of the worker in his working environment, including in particular certain aspects of the organization of working time. On the contrary, the words "especially in the working environment" militate in favour of a broad interpretation of the powers which Article 118a confers upon the Council for the protection of the health and safety of workers. Moreover, such an interpretation of the words "safety" and "health" derives support in particular from the preamble to the Constitution of the World Health Organization to which all the Member States belong. Health is there defined as a state of complete physical, mental and social well-being that does not consist only in the absence of illness or infirmity.'<sup>1469</sup>

So, in its landmark decision of 1996, dismissing the British Government's arguments against the Working Time Directive,<sup>1470</sup> the Court of Justice of European Union (hereafter also CJEU) has provided a clear-cut answer to the crucial question of what does occupational health and safety (hereinafter OHS) mean in the community legal and political discourse.

By doing so, the Court confirms, on the one hand, the recognition of unregulated working time as a major source of risk.<sup>1471</sup>

On the other, by adopting the notion of health as defined into the WHO Constitution, the CJEU broadens the concept of risk from mere physical to psychical and psychosocial<sup>1472</sup>, thus emphasising the relevance of the workplace as 'environment' where the worker has the right to reach a state of complete physical, mental and social well-being.

<sup>1469</sup> Case C-84/94 *United Kingdom v Council* [1996] ECR I-5793, point 15.

<sup>1470</sup> Council Directive (EC) 93/104 concerning certain aspects of the organisation of working time [1993] OJ L307/18.

<sup>1471</sup> On the 1996 decision of the CJEU and on the follow up of that regulation also in an HSO perspective see Evelyn Ellis, 'Case C-84/94 *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council* [1996]', (1997) 34 CML Rev. 1049; Barry Fitzpatrick, 'Straining the Definition of Health and Safety?', (1997) 26 ILJ 115; Stephen Hardy, 'Harmonising European Working Time in an Enlarged EU: A Case of Failed 'Humanisation'?', (2006) 22 IJCLIR 563; Jeff Kenner, 'Re-evaluating the concept of working time: an analysis of recent case law', (2004) 35 IRJ 588; Jeff Kenner, 'Working Time, Jaeger and the Seven-Year Itch', (2005) 11 Colum.J.Eur.L. 53; Tobias Nowak, 'The Working Time Directive and the European Court of Justice' (2008) 15 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 447; Piet Van Nuffel, 'Working Time Directive (UK v Council)', (1997) 3 Colum.J.Eur.L. 298; Lisa Waddington, 'Towards a Healthier and More Secure European Social Policy?', (1997) 4 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 83.

<sup>1472</sup> On psychosocial risks see, at least, Gian Guido Balandi and others, *Organisational and Psychosocial Risks in Labour Law. A Comparative Analysis*, (2012) I WORKING PAPERS DI OLYMPUS No. 14/2012 <<http://ojs.uniurb.it/index.php/WP-olympus/article/view/31>> accessed 25 September 2014; Stavroula Leka and Evelyn Kortum, 'A European framework to address psychosocial hazards', (2008) 50 J Occ Health 228; Stavroula Leka and Tom Cox (ed), *The European Framework for Psychosocial Risk Management: PRIMA-EF* (I-WHO Publications, Nottingham 2008); Stavroula Leka and others, 'The development of the European Framework for Psychosocial Risk Management: PRIMA-EF', (2011) 53 J Occ Health 137; Stavroula Leka and others, 'The role of policy for the management of psychosocial risks at the workplace in the European Union', (2011) 49 Safety Sci 558; Stavroula Leka and others, 'Developing a standard for psychosocial risk management: PAS 1010', (2011) 49 Safety Sci 1047; Katherine Lippel, 'Regulation of psychosocial risk factors at work: An international overview', (2011) 49 Safety Sci 543; David Walters, 'Worker representation and psycho-social risks: A problematic relationship?', (2011) 49 Safety Sci 599.

Although one has to bear in mind that *physical* health (and safety) remain 'the' focus of any OHS protection and management system, one has to point out that the interest for mental and social well-being at work has grown steadily in the last fifty years.

This was mainly due to the joint effort profuse by two UN agencies operating in this field, the International Labour Organisation (hereinafter ILO)<sup>1473</sup> and the World Health Organisation (hereinafter WHO) in researching on the role psychosocial factors play at work, effort that has been formalised into the 1984 Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health<sup>1474</sup>.

According to this:

'The concept of psychosocial factors at work is difficult to grasp, since it represents worker perceptions and experience, and reflects many considerations. Some of these considerations relate to the individual worker, while others relate to the conditions of work and the work environment. Still others refer to social and economic influences, which are outside the workplace but which have repercussions within it. (...) Fundamental individual factors include the worker's capacities and limitations relative to job demands, and the fulfilment of needs and expectations. Working conditions and the work environment include the task itself, physical conditions at the jobsite, worker/co-worker/supervisor relations, and management practices. Factors external to the workplace but relevant to psychosocial concerns at work include familial or private-life concerns, cultural elements, nutrition, ease of transport, and housing.'

'Worker's limitations relative to job demands and the fulfilment of needs and expectations' may lead to stress at work. In fact, according to the European Social Partner, which signed an Autonomous Framework Agreement on 8 October 2004, stress can be described (not defined) as 'a state, which is accompanied by physical, psychological or social complaints or dysfunctions and which results from individuals feeling unable to bridge a gap with the requirements or expectations placed on them. The individual is well adapted to cope with short-term exposure to pressure, which can be considered as positive, but has greater difficulty in coping with prolonged exposure to intensive pressure. Moreover, different individuals can react differently to similar situations and the same individual can react differently to similar situations at different times of his/her life. Stress is not a disease but prolonged exposure to it may reduce effectiveness at work and may cause ill health.'<sup>1475</sup>

---

<sup>1473</sup> Even though the ILO does not regard OHS as a Core Labour Standard (CLS). On CLS and their controversial role see, with opposite views, Philip Alston, "'Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime' (2004) 15 EJIL 457 and Brian A Langille, 'Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston)' (2005) 16 EJIL 409. The right to healthy and safe working conditions is seen as a human right by Jeffrey Hilgert, 'The Future of Workplace Health and Safety as a Fundamental Human Right' (2013) 34 Comp.Lab.L. & Pol'y J. 715.

<sup>1474</sup> 'Psychosocial factor at work. Recognition and control. Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health Ninth Session Geneva, 18-24 September 1984'.

<sup>1475</sup> On the European Social Dialogue, also with reference to the Framework Agreement referred to in the text see at least Ann Branch, 'The Evolution of the European Social Dialogue Towards Greater Autonomy: Challenges and Potential Benefits', (2005) 21 IJCLIR 321; Michael Ertel and others, 'European social dialogue on psychosocial risks at work: Benefits and challenges' (2010) 16 EJIR 169; Berndt Keller, 'Social Dialogue – The Specific Case of the European Union' (2008) 24 IJCLIR 201; Berndt Keller and Sabrina Weber, 'Sectoral social dialogue at EU level: Problems and prospects of implementation' (2011) 17 EJIR 227; Evelyne Léonard, 'European Sectoral Social Dialogue: An Analytical Framework' (2008) 14 EJIR 401; Marco Peruzzi, 'Autonomy in European Social Dialogue' (2011) 27 IJCLIR 3;

On the other hand, *harassment*<sup>1476</sup> may be regarded as being referable to and as deriving from 'bad worker/co-worker/supervisor relations, and bad management practices'. Not surprisingly already in 1991, the European Commission (the Commission hereinafter), in its recommendation of 29 May 1990 on the protection of the *dignity* of women and men at work,<sup>1477</sup> affirms that conduct based on sex affecting the dignity of women and men at work, including conduct of superiors and colleagues, constitutes an intolerable violation of the dignity of workers or trainees, and calls on the Member States and other EU institutions to develop positive measures designed to create a climate at work in which women and men respect one another's human integrity.

A factor external to the workplace but relevant to psychosocial concerns at work, which has risen (labour) lawyers' interest, is the so-called work/life balance,<sup>1478</sup> i.e. to what extent work organisation facilitates workers (hopefully not only female) with care responsibilities (not only towards children, but also disable and/or elderly relatives), helping them in finding a sustainable combination between work on the market and care work at home.

## 2. The Legal Framework<sup>1479</sup>.

OHS is, together with equal treatment between man and women and free movement of workers, the oldest social commitment of the Community Institutions,<sup>1480</sup> as confirmed by the setting up of the Mines Safety Commission (MSC) in September 1956<sup>1481</sup>, already under the aegis of the European Coal and Steel Community (ECSC).

---

Thomas Prosser, 'The implementation of the Telework and Work-related Stress Agreements: European social dialogue through 'soft' law?' (2011) 17 EJIR 245.

<sup>1476</sup> On sexual and moral harassment see at least Gabrielle S. Friedman and James Q. Whitman, 'The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity', (2003) 9 Colum.J.Eur.L. 241; Loic Lerouge, 'Moral Harassment in the Workplace: French Law and European Perspectives' (2010) 32 Comp.Lab.L. & Pol'y J. 109; Loic Lerouge and L. Camille Hebert, 'The Law of Workplace Harassment of the United States, France, and the European Union: Comparative Analysis After the Adoption of France's New Sexual Harassment Law' (2013) 35 Comp.Lab.L. & Pol'y J. 93; Eoin Quill, 'Employers' Liability for Bullying and Harassment' (2005) 21 IJCLIR 645. Specifically on bullying, see Katherine Lippelt, 'The Law of Workplace Bullying: an International Overview' (2010) 32 Comp.Lab.L. & Pol'y J. 1; Manuel Velazquez, 'The Spanish Code of Practice on Work-Related Bullying: Reflections on European Law and Its Impact on a National Strategy for Labor Inspectors', (2010) 32 Comp.Lab.L. & Pol'y J. 185.

<sup>1477</sup> European Commission, Recommendation 27 November 1991 on the protection of the dignity of women and men at work [1992] OJ C27/04.

<sup>1478</sup> See on it Eugenia Caracciolo and Annick Masselot, *Reconciling Work and Family Life in EU Law and Policy* (Palgrave Macmillan, London 2010).

<sup>1479</sup> This chapter, do not provide either a description of all the legal instruments or an article-by-article comment of those selected. This is due to the enormous number of legal instruments that characterizes OHS and to the high degree of technicality typical of such regulations, respectively. We would rather select the most relevant legal instruments and sum up, in a reasoned way, their main features, in order to provide the reader with an overall knowledge of the subject matter.

<sup>1480</sup> On the general structure of EU OHS Law see, at least, Catherine Barnard, *European Employment Law* (4<sup>th</sup> edn OUP, Oxford 2013); Brian Bercusson, 'The Conceptualization of European Labour Law', (1995) 24 IJL 3; R. F. Eberlie, 'The New Health and Safety Legislation of the European Community', (1990) 19 IJL 81; Diana Gagliardi and others, 'Occupational safety and health in Europe: lessons from the past, challenges and opportunities for the future', (2012) 50 Ind Health 7; Jeff Kenner, *EU employment law. From Rome to Amsterdam and beyond* (Hart, Oxford – Portland, Oregon 2003); Alan C. Neal, 'The European Framework Directive on the Health and Safety of Workers: Challenges for the United Kingdom?' (1990) 6 IJCLIR 80; Berta Valdés de la Vega, 'Occupational Health and Safety: An EU Perspective' in Edoardo Ales (ed), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013); Manfred Weiss, 'European Labour Law in Transition from 1985 to 2010' (2010) 26 IJCLIR 3; Frank B. Wright, 'The Development of Occupational Health and Safety Regulation in the European Communities' (1992) 8 IJCLIR 32.

<sup>1481</sup> The MSC has been merged into the Advisory Committee on Safety and Health at Work in 2003 (Council Decision (EU) 22.07.2003 [2003] OJ C 218/01), which, at its turn has substituted the Advisory Committee on Safety, Hygiene and Health Protection at work

On the other hand, the Treaty establishing the European Economic Community (hereinafter also TEC), signed in Rome in 1957, did not recognise either a general or a specific regulatory competence to the Community Institutions in the social and in the OHS field, respectively. In fact, article 118 TEC only emphasized that “[w]ithout prejudice to the other provisions of this Treaty and in conformity with its general objectives, it shall be the aim of the Commission to promote close collaboration between Member States in the social field, particularly in matters relating to (...) protection against occupational accidents and diseases, industrial hygiene. (...) For this purpose, the Commission shall act in close contact with Member States by means of studies, the issuing of opinions, and the organising of consultations both on problems arising at the national level and on those of concern to international organisations.”.

### 2.1 Before the Single European Act (1974 – 1986).

Notwithstanding the lack of regulatory competences, in the early Seventies Member States and Community Institutions have decided to activate themselves in the social domain. 1974 has represented one of the most significant turning points in the history of the social commitment of the EEC. The Social Action Programme<sup>1482</sup> adopted in that year indicated various objectives to be achieved in order to increase that commitment. Among those objectives, crucial for the topic we are dealing with, the harmonization of working conditions while the improvement is being maintained, which, indeed should have been and should still be one of the main driver of Community/Union action according to article 117 TEC (now article 151 TFEU).

More specifically, the idea was “to establish an action programme for workers aimed at the humanization of their living and working conditions, with particular reference to: [a] the improvement in safety and health conditions at work and, [b] to the gradual elimination of physical and psychological stress which exists in the place of work and on the job, especially through improving the environment and seeking ways of increasing job satisfaction.”.

From the Social Action Programme 1974 has derived the Action Programme on Safety and Health at Work 1978<sup>1483</sup> based on actions such as (a) research on accident and disease aetiology connected with work; (b) protection against dangerous substances; (c) prevention of the dangers and harmful effects of machines; (d) monitoring and inspection - improvement of human attitudes.

Those actions were accompanied by six concrete initiatives to be taken by the Commission: (i) the incorporation of safety aspects into the various stages of design, production and operation;

---

established in 1974 by Council Decision (EC) 74/325/EEC [1974] OJ L185/15. The Advisory Committee on Safety and Health at Work has “the task of assisting the Commission in the preparation, implementation and evaluation of activities in the fields of safety and health at work” (article 2(1)). In order to accomplish the above tasks, the Committee shall cooperate with the other Committees, which are competent for safety and health at work within the EU, inter alia with the Senior Labour Inspectors Committee and the Scientific Committee for Occupational Exposure Limits to Chemical Agents, mainly by exchanging information (article 2(3)). The Committee is a tripartite body, which consists of three full members for each Member State, there being one representative for each of the national governments, trade unions and employers’ organisations (article 3). Within the Committee, there are three interest groups, made up of representatives of national governments, trade unions and employers’ organisations respectively (article 5(1)). It is apparent that, by the Committee, the EU is trying to replicate, as far as OHS is concerned, the same ILO environment.

<sup>1482</sup> Council Resolution (EC) 21.01.1974 [1974] OJ C13/1.

<sup>1483</sup> Council Resolution (EC) 29.06.1978 [1978] OJ C165/1.

(ii) the determination of exposure limits for workers with regard to pollution and harmful substances present or likely to be present at the workplace; (iii) more extensive monitoring of workers' safety and health; (iv) research on accident and disease etiology and assessment of the risks connected with work; (v) coordination and promotion of research on occupational safety and health; (vi) development of safety and health consciousness by education and training.

The main product of the 1978 OHS Action Programme is represented by the adoption of Directive 80/1107/EEC<sup>1484</sup> on the protection of workers from the risks related to exposure to chemical<sup>1485</sup>, physical and biological agents at work. What is interesting to stress from a juridical point of view, is that in order to overcome the lack of a specific Treaty provision allowing the Council to act within the social domain, it was decided to recur to article 100 TEC, which has to do with the approximation of national legislations in case their differences are likely to hamper the functioning of the common market.

In fact, according to the Preamble of the Directive "(...) certain differences are revealed by an examination of the measures taken by Member States to protect workers from the risks related to exposure to chemical, physical and biological agents at work; (...) therefore, in the interests of balanced development, these measures, which directly affect the functioning of the common market, should be approximated and improved [in accordance with article 117 TEC]; (...) this approximation and improvement should be based on common principles".

Making reference to article 117 TEC, the Directive excludes that approximation will entail a race to the bottom or a negative integration<sup>1486</sup>, since it shall have, on the contrary, the highest standard provided by national legislation as benchmark. This, unfortunately, does not mean that such a standard will be necessarily adopted as common one. Nevertheless, such a reference allows Member States with higher standards of protection to carry on, within the Council, a political bargain from a strength position.

Furthermore, anticipating a solution which would have been generalized by the Single European Act (hereinafter SEA), the directive "shall not prejudice the right of Member States to apply or introduce laws, regulations or administrative provisions ensuring greater protection for workers."

According to Directive 80/1107/EEC, OHS should, as far as possible, be ensured by measures preventing exposure to chemical, physical and biological agents or keep it at as low a level *as is reasonably practicable*. In such a perspective, the Directive provides for (individual and collective) protective measures only in case prevention is not made possible by the need of using the relevant agent. Preventive and protective measures, at their turn, divide themselves into *basic* and *additional*, the latter applying where agents appear in the initial list provided by Annex I of the Directive, meaning that they are more dangerous.

<sup>1484</sup> Council Directive (EC) 80/1107/EEC [1980] OJ L327/8.

<sup>1485</sup> On chemical agents, see also Regulation (EC) 1907/2006 concerning (among the others) the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), analysed in this book by William Onzivu. On the relationship between REACH and OHS see Tony Musu, *REACHing the workplace. How workers stand to benefit from the new European policy on chemical agents* (TUTB, Brussels 2006).

<sup>1486</sup> See Catherine Barnard and Simon Deakin, 'Negative' and 'Positive' Harmonization of Labour Law in the European Union, (2002) 8 Colum.J.Eur.L. 389.

Among *Basic measures*, one has to emphasize the crucial role of preventive risk assessment carried out by the entrepreneur. Furthermore, the entrepreneur shall make limited use of (or even ban) dangerous agents at workplace, reducing, in any case, to the minimum the number of workers exposed or likely to be exposed. Moreover, workers and/or their representatives shall receive information and training on all the measures adopted (basic or additional). Warning and safety signs shall be used and surveillance of the health of workers provided.

Among *Additional measures*, emphasis has to be put on the medical surveillance of workers prior to exposure and thereafter at regular intervals and on the access by workers and/or their representatives to appropriate information in order to improve their knowledge of the dangers to which they are exposed.

More in general, workers' representatives have the right to check that prevention and protection provisions are applied and can be involved in their application.

One may say that Directive 80/1107/EEC, as the others that have followed, echoes the recommendations of the famous Robens Report<sup>1487</sup>. However, “[i]t is (..) debatable how much credit can actually be attributed to the Committee of Inquiry on Safety and Health at Work for the originality of much the ideas and recommendations contained in its report and arguably (..) Nordic approaches both predated and were more advanced in many respects than the Robens recommendations.”<sup>1488</sup>

## 2.2 The Single European Act.

OHS has been at the very centre stage of the second, crucial turning point in the history of the social commitment of the EEC.

In fact, according to Article 118a TEC, introduced by the SEA in 1986,<sup>1489</sup> Member States shall pay particular attention to encouraging improvements, especially in the working environment, as regards OHS, and shall set as their objective the harmonization of condition in this field, while improvement has been maintained (par. 1).

In order to help to achieve that objective, the Council, acting by a qualified majority, shall adopt, by means of directives, minimum requirements to be gradually implemented, having regard to the conditions and technical rules present in each Member State. Such directives shall avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way that would hamper the creation and development of small and medium-sized undertakings (par. 2).

<sup>1487</sup> On the Robens Report, delivered in 1972 to the British Parliament by the Committee of Inquiry on Safety and Health at Work chaired by Lord Robens, see at least Brenda Barrett, 'Safety Representatives, Industrial Relations and Hard Times', (1977) 6 ILJ 165; R. C. Browne, 'Safety and health at work: The Robens Report', (1973) 30 Br J Ind Med 87; R. W. L. Howells, 'The Robens Report', (1972) 1 ILJ 185; Phil James, 'Reforming British Health and Safety Law: a framework for discussion', (1992) 21 ILJ 83; Anthony D. Woolf, 'Robens Report-The Wrong Approach?', (1973) 2 ILJ 88.

<sup>1488</sup> David Walters, *Workplace Arrangements for Worker Participation in OHS. In OHS Regulation for a Changing World of Work* (Bluff, Gunningham and Johnstone Eds), (Federation Press, Sydney 2004), 68.

<sup>1489</sup> On the SEA, the first aborted attempt to create something very close to a political union, see George A. Bermann, 'The Single European Act: A New Constitution for the Community?', (1989) 27 Colum.J.Transnat'l L. 529; Maximilian Fuchs, 'The Bottom Line of European Labour Law (PART II)', (2004) 20 IJCLIR 423; Juliet Lodge, 'The Single European Act: Towards a New Euro-Dynamism?', (1986) 3 JCMS 203; Majone, 'The European Community Between Social Policy and Social Regulation', (1993) 31 JCMS 153.

The provisions adopted pursuant to article 118a shall not prevent Member States from maintaining or introducing more stringent measures for the protection of working conditions whether compatible with the Treaty (par. 3).

Some aspects of article 118a TEC deserve to be emphasised:

- OHS has been chosen as the first subject on which Community Institutions have been allowed to exercise regulatory competences within the social field. This has happened both because its social relevance both for its economic impact as cost factor for companies. Too extensive differences among national regulations would have provided huge competitive advantages to companies established in member States with lower levels of OHS protection;
- community legislation shall respect the principle of vertical subsidiarity, in the sense that Member State remain the first to be committed to the achievement of the goals set in article 118a(1) TEC;
- Member States are also called to implement community legislation which is going to be adopted through directives, approved, if needed, by making recourse to qualified majority voting (so called QMV);
- directives will impose minimum requirements to Member States;
- in any case, implementation of directives shall not represent a ground for regression in the level of protection already provided by Member States;
- on the other hand, directives shall avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way that would hamper the creation and development of small and medium-sized undertakings;
- last but not least, Member States are allowed to maintain or introduce measures more stringent than that one provided as minimum requirements by the directives, under condition that they are compatible with the Treaty, even though, of course, higher level of protection will condemn national companies to a competitive disadvantage<sup>1490</sup>.

Referred to OHS within the SEA, such conditions have been extended to the action of Community Institutions within the social domain as a whole by the Maastricht Social Policy Agreement & Protocol (1991) and by the Amsterdam Treaty (1997). Enriched by several competences, not all to be exercised by QMV, being some subjected to unanimity, article 118a is now numbered 153 by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

The end of the Eighties has been also characterized by the solemn proclamation in Strasbourg of the Community Charter of Fundamental Social Rights of workers (hereafter Community Social

---

<sup>1490</sup> "A national provision which requires the employer to reduce workers' exposure to a carcinogen irrespective of the assessment of risks is not contrary to that directive where it constitutes a more stringent measure for the protection of working conditions authorised by Article 118a(3) of the EC Treaty (...)": Case C-2/97 *Borsana* [1998] ECR I-08597. On the contrary, directives adopted on the basis of Article 100a TEC such as the directive 89/686/EEC, aiming to attain the objective of ensuring the free movement of personal protection equipment between the Member States, preclude them from prohibiting, restraining or interfering with the putting on the market of such equipment, which satisfies its provisions and which bears the EC marking, by evoking the more stringent protection argument: Case C-103/01 *Commission v Germany* [2003] ECR I-05369.

Charter)<sup>1491</sup>, in 1989. Although not provided with *legal effect*, as pointed out by Kenner, the Community Social Charter has produced relevant *legal consequences*, “often serving to reinforce an otherwise shaky legal foundation. For example the trinity of directives on pregnancy and maternity, the organisation of working time and young workers – all based on the health and safety imperative (..) – each contains references in their Preambles to the Community Social Charter as source of inspiration.”<sup>1492</sup>

In fact, point 19 provides that: “Every worker must enjoy satisfactory health and safety conditions in his working environment. Appropriate measures must be taken in order to achieve further harmonization of conditions in this area while maintaining the improvements made. These measures shall take account, in particular, of the need for the training, information, consultation and balanced participation of workers as regards the risks incurred and the steps taken to eliminate or reduce them. The provisions regarding implementation of the internal market shall help to ensure such protection.”.

### 2.3 The Framework Directive.

The fact that the time was right for Community Institutions to act again in the field of OHS is confirmed by the adoption, only some months before the declaration of the Community Social Charter, of Directive 89/391/EEC<sup>1493</sup> (hereinafter the Framework Directive).

The Framework Directive is still the major instrument within EU OHS Law and has deeply influenced OHS legislations of Member States<sup>1494</sup>. It provides a comprehensive - in principle regulation of the subject matter, leaving to the Member States the task to identify the nature of employer’s liability and, as usually happens to directives insisting on the social field, to define sanctions to be applied in case of their violation.

Therefore, at least the main features of the Framework Directive shall be recalled.

The Framework Directive covers all sectors of activity and all employers, both public and private, except certain specific public service activities, such as the armed forces, the police, or certain specific activities in the civil protection services<sup>1495</sup>. However, in those domains too, OHS must be ensured, as far as possible, in the light of the objectives of the Framework Directive.

<sup>1491</sup> See on it Brian Bercusson, ‘The European Community’s Charter of Fundamental Social Rights of Workers’, (1990) 53 MLR 624; Bob Hepple, ‘The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights’, (1990) 53 MLR 643.

<sup>1492</sup> Jeffrey Kenner, ‘Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility’, in Tamara K. Hervey, Jeffrey Kenner (eds) *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective* (Hart, Oxford – Portland, Oregon 2003) 10.

<sup>1493</sup> Directive (EC) 89/391 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work [1989] OJ L183/1.

<sup>1494</sup> See Edoardo Ales, ‘Occupational Health and Safety: A Comparative Perspective’, in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013); Marco Biagi, ‘From Conflict to Participation in Safety: Industrial Relations and the Working Environment in Europe 1992’ (1990) 6 IJCLIR 67; Victoria Howes, ‘Health and Safety Regulatory Framework – A Comparative Perspective’ (2003) 19 IJCLIR 85.

<sup>1495</sup> This is not the case of “the activity of primary care teams” and of “activities of emergency workers in attendance in an ambulance or emergency medical vehicle in the framework of an emergency service for the injured or sick” to which, on the contrary, the Framework Directive and, therefore, the Working Time Directive (see below) apply: Case C-303/98 SIMAP [2000] ECR I-07963; Joined Cases C-397/01 to C-403/01 *Pfeiffer* [2004] ECR I-08835, respectively.

As for the contents, the employer shall take any necessary measure for OHS,<sup>1496</sup> shaping them according to some general principles of prevention. They are worth to be recalled in details since they apply to OHS EU Law as a whole.

They are: (i) avoiding risks; (ii) evaluating all<sup>1497</sup> the risks which cannot be avoided (the so called risk assessment); (iii) combating the risks at source; (iv) adapting the work to the individual, especially as regards the design of work places, the choice of work equipment and of working and production methods, with a view, in particular, to alleviating monotonous work and work at a predetermined work-rate and to reducing their effect on health; (v) adapting to technical progress and to changing circumstances; (vi) replacing the dangerous by the non-dangerous or the less dangerous; (vii) developing a coherent overall prevention policy which covers technology, organization of work, working conditions, social relationships and the influence of factors related to the working environment<sup>1498</sup>; (viii) giving collective protective measures priority over individual protective measures; (ix) giving appropriate instructions to the workers; (x) being in possession of an assessment of the risks to OHS, including those facing groups of workers exposed to particular risks<sup>1499</sup>.

Furthermore, the employer shall designate one or more workers capable<sup>1500</sup> to carry out activities related to OHS within the company. Designated workers may not be placed at any disadvantage because of their activities related to OHS and they shall be allowed adequate time to fulfil their obligations. If such protective and preventive measures cannot be organized for lack of competent personnel within the company, the employer shall enlist competent external services or persons<sup>1501</sup>. By doing that, the employer does not discharge herself from her responsibilities in this

---

<sup>1496</sup> However, the respect the objective of Directive 89/391, consisting in 'the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work', can be attained by means other than the setting up of a no-fault liability regime for employers, i.e., as for Section 2(1) of the British Health and Safety at Work etc. Act 1974 "so far as is reasonably practicable": Case C-127/05 *Commission v United Kingdom* [2007] ECR I-04619.

<sup>1497</sup> Case C-49/00 *Commission v Italy* [2001] ECR I-08575.

<sup>1498</sup> On the impact of a changing work environment on OHS see Theoni Koukoulaki, 'New trends in work environment – New effects on safety', (2010) 48 *Safety Sci* 936; Gerasimos Papadopoulos and others, 'Occupational and public health and safety in a changing work environment: An integrated approach for risk assessment and prevention', (2010) 48 *Safety Sci* 963.

<sup>1499</sup> "By failing to ensure that the obligation to be in possession of an assessment in documentary form of the risks to safety and health at work, as laid down by Council Directive 89/391/EEC (...), applies to employers of 10 or fewer workers in all circumstances, the Federal Republic of Germany has failed to fulfil its obligations under Articles 9(1)(a) and 10(3)(a) of that directive": Case C-5/00 *Commission v Germany* [2002] ECR I-01350.

<sup>1500</sup> "It must be noted that (...) it is for the Member State to define the capabilities and aptitudes necessary for the persons or services covered by paragraph 5 of that provision, who are responsible for protection from and prevention of occupational risks in undertakings. (...) In order to implement that obligation, Member States must adopt laws or regulations which comply with the requirements of the directive and which are brought to the attention of the undertakings concerned by appropriate means, so as to enable them to be aware of their obligations in the matter and the competent national authorities to check that those measures are complied with. (...) The approach consisting of entrusting the employer with the responsibility to determine the capabilities and aptitudes necessary to ensure protection from and prevention of occupational risks, obviously does not satisfy the requirements of Article 7(5) and (8) of the directive": Case C-49/00 *Commission v Italy* [2001] ECR I-08575.

<sup>1501</sup> "The decision, given expression in Article 7 of the Directive, to favour, where there is sufficient competent personnel within the undertaking, participation of the workers in the activities related to protection against and prevention of occupational risks over the enlistment of external competent persons or services is an organisational measure consistent with the aim of participation of workers in their own safety. (...) Employers thus [do not] enjoy a freedom of choice between internal and external organisation of activities related to protection against and prevention of occupational risks, whereas the Directive does not provide them with such a choice but rather lays down an order of precedence between the two alternatives by reference to an objective criterion, namely the existence or absence within the undertaking and/or establishment of staff possessing the appropriate competence to carry out those activities": Case C-441/01 *Commission v The Netherlands* [2003] ECR I-05463.

area. In the same way, workers' obligations in the field of OHS shall not affect the principle of the responsibility of the employer.

More in general, where the employer entrusts tasks to a worker, she shall take into consideration the worker's capabilities as regards OHS. In such a perspective, the employer shall take appropriate steps to ensure that only workers who have received adequate instructions may have access to areas where there is serious and specific danger. Workers who, in the event of serious, imminent and unavoidable danger, leave their workstation and/or a dangerous area may not be placed at any disadvantage because of their action and must be protected against any harmful and unjustified consequences by national legislations. OHS measures, in no circumstances, may involve the workers in financial cost.

Where several undertakings share a workplace, the employers shall cooperate in implementing the OHS provisions and, taking into account the nature of the activities, shall coordinate their actions in matters of the protection and prevention of occupational risks, and shall inform one another and their respective workers and/or workers' representatives of these risks.

The employer shall take appropriate measures so that workers and/or their representatives within the company receive all the necessary information concerning OHS. Moreover, employers shall consult, in advance and in good time, workers and/or their representatives and allow them to take part in discussions on all questions relating OHS (so called *balanced participation*). Workers' representatives with specific responsibility for OHS shall have the right to ask the employer to take appropriate measures and to submit proposals to him or her to that end to mitigate hazards for workers and/or to remove sources of danger. Workers and workers' representatives with specific responsibility for OHS may not be placed at a disadvantage because of their respective activities. Employers must allow workers' representatives with specific responsibility for OHS adequate time off work, without loss of pay, and provide them with the necessary means to enable such representatives to exercise their rights and functions deriving from the Framework Directive. Workers and/or their representatives are entitled to appeal, in accordance with national law and/or practice, to the authority responsible for OHS if they consider that the measures taken and the means employed by the employer are inadequate for the purposes of ensuring OHS. Workers' representatives must be given the opportunity to submit their observations during inspection visits by the competent authority.

According to the Framework Directive, particularly sensitive risk groups must be protected against the dangers, which specifically affect them. In the same perspective, individual Directives shall be adopted, *inter alia*, within the specific areas listed in the Annex of the Framework Directive.

#### 2.4 The Individual Directives in two examples: temporary or mobile construction sites and pregnancy, maternity and breastfeeding.

For a matter of space, it would be impossible even to list the Individual Directive adopted under the provision of article 16(1) of the Framework Directive. Rather, it will be interesting to highlight

the main feature of two of the most significant, i.e. Directive 92/57/EEC<sup>1502</sup> on temporary or mobile construction sites (eighth individual directive), that covers one of the work environment in which OHS is more at risk; and Directive 92/85/EEC<sup>1503</sup> on pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual directive), that has finally recognised protection to motherhood within EU Labour Law.<sup>1504</sup>

A feature common to all Individual Directives, is that the provisions of the Framework Directive remain applicable to the specific sector covered by the Individual Directive without prejudice to more stringent and/or specific provisions contained in the Individual Directive. One could say that Individual Directives complement the Framework Directive.

#### 2.4.1 Temporary or mobile construction sites.

Directive 92/57/EEC refers to any construction site at which building or civil engineering works are carried out.

As first and foremost protection measure, the client, meaning any natural or legal person for whom a project is carried out, or the project supervisor, meaning any natural or legal person responsible for the design and/or execution and/or supervision of the execution of a project, acting on behalf of the client, shall<sup>1505</sup> appoint an OHS coordinator at the project preparations stage and an OHS coordinator at the project execution stage, for any construction site on which more than one contractor is present<sup>1506</sup>. However, the appointment of the OHS coordinators does not relieve the client or project supervisor of her responsibilities as far as the tasks of the coordinators are concerned.

As second prevention measure, the client or the project supervisor shall ensure that prior to the setting up of a construction site, an OHS plan is drawn up, defining the rules applicable to the

<sup>1502</sup> Council Directive (EC) 92/57 on the implementation of minimum safety and health requirements at temporary or mobile construction sites (eighth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) [1992] OJ L245/6.

<sup>1503</sup> Council Directive (EC) 92/85 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) [1992] OJ L348/1.

<sup>1504</sup> Of course, relevant for the subject of well-being at work, in the perspective of a commitment towards care shared between parents, would be also be Council Directive (EU) implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC [2010] OJ L68/13. See on it Eugenia Caracciolo di Torella, 'Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union' (2014) 20 *ELJ* 88 and Mijke Houwerzijl, '2010/18/EU: Parental Leave' in Monika Schlachter (ed), *EU Labour Law. A Commentary* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014).

<sup>1505</sup> Article 3(1) of Directive 92/57 precludes national legislation under which, for private works not subject to planning permission on a construction site, on which more than one contractor is to be present, it is possible to derogate from the requirement imposed on the client or project supervisor to appoint a coordinator for safety and health matters at the project preparation stage or, in any event, before the works commence. Furthermore, article 3(2) of Directive 92/57, precludes national legislation under which the requirement for the coordinator responsible for the execution stage of the works to draw up a safety and health plan is confined to the situation in which more than one contractor is engaged on a construction site involving private works that are not subject to that obligation and which does not use the particular risks such as those listed in Annex II to the directive as criteria for that requirement: Case C-224/09 *Commission v Italy* [2010] ECR I-09295.

<sup>1506</sup> On the crucial issue of subcontracting see Phil James and others, 'Regulating Supply Chains to Improve Health and Safety', (2007) 36 *ILJ* 163; David Walters and Phil James, 'What motivates employers to establish preventive management arrangements within supply chains?' (2011) 49 *Safety Sci* 988.

construction site concerned, taking into account, where necessary, the industrial activities performed on the site and including specific measures concerning work involving particular risks for OHS (Annex II of the Directive).

Furthermore, in the case of constructions sites (i) on which work is scheduled to last longer than 30 working days and on which more than 20 workers are occupied simultaneously, or (ii) on which the volume of work is scheduled to exceed 500 person-days, the client or the project supervisor shall communicate a prior notice to the competent authorities before work starts.

When the work is being carried out, the employers operating within the site, under coordination and supervision of the OHS coordinator at the project execution stage, are, among the others, responsible of: (i) keeping the construction site in good order and in a satisfactory state of cleanliness; (ii) verifying the conditions under which the dangerous materials used are removed; (iii) providing for the storage and disposal or removal of waste and debris; (iv) stimulating cooperation between employers and self-employed operating on the site; (v) taking into account the interaction with industrial activities at the place within which or in the vicinity of which the construction site is located (so called interference risks).

Last but not least, consultation and participation of workers and/or of their representatives shall take place ensuring whenever necessary proper coordination between workers and/or workers' representatives in undertakings carrying out their activities at the workplace, having regard to the degree of risk and the size of the work site.

#### 2.4.2 Maternity.

As to Directive 92/85/EEC<sup>1507</sup>, in general, it has to be stressed that it is strictly intertwined with EU Antidiscrimination Law, mainly but not exclusively, on the ground of sex. The link is of course self-evident but it has been strengthened by the fact that the delay in introducing a EU legislation on maternity has pushed the CJEU to elaborate a protection of the pregnant women referring to the anti-discrimination directives,<sup>1508</sup> relying, above all, on the fact that pregnancy is an event which occurs only to women. However, as we will see below, also after the adoption of Directive 92/85/EEC, the CJEU has kept on assessing national legislation and/or practice in that field referring also to EU Antidiscrimination Law.

Directive 92/85/EEC has been adopted based on Article 15 of the Framework Directive, which provides that particularly sensitive risk groups must be protected against the dangers specifically affecting their OHS.

Pregnant workers, workers who have recently given birth or who are breastfeeding must be looked at as a specific risk group in many respects, and measures must be taken with regard to

---

<sup>1507</sup> On which see Erika Kovács and Christina Hießl, '92/85/EEC: Maternity Protection' in Monika Schlachter (ed), *EU Labour Law. A Commentary* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014).

<sup>1508</sup> Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, as amended by Directive 2002/73/EC and consolidated by Directive 2006/54/EC. See on it Catherine Barnard, *European Employment Law* (4<sup>th</sup> edn OUP, Oxford 2013).

their OHS, avoiding to treat women on the labour market unfavourably or to work to the detriment of EU Antidiscrimination Law.

For the purpose of the Directive, pregnant workers, workers who have recently given birth or who are breastfeeding are regarded as those one who have informed<sup>1509</sup> their employer about their status. Furthermore, as worker shall also be understood someone who provides services to the company as an integral part of it if her activity is carried out (i) for certain period of time, (ii) under the direction or supervision of another body of that company, (iii) against a remuneration.<sup>1510</sup>

For all activities liable to involve a specific risk of exposure to the agents, processes or working conditions of which a non-exhaustive list is given in the Annexes of the Directive, the employer shall assess the nature, degree and duration of exposure of workers belonging to the above mentioned risk group and decide what measures should be taken.

As first and foremost prevention measure, the employer shall take the necessary measures to ensure that, by temporarily adjusting the working conditions and/or the working hours of the worker concerned, the exposure of that worker to the above mentioned risks is avoided. If the adjustment of her working conditions and/or working hours is not technically and/or objectively feasible or cannot reasonably be required on duly substantiated grounds, the employer shall take the necessary measures to move the worker concerned to another job.<sup>1511</sup> If moving her to another job is not technically and/or objectively feasible or cannot reasonably be required on duly substantiated grounds, the worker concerned shall be granted leave in accordance with national legislation and/or national practice<sup>1512</sup> for the whole of the period necessary to protect her OHS.

Secondly, Member States shall take the necessary measures (such as day work or leave from work or extension of maternity leave) to ensure that, subject to submission of a medical certificate stating that this is necessary for their OHS, workers belonging to the above mentioned risk group are not obliged to perform night work during their pregnancy and for a period following childbirth to be determined by the national authority competent for OHS.

<sup>1509</sup> However, "Article 2(1) of Council Directive 76/207/EEC is to be interpreted as precluding a requirement that an employee who, with the consent of her employer, wishes to return to work before the end of her parental leave must inform her employer that she is pregnant in the event that, because of certain legislative prohibitions, she will be unable to carry out all of her duties": Case C-320/01 *Busch* [2003] ECR I-2041 and already Case C-421/92 *Habermann-Beltermann* [1994] ECR I-01657, the latter with reference to night work. Moreover, "Article 2(1) of Directive 76/207/EEC is to be interpreted as precluding an employer from contesting under national law the consent it gave to the reinstatement of an employee to return before the end of her parental leave on the grounds that it was in error as to her being pregnant": Case C-320/01 *Busch* [2003] ECR I-2041.

<sup>1510</sup> Case C-232/09 *Danosa* [2010] ECR I-11405.

<sup>1511</sup> "A pregnant worker who (...) has been temporarily transferred on account of her pregnancy to a job in which she performs tasks other than those she performed prior to that transfer is not entitled to the pay she received on average prior to that transfer. In addition to the maintenance of her basic salary, such a worker is entitled (...) to pay components or supplementary allowances relating to her professional status, such as allowances relating to her seniority, her length of service and her professional qualifications": Case C-471/08 *Parviainen* [2010] ECR I-06533.

<sup>1512</sup> "It is contrary to Council Directive 76/207/EEC and to Council Directive 92/85/EEC for national legislation to provide that an employer may send home a woman who is pregnant, although not unfit for work, without paying her salary in full when he considers that he cannot provide work for her": Case C-66/96 *Høj Pedersen* [1998] ECR I-07327.

Thirdly, Member States shall ensure that workers belonging to the above mentioned risk group<sup>1513</sup> are entitled to a continuous period of maternity leave of a least 14 weeks allocated before and/or after confinement, including a compulsory maternity leave of at least two weeks allocated before and/or after confinement in accordance with national legislation and/or practice. Employment rights, including the maintenance of a payment and/or entitlement to an allowance which guarantees an income at least equivalent to that which the worker concerned would receive in the event of a break in her activities on grounds connected with their state of health must be ensured in accordance with national legislation and/or national practice to workers belonging to the above mentioned risk group. Member States may make entitlement to pay or the allowance conditional upon the worker concerned fulfilling conditions of eligibility which may under no circumstances provide for periods of previous employment exceeding 12 months immediately prior to the presumed date of confinement.

Last but not least, Member States<sup>1514</sup> shall prohibit<sup>1515</sup> the dismissal of workers during the period from the beginning of their pregnancy<sup>1516</sup> to the end of the maternity leave, save in exceptional cases based on substantiated grounds which (i) the employer shall duly cite in writing, (ii) are not connected with their condition, (iii) are explicitly permitted under national legislation and/or practice, provided that, if any<sup>1517</sup>, the competent authority has given its consent.

According to the CJEU, “where a woman is absent owing to illness resulting from pregnancy or childbirth, and that illness arose during pregnancy and persisted during and after maternity leave, her absence not only during maternity leave but also during the period extending from the start of her pregnancy to the start of her maternity leave cannot be taken into account for computation of the period justifying her dismissal under national law. As to her absence after maternity leave,

---

<sup>1513</sup> But not “a female worker who as a commissioning mother has had a baby through a surrogacy arrangement, even in circumstances where she may breastfeed the baby following the birth or where she does breastfeed the baby”. Furthermore, “Article 14 of Directive 2006/54/EC, read in conjunction with Article 2(1)(a) and (b) and (2)(c) of that directive, must be interpreted as meaning that an employer’s refusal to provide maternity leave to a commissioning mother who has had a baby through a surrogacy arrangement does not constitute discrimination on grounds of sex.”: Case C-167/12 *C. D.* [2014] not reported. The same applies to the “refusal to provide paid leave equivalent to maternity leave”. Nor that refusal constitutes discrimination on the ground of disability because the CJEU does not regard as disable “a women who is unable to bear a child and who has availed of a surrogacy arrangement”: Case C-363/12 *Z.* [2014] not reported.

<sup>1514</sup> It has to be stressed, that even in the absence of transposition measures taken by a Member State within the period prescribed, the Directive “confers on individuals rights on which they may rely before a national court against the authorities of that State”: Case C-438/99 *Jiménez Melgar* [2001] ECR I-6915.

<sup>1515</sup> That prohibition refers not only to the notification of a decision to dismiss on the grounds of pregnancy and/or of the birth of a child during the period of protection but also to the taking of preparatory steps for such a decision before the end of that period: Case C-460/06 *Paquay* [2007] ECR I-08511.

<sup>1516</sup> According to the CJEU, “Directive 92/85/EEC and, in particular, the prohibition of dismissal of pregnant workers provided for in Article 10(1) of that directive must be interpreted as not extending to a female worker who is undergoing *in vitro* fertilisation treatment where, on the date she is given notice of her dismissal, her ova have already been fertilised by her partner’s sperm cells, so that *in vitro* fertilised ova exist, but they have not yet been transferred into her uterus.”. On the other hand, “Article 2(1) and 5(1) of Council Directive 76/207/EEC preclude the dismissal of a female worker who is at an advanced stage of *in vitro* fertilisation treatment, that is, between the follicular puncture and the immediate transfer of the *in vitro* fertilised ova into her uterus, inasmuch as it is established that the dismissal is essentially based on the fact that the woman has undergone such treatment”: Case C-506/06 *Mayr* [2008] ECR I-01017.

<sup>1517</sup> Directive 92/85 is not to be interpreted as imposing on Member States any obligation to have a national authority giving its consent prior to the employer’s decision to dismiss the worker: Case C-438/99 *Jiménez Melgar* [2001] ECR I-6915.

this may be taken into account under the same conditions as a man's absence, of the same duration, through incapacity for work."<sup>1518</sup>

### 2.5 Fixed-term and temporary employment relationships.

Another crucial piece of legislation within EU OHS Law is Directive 91/383/EEC<sup>1519</sup>. According to its Preamble, "the specific situation of workers with a fixed-duration employment relationship [fixed-term workers] or a temporary employment relationship [agency workers] and the special nature of the risks they face in certain sectors calls for special additional rules, particularly as regards the provision of information, the training and the medical surveillance of the workers concerned".

Although the Directive does not explicitly refer to Article 15 of the Framework Directive, it is clear that those workers are regarded as a risk group within the meaning of that article.

Furthermore, even though Directive 91/383/EEC cannot technically be seen as an Individual Directive within the meaning of Article 16(1) of the Framework Directive, the latter remains applicable to the specific sector covered by the former, without prejudice to more stringent and/or specific provisions contained within it. In such a perspective, Directive 91/383/EEC supplements the Framework Directive.

Directive 91/383/EEC applies to fixed-term<sup>1520</sup> and temporary agency workers<sup>1521</sup>, i.e. workers who does not belong to the core workforce being rather contingent to the undertaking, therefore needing to be made specifically acquainted of the environment in which they are going to operate. the existence of employment relationships of those kinds shall not justify different treatment with respect to working conditions inasmuch as far as OHS is concerned, especially as regards access to personal protective equipment.

Before a worker with an employment relationship of those kinds takes up any activity, she is informed (and trained) by her employer (if fixed-term) or by the user undertaking (if temporary agency worker) about the risks which she faces. Such information covers, in particular, any special occupational qualifications or skills or special medical surveillance required and states clearly any increased specific risks that the job may entail. Workers or external services or persons designated to take care of OHS within the undertaking shall be informed of the assignment of workers with an employment relationship of those kinds to the extent necessary for them to be able to carry out adequately their protection and prevention activities for all the workers in the undertaking.

<sup>1518</sup> Case C-394/96 Brown [1998] ECR I-04185 par. 27, reverting the shameful Court's ruling in Case C-400/95 *Larsson v Føtex Supermarked* [1997] ECR I-2757 and, to a certain extent, Case C-179/88 *Handels- og KontorfunktionærernesForbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* [1990] ECR I-3979 ('Hertz').

<sup>1519</sup> Council Directive (EC) 91/383 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship [1991] OJ L206/19.

<sup>1520</sup> See now also Directive (EC) 2008/104 on temporary agency work [2008] OJ L327/9.

<sup>1521</sup> See now also Directive (EC) 1999/70 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP [1999] OJ L175/43.

In case of agency work, before workers with an employment relationship of those kinds are supplied, a user undertaking shall specify to the temporary work agency and this to the agency workers, the occupational qualifications required and the specific features of the job to be filled. Without prejudice to the responsibility of the temporary work agency as laid down in national legislation, the user undertaking is responsible, for the duration of the assignment, for OHS of agency workers.

## 2.6 Young people at work.

Worth to mention is Directive 94/33/EC<sup>1522</sup> dealing with the very sensitive issue of children's, adolescents' and generally speaking, young people's physical, psychical and psychosocial well-being at work, taking also into account their cultural development.

Directive 94/33/EC<sup>1523</sup> applies, in general, to *young people*, meaning any person under 18 years of age having an employment contract or an employment relationship as defined by each Member State. However, it pays particular attention to *children*<sup>1524</sup>, meaning any young person of less than 15 years of age or who is still subject to compulsory full-time schooling under national law, and to *adolescents*, meaning any young person of at least 15 years of age but less than 18 years of age who is no longer subject to compulsory full-time schooling under national law. In fact, children and adolescent are both regarded as specific risk groups<sup>1525</sup> within the meaning of Article 15 of the Framework Directive.

First, Member States shall prohibit work by *children*. However, they may make legislative or regulatory provision for the prohibition of work by children not applicable to (i) children performing in cultural or similar activities, (ii) children of at least 14 years of age working under a combined work/training scheme or an in-plant work-experience scheme, provided that such work is done in accordance with the conditions laid down by the competent authority; (iii) children of at least 14 years of age performing *light work* other than that performed in cultural or similar activities.

*Light work* means all work which, on account of the inherent nature of the tasks which it involves and the particular conditions under which it is performed (i) is not likely to be harmful to the safety, health or development of children, and (ii) is not such as to be harmful to their attendance at school, their participation in vocational guidance or training programmes approved by the competent authority or their capacity to benefit from the instruction received. However, *light work* other than that in cultural or similar activities may be performed by children of 13 years of age for a limited number of hours per week in the case of categories of work determined by national legislation.

Secondly, the employer shall adopt the measures necessary to protect OHS of *young people*, taking particular account of the *specific risks* to their safety, health and development which are a consequence of their lack of experience, of the absence of awareness of existing or potential risks

<sup>1522</sup> Directive (EC) 94/33 on the protection of young people at work [1994] OJ L216/12.

<sup>1523</sup> See on it Polonca Končar, '94/33/EC: Protection of Young People at Work' in Monika Schlachter (ed), EU Labour Law. A Commentary (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014).

<sup>1524</sup> On the action of ILO against child labour, see Giuseppe Nesi, Luca Nogler and Marco Pertile (eds), Child Labour in a Globalised World. A legal Analysis of ILO Action (Ashgate, London 2008).

<sup>1525</sup> Empirical evidences, even though referring to workers up to 25 years, in Simo Salminen, 'Have young workers more injuries than older ones? An international literature review', (2004) 35 J Safety Research 513.

or of the fact that they have not yet fully matured. Consequently, risk assessment shall be provided paying particular attention to (i) the fitting-out and layout of the workplace and the workstation, (ii) the arrangement of work processes and operations and the way in which these are combined (organization of work); (iii) the level of training and instruction given to young people.

Last but not least, specific provisions apply to children, adolescent and young persons in general, as far as working time, night work, rest periods and breaks are concerned.

### 2.7 Working time (in the Health Care Sector).

The strong link between working time and OHS has already been emphasised in the above, when defining the very notion of OHS. Indeed, as repeatedly affirmed by the ECJ, “harmonisation at Community level in relation to the organisation of working time is intended to guarantee better protection of the safety and health of workers”.<sup>1526</sup> Such a statement finds a clear confirmation in Article 1(3) of Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organization of working time,<sup>1527</sup> (hereinafter also the WTD) according to which “[t]his Directive shall apply to all sectors of activity, both public and private, within the meaning of Article 2 of Directive 89/391/EEC” i.e. the Framework Directive.

Indeed, the main body of the WTD lays down ‘minimum safety and health requirements for the organisation of working time’, including, as effectively summarized by Kenner,<sup>1528</sup> “(a) minimum daily rest of 11 consecutive hours per 24-hour period; (b) a rest break where the working day is more than six hours. The duration will be determined by a collective agreement or national legislation; (c) weekly rest amounting to a minimum uninterrupted period of 24 hours (in addition to daily rest). This will normally be calculated over a 14-day reference period; (d) maximum average weekly ‘working time’, including overtime, not exceeding 48 hours. This will normally be calculated over a four-month reference period; (e) paid annual leave of at least four weeks in accordance with the conditions for entitlement to, and granting of, such leave laid down by national legislation and/or practice; and (f) night work not exceeding an average of eight hours in any 24-hour period. National law or collective or other industry agreements will determine the reference period.”.

Among the question risen by the interpretation of the WTD, at least two<sup>1529</sup> are crucial within the OHS perspective. The first refers to the personal scope of application of that directive, which, as already noted in the above, does coincide with that one of the Framework Directive; the second relates to the same definition of working time for the purpose of the directive. What is more, those questions have been both risen with reference to the health care sector. They have been

<sup>1526</sup> Case C-303/98 *SIMAP* [2000] ECR I-07963; Case C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger* [2003] ECR I-08389; Joined Cases C-397/01 to C-403/01 *Pfeiffer* [2004] ECR I-08835.

<sup>1527</sup> Council Directive (EC) 2003/88 concerning certain aspects of the organisation of working time [2003] OJ L299/9, which substituted Council Directive (EC) 93/104 [1993] OJ L307/18.

<sup>1528</sup> Jeff Kenner, ‘Working Time, Jaeger and the Seven-Year Itch’, (2005) 11 *Colum.J.Eur.L.* 57 – 58.

<sup>1529</sup> In an OHS perspective, a further relevant question is that one of the right to paid annual leave: see on it, among the many, Case C-342/01 *Merino Gómez* [2004] ECR I-02605; Joined Cases C-131/04 and C-257/04 *Robinson-Steele* [2006] ECR I-02531; Joined Cases C-350/06 and C-520/06 *Schultz-Hoff* [2009] ECR I-00179.

approached by the CJEU in several decisions<sup>1530</sup>, which can, nevertheless, all be traced back to two ground-breaking cases: *SIMAP*<sup>1531</sup> and *Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger*<sup>1532</sup> (so called *Kiel Jaeger* case).

*SIMAP* and *Kiel Jaeger* may be examined jointly since they refer to very similar situations in which medical<sup>1533</sup> staff were required to spend time 'on call' after their 'normal' working time has expired. Both within the Spanish and the German legislation under scrutiny in those cases, by time 'on call' was meant a period in which "even if the activity actually performed varies according to the circumstances, (...) doctors are obliged to be present and available at the workplace with a view to providing their professional services."<sup>1534</sup>

Having clarified that medical doctors (even if operating in primary care teams, as in *SIMAP*) do fall within the personal scope of application of the WTD, the exclusion provided by the same directive having to be interpreted in the most restrictive way, the CJEU emphasised the fact that the "directive defines working time as any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice. Moreover, in the scheme of the directive, it is placed in opposition to rest periods, the two being mutually exclusive."

According to the Court, "that interpretation is also in conformity with the objective of Directive 93/104, which is to ensure the safety and health of workers by granting them minimum periods of rest and adequate breaks (eighth recital in the preamble to the directive). It is clear, as the Advocate General emphasises in (...) his Opinion, that to exclude duty on call from working time if physical presence is required would seriously undermine that objective."

Therefore, "time spent on call by doctors in primary health care teams must be regarded in its entirety as working time, and where appropriate as overtime, within the meaning of Directive 93/104 if they are required to be present at the health centre.". On the contrary, "if they must merely be contactable at all times when on call, only time linked to the actual provision of primary care services must be regarded as working time."

Furthermore, according to the Court, the consent given by trade-union representatives in the context of a collective or other agreement is not equivalent to that of the worker himself which is required by Article 18(1)(b)(i) of WTD in order to allow the employer to make that worker work longer than 48 hours over a seven-day period, as required by Article 6 of the WTD.

### 3. The Legal Analysis.

The big picture of EU OHS Law, as provided by the legal framework sketched in the above, makes

<sup>1530</sup> See, among the many, Case C-241/99 *Confederación Intersindical Galega (CIG)* [2001] ECR I-05139; Joined Cases C-397/01 to C-403/01 *Pfeiffer* [2004] ECR I-08835; Case C-14/04 *Dellas* [2005] ECR I-10253; Case C-227/09 *Accardo* [2005] ECR I-10273.

<sup>1531</sup> Case C-303/98 *SIMAP* [2000] ECR I-07963.

<sup>1532</sup> Case C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger* [2003] ECR I-08389.

<sup>1533</sup> The same conclusions apply to nurses too: Case C-241/99 *Confederación Intersindical Galega (CIG)* [2001] ECR I-05139.

<sup>1534</sup> No matter if the time of effective work does not exceed the 49% of the 'on call' period and if the staff have a room with bed at its disposal to rest when not working: Case C-151/02 *Landeshauptstadt Kiel vs Norbert Jaeger* [2003] ECR I-08389.

the legal analysis easier, allowing to focus it on some specific points.

First, it is clear that according to EU OHS Law, collective preventive measures shall prevail on individual protection measures.<sup>1535</sup> In such a perspective, risk assessment is always needed and a risk assessment document shall be in possession of any employer. The highly debated and uncertainly defined<sup>1536</sup> “precautionary principle” is not taken into account by OHS EU Law. However, according to the CJEU,<sup>1537</sup> the respect of the objective of the Framework Directive, consisting in ‘the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work’, can be attained by means other than the setting up of a no-fault liability regime for employers, i.e., as for Section 2(1) of the British Health and Safety at Work etc. Act 1974 “so far as is reasonably practicable”.<sup>1538</sup>

Second, workers’ active involvement into the OHS system, which is one of the strong point of EU OHS Law, should not entail their juridical responsabilisation, even taking into account their tendency to systematic risks’ underestimation.<sup>1539</sup> In such a perspective, the appointment of workers or external experts as OHS responsible does not relieve the employer, the client, project supervisor of her responsibilities as far as the tasks of the appointees are concerned.<sup>1540</sup> On the other hand, workers and their representatives,<sup>1541</sup> where they exist, shall be integrated within the OHS management system through information, consultation, balanced participation, training and monitoring in order to improve their awareness of the working environment they are part of. Institutionalised workers’ representation and balanced participation to the management of OHS seems to make whistleblowing illegal<sup>1542</sup>, since, as we have seen in the above, workers’ and/or

<sup>1535</sup> Case C-256/10 *Barcenilla Fernández* [2011] ECR I-04083.

<sup>1536</sup> Peter Dorman, ‘Evolving knowledge and the precautionary principle’, (2005) 53 ISEE 169; David B. Resnik, ‘Is the precautionary principle unscientific?’, (2003) 34 Stud. Hist. Phil. Biol. & Biomed. Sci. 329; Michael D. Rogers, ‘Risk analysis under uncertainty, the Precautionary Principle, and the new EU chemicals strategy’ (2003) 37 IS RTP 370.

<sup>1537</sup> Case C-127/05 *Commission v United Kingdom* [2007] ECR I-4619.

<sup>1538</sup> Nevertheless, some Member States are more incline to employers’ quasi-objective responsibility: see Edoardo Ales, ‘Occupational Health and Safety: A Comparative Perspective’, in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1539</sup> Stavros A. Drakopoulos and Ioannis Theodossiou, ‘Workers’ risk underestimation and occupational health and safety regulation’ (2012) *Eur J Law Econ.*

<sup>1540</sup> Nevertheless, comparative analysis suggests, that at national level, things are progressively moving towards responsabilisation: Garry C. Gray, ‘The Responsabilization Strategy of Health and Safety. Neo-liberalism and the Reconfiguration of Individual Responsibility for Risk’, (2009) 49 *Brit. J. Criminol.* 326; Martijn Rhebergen and others, ‘Can workers answer their questions about occupational safety and health: challenges and solutions’, (2012) 50 *IndHealth* 239.

<sup>1541</sup> See on this, at least, Brenda Barrett, ‘Safety Representatives, Industrial Relations and Hard Times’, (1977) 6 *IJL* 165; Phil Beaumont, Robert Coyte and John Leopold, ‘Health, Safety and Industrial Democracy: Some Further Considerations’ (1981) 3 *Emp Rel* 23; David Walters, ‘Trade unions and the training of health and safety representatives in Europe’, (1996) 18 *Emp Rel* 50; David Walters, ‘Employee representation and occupational health and safety: the significance of Europe’, (1995) 8 *J. Loss Prev. Process Ind.* 313; David Walters, ‘Worker representation and health and safety in small enterprises in Europe’, (2004) 35 *IRJ* 169. Empirical evidences on the positive effect of the presence of workers’ representatives on OHS in Kwan Hyung Yi, Hm Hak Cho and Jiyun Kim, ‘An Empirical Analysis on Labor Unions and Occupational Safety and Health Committees’ Activity, and Their Relation to the Changes in Occupational Injury and Illness Rate’ (2011) 2 *Saf Health Work* 321.

<sup>1542</sup> However, under the ECHR, with reference to the *Heinrich* Case, see Dirk Voorhoof and Patrick Humblet, ‘The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR’, in Filip Dorssemont, Klaus Lörcher and Isabelle Schömann (eds) *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* (Hart, Oxford and Portland, Oregon 2013).

their representatives enjoy strong and effective control and denounce powers towards the employer, which should convoy the protest.

Third, the idea of OHS as a subject to be integrated into the management discourse<sup>1543</sup> finds a confirmation within EU OHS Law in mandatory terms, although the former often advocates for a voluntaristic approach<sup>1544</sup>, based on the economic and marketing convenience of the adoption of an OHS management system for the company. An OHS management system is also crucial in case of interference risk, to be understood as any risk, which may derive from the simultaneous presence of more contractors (employers) on the same site. Consultation and participation of workers and/or of their representatives shall take place ensuring proper coordination between workers and/or workers' representatives in undertakings carrying out their activities within the site having regard to interference risks. Within the view of guaranteeing effectiveness of OHS EU Law, the just issued EU Strategy 2014 – 2020<sup>1545</sup> insists on the question of its application to micro and small enterprises<sup>1546</sup>, indicating among its key strategic objectives that one of facilitating compliance with OSH legislation, particularly by micro and small enterprises.

Fourth, EU OHS Law is going beyond the traditional personal scope of application of OHS provisions, abandoning the subordinate worker as ideal-type of worker to protect. In fact, sub-contractors self-employed, self-employed, to be understood as any person whose professional activity contributes to the completion of a project within the site, fall within the personal scope of application of OHS directives. Furthermore, personal features of the worker, such as sex<sup>1547</sup> or gender culture,<sup>1548</sup> ethnic origins<sup>1549</sup> or age are taken into account while shaping EU OHS Law. As we have seen in the above, sex is mainly taken into account within the pregnancy, maternity and

<sup>1543</sup> On it, see, at least, Kaj Frick, Per Langaa Jemsem, Michael Quinlan and Ton Wilthagen (eds), *Systematic Occupational Health and Safety Management. Perspective on an International Development* (Amsterdam, Pergamon, 2000); Clare Gallagher and Elsa Underhill, 'Managing work health and safety: recent developments and future directions', (2012) 50 APJHR 227; Neil Gunningham, 'Integrating Management Systems and Occupational Health and Safety Regulation', (1999) 26 J.L. & Soc. 192; Peer Hull Kristensen, 'Managing OHS: A route to a new negotiating order in high-performance work organizations?', (2011) 49 Safety Sci 964; A.M. Makin and C. Winder, 'A new conceptual framework to improve the application of occupational health and safety management systems', (2008) 46 Safety Sci 935; Lynda S. Robson and others, 'The effectiveness of occupational health and safety management system interventions: A systematic review', (2007) 45 Safety Sci 329; Michael Zanko and Patrick Dawson, 'Occupational Health and Safety Management in Organizations: A Review', (2012) 14 IJMR 328.

<sup>1544</sup> Mainly through Corporate Social Responsibility: Susan Margaret Hart, 'Self-regulation, Corporate Social Responsibility, and the Business Case: Do they Work in Achieving Workplace Equality and Safety?' (2010) 92 J Business Ethics 585; Aditya Jain, Stavroula Leka and Gerard Zwetsloot, 'Corporate Social Responsibility and Psychosocial Risk Management in Europe', (2011) 101 J Business Ethics 619; Marileena Koskela, 'Occupational health and safety in corporate social responsibility reports', (2014) 68 Safety Sci 294.

<sup>1545</sup> European Commission COM(2014) 332 final.

<sup>1546</sup> Ole Henning Sørensen, Peter Hasle and Elsa Bach, 'Working in small enterprises – Is there a special risk?', (2007) 45 Safety Sci 1044; Pete Kines and others, 'Improving safety in small enterprises through an integrated safety management intervention', (2013) 44 J Safety Research 87.

<sup>1547</sup> Sex is not a justification for the exclusion of woman from certain kind of jobs: Case C-203/03 *Commission v Austria* [2005] ECR I-00955.

<sup>1548</sup> Douglas J. Myers, James M. Nyce, Sidney W.A. Dekker, 'Setting culture apart: Distinguishing culture from behavior and social structure in safety and injury research', (2014) 68 AAP 25.

<sup>1549</sup> Annick Starren, Jos Hornikx and Kyra Luijters, 'Occupational safety in multicultural teams and organizations: A research agenda', (2013) 52 Safety Sci 43.

breastfeeding<sup>1550</sup> perspective while young workers enjoy a special protection on the ground of age. Gender, with particular reference to women' segregation in low quality and highly risky jobs<sup>1551</sup>, and ethnic origins, with particular reference to language, should be taken into account in a more explicit way by EU OHS Law. Within the same perspective, objective features of the work relationship<sup>1552</sup> are taken into account while shaping the OHS legal system. In fact, fixed-term and agency workers enjoy a specific protection since their being contingent to the undertaking represents a further source of risk that has to be assessed and countervailed. Furthermore, children, adolescents and generally speaking young people are regarded as specific risk groups by EU Law, mainly because of their age, of the fact that they are or may still be in a schooling period and that, at work, they are facing specific risks which are a consequence of their lack of experience, of the absence of awareness of existing or potential risks or of the fact that they have not yet fully matured. By consequence, they need a specific protection in both OHS and working time.

Fifth, in order to enhance the role of Labour Inspection<sup>1553</sup> and its deterrence effect<sup>1554</sup> within EU OHS Law, the Committee of Senior Labour Inspectors has been established by the European Commission (the Commission hereinafter) already in 1995<sup>1555</sup>, with the aim of monitoring the implementation of EU OHS Law within the Member States.

#### 4. OHS in some Member States: a comparative view.

As the reader should be now aware of, for a matter of space, it would be impossible to examine exhaustively even one national OHS legal systems. On the other hand, it can be interesting to provide the reader with some comparative remarks, which stems from a study carried out on 10 Member States among the most significant.<sup>1556</sup> Such remarks refer to issues crucial for any OHS system.

##### 4.1 Nature and scope of the OHS obligations.

The law establishes OHS obligations. Therefore, *prima facie*, one may say that they are public law obligations. Nevertheless, they are usually fed into the employment relationship as general and/or specific contractual obligations of the parties. For instance, according to the German

<sup>1550</sup> Annick Masselot, 'Jurisprudential Developments in Community Pregnancy and Maternity Rights: the ECJ judgments in cases C-438/99 *Melgar* and C-109/00 *Brandt-Nielsen*', (2002) 9 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 57.

<sup>1551</sup> European Agency for Safety and Health at Work, *New risks and trends in the safety and health of women at work*, 2013.

<sup>1552</sup> Being it called atypical/contingent/precarious/casual: see Brenda Barrett and Malcolm Sargeant, 'Health and Safety Issues in New Forms of Employment and Work Organization', (2008) 24 IJCLIR 263; Michael Quinlan, Claire Mayhew and Philip Bohle, 'The global expansion of precarious employment, work disorganization, and consequences for occupational health: a review of recent research', (2001) 31 Int. J of H&S 335; Marianna Virtanen and others, 'Temporary employment and health: a review', (2005) 34 Int. J of Epid. 610; Victoria Howes, 'Who Is Responsible for Health and Safety of Temporary Workers? EU and UK Perspectives' (2011) 2 ELLJ 379. As to the effect of job insecurity/precarious employment on health see Il-Ho Kim, 'Welfare states, flexible employment, and health: A critical review', (2012) 104 Health Policy 99.

<sup>1553</sup> Toivo Niskanen, Kyösti Louhelainen and Maria L. Hirvonen, 'An evaluation of the effects of the occupational safety and health inspectors' supervision in workplaces', (2014) 68 AAP 139.

<sup>1554</sup> Kevin Purse and Jillian Dorrian, 'Deterrence and Enforcement of Occupational Health and Safety Law' (2011) 27 IJCLIR 23.

<sup>1555</sup> European Commission Decision 95/391 setting up a Committee of Senior Labour Inspectors [1995] OJ L 188/11.

<sup>1556</sup> Edoardo Ales, 'Occupational Health and Safety: A Comparative Perspective', in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013). The Member States analysed within the book are Austria, Belgium, France, Germany, Hungary, Italy, Spain, Sweden, The Netherlands and United Kingdom.

*Transformationslehre*, echoed by the Swiss doctrine of the *Rezeptionsklausel*, duties provided under public law can be transformed into (or regarded as) private law/contractual obligations if they can constitute the content of the contract. In the same perspective, according to Italian law, the contract obliges the parties not only to what is explicitly prescribed within it but also to all the consequences the law derives from its conclusion (Article 1374 Civil Code – principle of integration of the contract). By consequence: (a) the worker can bring action in contract against the employer for the fulfilment of the safety obligation(s) before a harmful event occurs; (b) the harmful event gives rise to a right to compensation in contract; (c) being also legal in nature, the action against the violation of safety obligation(s) can be brought by the worker also in tort; (d) compensation can be awarded also in tort.

The adoption of a goal oriented framework legislation in many Member States, has posed the problem of the scope of the safety obligation for the employer. Indeed, being such framework legislation mainly procedural in nature, it is up to the employer to find out the technical solution that suits best to each situation where the safety obligation has to be fulfilled. Therefore, with the exception of the residual but still relevant cases in which specific prevention and protection measures are imposed by the law, one may say that the entrepreneur enjoys a discretionary power in the fulfilment of the safety obligation. Such a power can be traced back to the fact that the entrepreneur is responsible for the work organization. In such a perspective, the safety obligation cannot be seen as an obligation of means: it is rather regarded as a general and, sometimes, unlimited obligation of result (like in France, Italy, Spain and The Netherlands) to keep the worker healthy and safe. This is confirmed by the fact that even if labour and health authorities or bilateral (social insurance) bodies have verified the respect, in a certain moment, of general and detailed health and safety regulations, the entrepreneur's liability for damages derived to the worker from a harmful, work-related event is not excluded per se. This depends both from the fact that the fulfilment of the safety obligation is dynamic in nature, both from the consideration that a harmful event has in any case occurred and a damage has derived to the worker, a damage that is not always covered or covered fully by the social insurance.

As already pointed out in the above, the question is, then, if the entrepreneur bears a no-fault liability or is admitted to prove that what has been done in terms of prevention and protection within the company excludes his or her liability. In all the countries analysed in this book liability is linked to fault (or intent of course). At its turn, fault is recognized in case the entrepreneur has violated precise prevention and protection rules. However, the real point is to find out, which is the level of prevention and protection that has to be realized by the entrepreneur in order to see his or her liability excluded in case of lack of precise prevention or protection rules. This is crucial also in the perspective of criminal liability, which may derive from the mere violation of precise prevention and protection rules, from a violation of those rules that has produced a harmful event to the worker and from the simple fact that a harmful event has occurred to the worker also in absence of violation of specific rules.

Indeed, the lack of specific binding rules comparable to the German *Unfallverhütungsvorschriften*, does not mean that there are no instruments available to help the entrepreneur in the proper fulfilment of the safety obligation(s). This is the case, for instance, of the Technical Notes issued by the Spanish National Institute of Occupational Safety and Health, the self-regulations adopted by employers and employees at sectoral level (The Netherlands: the so-called ARBO

Catalogues), the private standards (The Netherlands) or the Workplace Health and Safety Management Systems certified by bilateral bodies (Italy).

The adoption of all those instruments may succour the entrepreneur when called to prove in court the proper fulfilment of the safety obligation. In fact, case law plays a crucial and ultimate role in defining the scope of the safety obligation(s) although judicial approaches highly differ from country to country.

In the United Kingdom, for instance, judges have adopted a restrictive approach to the safety obligation accepting that it is relevant in assessing the scope of the entrepreneur's liability to take into account the likelihood of a particular risk materializing (the so-called reasonable foreseeability of the harmful event) and that it has to be determined whether the entrepreneur had taken all reasonably practicable steps to avoid the risk (the so-called reasonably practicable test of the preventive or protective measure). On the other hand, it must be borne in mind that the burden of proof when asserting that a certain step was *not* reasonably practicable lies on the defendant, i.e., the entrepreneur. As a matter of fact, section 40 HSWA, adopted under the influence of the above mentioned case law, is an example of a reversed burden of proof in the criminal law: 'it shall be for the accused to prove ... that it was not practicable or not reasonably practicable to do more than was in fact done to satisfy the duty or requirement'.<sup>1557</sup>

In Italy, on the contrary, judges have adopted an extensive approach to the safety obligation according to which the employer has to prove that s/he has used the diligence required in the specific case, i.e., by implementing the most advanced technology available at sectoral level (in some decision even outside the relevant sector) and using his or her experience in the field. On the other hand, it has to be borne in mind that the burden of proof when assessing that more advanced technologies were available to the employer lies on the claimant, i.e., the worker.<sup>1558</sup>

#### 4.2 Risk: notion and typologies.

By making reference to the notion of health provided by the WHO as 'a state of complete physical, psychical and social well-being', legislators have widened the scenario of the safety obligation from the narrow perspective of the tangible harmful event which produces a physical ill-health to the worker to a more comprehensive view in which also psychical and psychosocial damages which can derive from a tangible harmful event or psychical and psychosocial risks which originate in a bad work organization or in a human misbehaviour are taken into account.

Such a dramatic change is also likely to put into question the very scope of the social insurance protection traditionally limited to occupational accident and diseases. These are defined as such by the fact that an harmful event linked to (in case of occupational accident) or caused by (in case of occupational disease) the working activity has produced the loss or a significant reduction of the working capacity, leading to a permanent (partial or total) or temporary (total) inability, which, at its turn, has produced a reduction or a withdrawn of the earning capacity of the worker, damaging him or her from an economic point of view. It is rather clear that in the view of the new

---

<sup>1557</sup> Mark Bell 'Occupational Health and Safety in the UK: At a Crossroads?' in Edoardo Ales (ed) Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1558</sup> Edoardo Ales, Luca Miranda and Alessia Giurini 'Italy: From Occupational Health and Safety to Well-being at Work' in Edoardo Ales (ed) Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

comprehensive approach described in the above many factors of danger and many harmful events will not be covered by the traditional definition of occupational accident and disease.

Therefore, alternative solutions have to be found either inside the same social insurance system, by enlarging its scope of application to situations in which the psychophysical and psychosocial well-being of the worker is at stake, or outside it, by recognizing the compensation of damages not related to the loss or the reduction of the working as well as the earning capacity (damages to psychical health, reputation, social life etc.). In such a double labour and social insurance law perspective, case law above all but also legislators and the doctrine have played a decisive role in updating the legal discourse by looking at already existing phenomena in terms of new factors of danger (risk) and of possible sources of harmful events.

As far as non-physical risks are concerned, the most recent OHS debate has focused on the concept of psychosocial risk. Indeed, what happened with 'risk' – a super-concept, which includes the concepts of 'danger' and 'risk', has happened also with 'psychosocial risks' – a super-concept which includes the concepts of 'psychophysical risk' and 'psychosocial risk'.

In fact, comparative analysis shows that a distinction is made in legislation and case law, between risk related to the work organization which are likely to produce negative consequences on the psychophysical sphere of the worker and risks related to behaviour coming either from the employer or from other employees which are likely to produce negative consequences on the emotional and relational sphere of the worker. Therefore, in our view, the first should be defined as 'psychophysical' and the second as 'psychosocial risks'. Indeed, in many countries, the legislature and the judiciary have adopted a very pragmatic approach towards 'psychophysical' and 'psychosocial' risks by regarding as unlawful, often in the name of OHS, the above mentioned organizational solutions and individual or collective behaviour. By consequence, further to the penal and administrative sanctions which usually assist legislative provisions, such misconducts constitute themselves a breach of the safety obligation and as such give rise to the right to compensation in favour of the affected worker.

Such a pragmatic approach to non-physical risks has made also possible to get around the unsolved and perhaps unsolvable problem of the recognition of work-related stress as psychophysical consequence of a bad work organization or of unlawful behaviour. Indeed, since no medical evidence proves the link among the work organization or the behaviour, the unease of the worker and her physical or psychical ill-health, stress is mainly regarded (also by the European Social Dialogue) as the product of a subjectively distorted perception of the work organization or of the behaviour by the worker. In such a perspective, the employer can hardly be held liable for the breach of the safety obligation since the reasons of worker's ill health lie mainly in the worker herself. The fact that already existing phenomena are now regarded as new factors of risk (or sources of danger) has obliged (legislators, above all) to define their very notion in order to make them subject to sanction and/or to compensation.

This has been the case in France with moral harassment (*harcèlement moral*),<sup>1559</sup> with sexual har

---

<sup>1559</sup> Defined as a 'repeated behaviour aiming at, or resulting in, a deterioration of their working conditions capable to alter their rights or dignity, their physical or psychical health or to jeopardize their professional future' (Article L 1152-1 Labour Code).

assment<sup>1560</sup> and with the above mentioned *pénibilité au travail*, which can be translated as 'hardness at work'.<sup>1561</sup>

#### 4.3 Personal scope of application of the OHS legislation.

Even though still referring to it formally, national legislators have gone beyond the notion of 'employer' in order to indicate who is bound by the OHS legislation. In such a broader perspective, one may say that *anyone who organizes a productive activity and/or exercises managerial prerogatives* falls under the scope of the health and safety legislation in the sense that she will be held responsible for the application of the prescribed preventive and protective measures within the general framework of the safety obligation.

Practically speaking, this means: (a) arrangement of a healthy and safe work environment for anyone who works within his or her premises even outside a traditional employment relationship (like temporary workers, self-employed, students in laboratories, interns, inmates, volunteers); (b) control of the respect of the health and safety regulations by anyone who works within his or her premises even outside a traditional employment relationship; (c) control of the application of the health and safety legislation by contractors and subcontractors, being them companies or self-employed workers; (d) assessment and coordination of the prevention of risk of interference deriving from the simultaneous presence in the same site of various contractors and subcontractors performing different activities.

Therefore, leaving aside the formal references still made by national legislations to the 'employer', the expression 'anyone who organizes a productive activity and/or exercises the managerial prerogatives' seems to be very much closer to 'entrepreneur'. The same can be said with reference to the expression 'anyone who works within the premises of somebody who organizes a productive activity even outside a traditional employment relationship', which seems to be very much closer to 'worker' than to 'employee'. For sure, 'entrepreneur' and 'worker' are more far-reaching than 'employer' and 'employee' in the domain of occupational health and safety law.

The reference to 'anyone who organizes a productive activity and/or exercises the managerial prerogatives' explains also the fact that further to the entrepreneur, being it a legal or natural person, which is the prime responsible for OHS, also the so-called hierarchical structure can be bound by and liable for the application of the health and safety legislation.

#### 4.4 Workers' participation.

As already stressed in the above, workers' participation is a key element of OHS. As far as participation is concerned, legislators have focused on the company level, even if in some countries (Italy and The Netherlands, for instance) trade unions acting as contracting parties or within joint bilateral bodies may exercise a strong influence on the making and the application of health and safety regulations.

<sup>1560</sup> Defined as 'any repeated proposal or behaviour related to sex which either endangers workers' dignity due to its humiliating or degrading character or create for the workers an intimidating, hostile or offensive situation'. Beyond sexual, sexual harassment-like facts as 'forms of heavy pressure, also isolated, exercised with the real or apparent goal of obtaining an act of sexual nature in favour of the harasser or of a third person' are prohibited (Article I 1153-1 Labour Code).

<sup>1561</sup> Defined as a condition that derives from the exposure to a sum of professional risks specified by decree, which can be traced back to strong physical constraints, to an aggressive physical environment, or to certain rhythms of work likely to produce durable, identifiable and irreversible effects for the health of the worker (Article L 4121-1 Labour Code).

In the lack of any indication from EU Law going beyond the generic and equivocal reference to 'balanced' participation, workers' involvement in OHS has been structured according to the different models of workers representation and participation already existing at national level. Therefore, the same problematic questions which have been risen by workers' representation and participation in general refer also to workers' representation and participation in the health and safety domain. These are for instance: (a) the establishment of a representative body as an employees' right, as an employees' duty (like in Austria) or as an entrepreneur's duty (like in Hungary); (b) the nature of workers' representation (unionized or not); (c) the size of the undertaking as a determinant of the presence and the quantity of workers' representatives; (d) the level at which representative bodies has to be established; (e) the protection of workers' representatives and their duty of confidentiality; (f) the role of workers' direct involvement.

The fact that workers' representation and participation in OHS is modelled on the general rules governing representation and participation at national level does not exclude the presence of some distinctive features worth to be highlighted as typical in that domain.

As a first specific feature of OHS, it should be stressed that workers participation and even co-determination rights have the only function to promote compliance and to improve OHS standard. Therefore, these rights are workers' protection rights, which neither limit entrepreneurs' liability nor make workers' representatives jointly and severally liable for the violation of health and safety rules.

A second distinctive feature is that participation rights are recognized to workers' representatives specialized in OHS. However, this cannot be considered as absolute since in some countries the same rights are recognized to general representation bodies. Therefore, the nature and the function of the subject entitled to participation rights influence in decisive way also the very concept of 'participation' in OHS, which finds its specific definition in each country according to the national approach to workers' involvement in general.

#### 4.5 Compliance and control.

It is clear from the previously mentioned that entrepreneurs' compliance with OHS obligation is primarily controlled by workers' representatives whose powers go well beyond participation in the OHS management. An extreme example of this is the power to stop work in case of imminent danger, which is recognized to them by Dutch, Spanish and Swedish law. The single worker too takes part in the compliance and control system through the duty to alert the entrepreneur of danger and risks that may occur at the workplace. Workers may also lodge a claim against the employer in labour courts to get the safety obligation fulfilled.

Nevertheless, a crucial role in the compliance and control system is played by public authorities, due to the (partly) public law nature of the safety obligation. It is not a case that the role of public authorities is particularly developed in Austria where the safety obligation is regarded as a purely public law one.

A first example of public authority dealing with compliance and control is the Labour Inspection, which is usually part of the ministry for labour and social affairs. Generally speaking labour inspectorates have the following rights and duties: (a) assist and offer consultation to entrepreneurs as well as employees in all matters of OHS; (b) enter and inspect plants, workplaces and

construction sites at any time with or without prior notice; (c) interview entrepreneurs and employees (or their representatives) as well as ask entrepreneurs for written information; (d) inspect documents referring to OHS or employment conditions; (e) take pictures and take measurements also by appointing experts in specific fields; (f) take samples and arrange for analyses; (g) obtain information on material and machines from producers and distributors; (h) by all means attend to complaints without disclosing the source; (i) issue order and injunctions even in the view of suspending the activity; (l) request the competent authorities to enforce measures for the protection of employees; (m) impose sanctions or propose competent authorities to do so. Classical form of labour inspection acting also in the OHS domain are to be found in Austria, Belgium, France, Germany, Spain and The Netherlands. In Italy, the Labour Inspectorate is only marginally competent in that domain which is covered by Local Health Authorities inspectors. This results in an undesirable overlapping of competences.<sup>1562</sup>

On the other hand, Sweden and United Kingdom have developed specific and dedicated systems of compliance and control in OHS, which go beyond the classical structure of labour inspection, although guaranteeing the same inspection powers.

In Sweden, in 2001 Labour Inspection and the National Board of Occupational Safety and Health (NBOSH) were merged into a single body we have already mentioned – the Work Environment Authority (hereafter WE Authority). One aim of this was bringing implementation by the two organizations into line with each other. The WE Authority's duty is to ensure compliance with the WE Act and the Working Time Act — and, in certain respects with the Tobacco Act and the Environmental Code and the Provisions issued by the WE Authority itself.<sup>1563</sup>

In the United Kingdom, under the Health and Safety at Work Act 1974 (as amended) (hereinafter HSWA) the Health and Safety Executive (hereinafter HSE) has been set up in order to support the Government's strategic aims and current targets for health and safety at work. Its main aim is to secure the health, safety and welfare of people at work and protect others from risks to health and safety from work activity. HSE operates as one of the Department of Work and Pensions' (hereinafter DWP) Non Departmental Public Bodies (NDPBs). The Secretary of State has the principal responsibility for HSE. The DWP Minister with responsibility for health and safety will account for HSE's business in Parliament. More specifically HSE main statutory duties are: (a) to propose and set necessary standards for health and safety performance; (b) to secure compliance with those standards; (c) to carry out research and publish the results and provide an information and advisory service; (d) to provide a Minister of the Crown on request with information and expert advice. HSE is the primary delivery agent for DWP's strategic objective of improving health and safety outcomes. HSE's aims should be to continue to deliver its mission of preventing death, injury and ill health to those at work and those affected by work activities; and deliver any targets agreed for OHS. In such a perspective, HSE shall protect OHS and minimize risks from work to

---

<sup>1562</sup> Edoardo Ales, Luca Miranda and Alessia Giurini 'Italy: From Occupational Health and Safety to Well-being at Work' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1563</sup> Maria Steinberg 'Occupational Health and Safety in a Diverse, Post-Industrial Society: A Swedish Dilemma' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

members of the public and ensure that the major hazard industries (such as nuclear, petrochemicals and offshore oil and gas) manage and control the risks around their work to a high standard, which enhances assurance and allows these industries to operate with a high degree of public acceptance.<sup>1564</sup>

Social insurance institutions active in the occupational accident and disease domain play an important role in the control and compliance system. A paramount example comes from Germany, where a dual system of safeguarding and promoting OHS is in place including tasks for public authorities as well as for the autonomous bodies (*Berufsgenossenschaften*) of the Occupational Accident Insurance (hereafter the Insurance). The latter has a longstanding tradition, dating back to the end of the nineteenth century. It took the place of the former *Reichshaftpflichtgesetz*, which had established a strict liability in tort for factory owners. Departing from this idea of liability, the Insurance provides that the employer has to pay contributions being therefore not liable for damages caused by occupational accidents to his or her employees.

Nevertheless, the replacement of liability does not exempt the employer from fulfilment of the security obligation. The employer is liable for OHS from the point of view of contract law as well as from the point of view of public law. On the other hand, it is a substantial interest of the Insurance to prevent occupational accidents. Therefore, the *Sozialgesetzbuch VII* – SGB VII which deals with the Insurance, stipulates in § 14 the priority of prevention. For this purpose the Insurance has the power to adopt *Unfallverhütungsvorschriften* – UVV according to § 15 SGB VII. These are binding to the employers and employees. Complementarily, Insurances have a monitoring and advisory duty. With reference to industrial diseases, they have the further duty to use any possible mean to cope with dangers of appearance or re-appearance or worsening of an illness. If this is not possible they have to try to convince the employee to stop the unhealthy work, according to § 3 section 1 of the *Berufskrankheitenverordnung* – BKV.

This task of the Insurance is complemented by the health promotion duty of the health insurance (*Krankenkasse*) in the plant as described in § 20a SGB V. *Krankenkassen* shall cooperate with the Insurance and support its prevention activities. In such a legal framework, Insurance bodies are obliged to employ inspectors in order to comply with their supervisory tasks (§ 18 SGB VII). These inspectors – although employed by the self-administrated Insurance bodies – have public law powers in OHS (§ 19 SGB VII).<sup>1565</sup>

Finally yet importantly, bilateral bodies established by collective agreement may play an active role in the compliance and control system. This is the case of Italy where a fundamental role in OHS management is assigned to Joint Committees. These are identified by Article 2(ee) of Legislative Decree no. 81/2008 as bodies founded on the initiative of one or more of the entrepreneurs/workers comparatively most representative organization at national level.

#### 4.6 Civil, administrative and criminal consequences of violation of OHS provisions.

All the parties involved, i.e., the entrepreneur and the worker, shall bear, within the scope of their respective liabilities, the consequences of the violation of OHS provisions. The direct consequence

<sup>1564</sup> Mark Bell 'Occupational Health and Safety in the UK: At a Crossroads?' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1565</sup> Olaf Deinert 'Occupational Health and Safety in Germany: A Dual System in Change' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

of the violation – if detected – are sanctions.

Being the OHS obligation, at the same time, public and private in nature, violations are not only relevant as breaches of law, but also as breaches of (the employment) contract or of the *neminem laedere* principle (action in tort). Therefore, sanctions are provided which are typical of labour law (disciplinary sanctions against the worker) and of public law, being the latter administrative or criminal. Sanctions provided under public law may affect both the entrepreneur and the worker. On the other hand, before any harmful event happens, the worker may lodge a civil (labour law) claim or a criminal complaint against the employer who, in the worker's opinion, does not fulfil his or her safety obligation.

In the same perspective, the violation of OHS provisions is sanctioned in itself under administrative law even if it has not produced a harmful event. In such cases, administrative (pecuniary) sanctions may be avoided or reduced if the entrepreneur, following the prescriptions coming from a supervisory authority, restores a situation of legality. In Sweden, compliance to prescription may be 'stimulated' by contingent fines, which have to be paid by the entrepreneur only in case s/he does not respect the prescription. On the other hand, if the prescription is not respected and a harmful event occurs, this may increase the sanction and will be taken into account in the assessment of entrepreneur's civil liability.

The mere state of danger produced by the violation of OHS obligations does not exclude the application of civil (labour) law remedies such as workers' refusal to perform their tasks. On the other hand, the stop to production can be called by workers' representatives and by the supervisory authority in case of imminent danger or of persistent violation of OHS prescriptions.

In such a perspective, we have to stress the relevance of civil liability as a consequence of the violation of the health and safety provisions which has produced material or immaterial damages to the worker or to a third party. We have also to highlight the link between civil liability and social insurance in the sense that the duty to insure the employee and to pay contribution to the latter exonerates the employer from the former in case the harmful event is classified as occupational accident or disease. The fact that the employee was acting contrary to the instructions of the employer, or any legal requirement, will not prevent eligibility for the benefits provided by the social insurance so long as the act is done for the purposes of and in connection with the employer's trade or business. The social insurance may act in regress against the employer if the harmful event has been produced by the violation of health and safety provisions. Exoneration is excluded or differential damages compensation admitted if the harmful event has been caused by employer's intent or inexcusable fault.

That of inexcusable fault is a very interesting concept elaborated by French case law in order to cope with the problem of the unsatisfactory level of social insurance benefits in case of occupational accident or disease being the recourse to civil liability precluded. The definition of the concept varies depending upon the author of the fault. If the author is the employer, there is an inexcusable fault when she was or should have been aware of the danger existing for the worker and has not taken appropriate protective measures.

According to French case law, it is not necessary that the fault of the employer has been determining as regards the damage. It is enough that her fault has been necessary to cause the damage. In addition, the employer may be held liable even if she has taken measures to eliminate the danger, which have not impeded the harmful event to take place. By recognizing the employer's

inexcusable fault, the judge may decide an increase of the social insurance benefit. The social security institutions, which shall pay the increased benefit to the worker, will act in regress against the employer for the reimbursement of the additional payment. If the worker is recognized as the author of an inexcusable fault, the judge may reduce the amount of the social insurance benefit. Case law defines the inexcusable fault of the worker as a deliberate fault, of an exceptional seriousness, creating without any relevant reason a danger, which the worker should have been aware of. However, the interpretation of the inexcusable fault of the employee is quite restrictive whilst case law provides now a wide interpretation of the inexcusable fault of the employer, which was in the past restrictively defined.<sup>1566</sup>

An interesting relation between civil liability and social insurance has to be found in Hungary where a specialized insurance against occupational accidents and diseases does not exist. Yet the coverage of such risks is jointly guaranteed by the health insurance and by the pension insurance according to the extent of the incapacity to work. Moreover, Hungary presents a peculiar system of civil liability, which can be activated in case of damages not covered by the combination of the health and the pension insurance.<sup>1567</sup>

In the United Kingdom, where the employer is not obliged to insure workers against occupational accident and diseases, civil liability comes back at the centre stage as far as damages compensation is concerned. The absence of a compulsory social insurance coverage means also the lack of insurance-based inability or invalidity benefits paid to the worker from the moment in that the accident or the disease occur. Therefore, a major role is played by the protection of sick workers and workers with disabilities.

Actually, while an individual might be successful in claiming damages for an injury or disease sustained at work, this will typically follow a lengthy process of litigation and it will not assist in dealing with the immediate consequences for her. Civil proceedings may take the form of the torts of breach of statutory duty or negligence, or an action in contract law for breach of the employer's implied duty of care. The most common remedy will be damages. These are not subject to a prior maximum limit and the objective is to place the claimant in the position she would have been in, had the wrong not been committed.

In such a perspective, in order to protect victims of health and safety violations, the Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1969 requires all employers to be insured in respect of personal injury claims by employees. Moreover, the Employers' Liability (Defective Equipment) Act 1969 imposes strict liability on employers in respect of damage caused to employees by defective equipment used at work, even if the defect was due to the actions of the third party. It is notable that both of these Acts only apply in relation to those employed under a 'contract of service'; this means that those with more precarious working arrangements, such as casual workers, are unlikely to be covered. Workers in the construction industry, where there is a high rate of casual

---

<sup>1566</sup> Corinne Sachs-Durand 'Occupational Health and Safety in France: A Good Formal Protection, but a Problematic Efficiency' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1567</sup> Erika Kovács 'Occupational Health and Safety in Hungary: Changes in the Name of Competitiveness?' in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

work and self-employment, may find themselves not covered by these laws. Workers in general can face difficulties in bringing personal injury claims where occupational ill health was caused over time and through working for a range of different employers.<sup>1568</sup>

As breaches of law, violations of OHS provisions are sanctioned under administrative and/or criminal law. Criminal law applies in case of violations, which produce death or serious ill health to the worker. As far as the applicable criminal law provisions are concerned further to the norms provided by general penal codes for death, injuries or procured disease, national legislators (the Austrian excluded) either (a) provide for specific norms related to the health and safety domain within general penal codes (like in France, Hungary, Italy and Spain) or (b) have issued a criminal social code (like in Belgium) or (c) integrate criminal law provisions directly into health and safety regulations (like in Germany, Sweden, the Netherlands and United Kingdom).

The use of criminal law provisions gives rise to some well-known general problems. First of all, the respect of the principle of legality (no crime without precise law); secondly, the problem of the clear designation of the potential punishable offender which has been solved by referring to any person who has authority, resources and knowledge to take decisions in the health and safety domain (not necessarily the entrepreneur but also a delegated person); thirdly, the problem of the criminal liability of legal persons, which has been approached by imposing fines on companies further to the penalty applied to directly liable physical persons; fourthly, the reluctance of public prosecutors to open criminal proceedings against the entrepreneur in case of violations which have not produced the death or serious injuries to the affected person.

Such difficulties have led legislators to opt, where socially sustainable and advisable, for a transformation of penalties into administrative sanctions with the advantage that administrative authorities or courts can impose the latter without involving the criminal justice system. In some cases, the same violation can be regarded as a breach of law punishable by an administrative sanction and as a crime punishable by a penalty. Therefore, the problem is to know whether the heaviest sanction prevails according to the *ne bis in idem* principle or both sanctions have to be applied according to the *tot crimina tot poenae* principle. Both solutions are alternatively adopted.

## 5. Conclusions.

One may conclude by saying that OHS is the most comprehensively and better-regulated domain of EU (but also national) Labour Law. Moreover, recently, a “constitutional” provision has been added to that, i.e. Article 31 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereafter CFREU), headed “Fair and just working condition”.<sup>1569</sup> The CFREU, solemnly proclaimed by Member States in 2000 in Nice, has been provided by the Treaty of Lisbon of the same effects of

<sup>1568</sup> Mark Bell ‘Occupational Health and Safety in the UK: At a Crossroads?’ in Edoardo Ales (ed) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013).

<sup>1569</sup> Alan Bogg, ‘Article 31’, in Steve Peer, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights* (Hart, Oxford – Portland, Oregon, 2014).

the Treaties.<sup>1570</sup> Therefore, notwithstanding the opting out of some Member States and the (effective?) limitations contained in its Explanatory Notes, when sufficiently unconditional, its provisions have already been used by the CJEU to enforce the social rights there recognised.<sup>1571</sup>

In the field of OHS, particularly, Article 31 states that “every worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity” (par. 1) and that “every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rests periods and to annual period of paid leave”<sup>1572</sup>. These are unconditional rights, in the sense that they are not limited, as happens to other social rights<sup>1573</sup>, by the reference to EU Law and/or to national legislation and practice.

Therefore, even though it is true that, recently, as far as OHS is concerned, Community Institutions have focused more on political strategies than on new legislative instruments<sup>1574</sup>, that those strategies are less precise than before<sup>1575</sup>, that OSH has become the domain of non-regulatory agencies<sup>1576</sup>, in the light of the legislation analysed in the previous paragraph, the positive conclusion reached in the above does not seem to be put into discussion.

---

<sup>1570</sup> See on it Steve Peer, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights* (Hart, Oxford – Portland, Oregon, 2014).

<sup>1571</sup> Case C-555/07 *Kücükdeveci* [2010] ECR I-00365; Case C-617/10 *Fransson* [2013] not reported.

<sup>1572</sup> The European Social Charter too, signed by the States members of the Council of Europe in 1961 as revised in 1996 (ESCR), provides for some political commitment upon the Signatory Parties, within Article 3, towards OHS and, within Article 26, within the view of protecting the dignity of workers, against sexual harassment. On OHS within the ESCR see Katarzyna Łasak, ‘Health and Safety in the European Social Charter’, (2009) 25 *IJCLIR* 109.

<sup>1573</sup> See, in particular, C-176/12 *Association de médiation sociale* [2014] on Article 27 CFREU dealing with workers’ representation. On it, Edoardo Ales ‘2002/14/EC: Framework Information and Consultation’ in Monika Schlachter (ed) *EU Labour Law. A Commentary* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015).

<sup>1574</sup> Stijn Smismans, ‘Towards a New Community Strategy on Health and Safety at Work? Caught in the Institutional Web of Soft Procedures’ (2003) 19 *IJCLIR* 55.

<sup>1575</sup> If one compares European Commission COM(2002) 118 final and COM(2007) 62 final with COM(2014) 332 final.

<sup>1576</sup> Edoardo Chiti, ‘European Agencies’ Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment’ (2013) 19 *ELJ* 93.