

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Il diritto del lavoro alla prova dei referendum

a cura di

SANDRO STAIANO
ANTONELLO ZOPPOLI
LORENZO ZOPPOLI

Editoriale Scientifica

© Copyright marzo 2018

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-317-1

ISSN 1722-7666

indice

presentazione

- 9 SILVANA SCIARRA
15 MARIO RUSCIANO

sezione prima

Decisione politica, partecipazione, vicende referendarie

- 19 SANDRO STAIANO
L'ammissibilità come categoria giuridica e come questione politica
- 41 LORENZO ZOPPOLI
Il diritto del lavoro alla prova dei referendum: quid novi?
- 51 ANDREA MORRONE
Il referendum manipolativo: abrogare per decidere
- 85 GIOVANNI ORLANDINI
I referendum manipolativi e le norme cardine del diritto del lavoro statutario (artt. 18 e 19)
- 109 ANNA MARIA POGGI
La difficile vita dei quesiti referendari sull'art. 18 nel giudizio di ammissibilità davanti la Corte costituzionale

sezione seconda

Referendum e iniziativa legislativa

- 125 VINCENZO COCOZZA
Poteri del legislatore e diritti dei referendari

- 135 ANTONELLO ZOPPOLI
L'eloquente (ancorché circoscritta) vicenda referendaria su responsabilità negli appalti e lavoro accessorio
- 151 FULVIO PASTORE
Referendum abrogativi in tema di lavoro e attività del legislatore. I confini di una legislazione "preventiva"
- 165 PIERA CAMPANELLA
I voucher: abrogarli o riformarli?
- 187 PIETRO LAMBERTUCCI
La disciplina della solidarietà negli appalti tra interventi normativi ed incertezze applicative
- 201 MASSIMO LUCIANI
La natura del referendum
- 209 FRANCESCO SANTONI
Le iniziative referendarie sulle riforme del lavoro nel giudizio della Corte Costituzionale
- 219 MICHELE SCUDIERO
Riflessioni conclusive
- 225 *Notizie sugli autori*
- 227 *Abbreviazioni*

table of contents

presentation

- 9 SILVANA SCIARRA
15 MARIO RUSCIANO

section I

Political decision, participation, referendum issues

- 19 SANDRO STAIANO
Eligibility as a Legal Category and as a Political Issue
- 41 LORENZO ZOPPOLI
Labour Law in front of the Referendum Test Bench: Quid Novi?
- 51 ANDREA MORRONE
The Manipulative Referendum: Repeal to Decide
- 85 GIOVANNI ORLANDINI
*Manipulative Referendums and the Key Provisions of Statutory Labour Law
(Articles 18 and 19)*
- 109 ANNA MARIA POGGI
*The Difficult Life of the Referendum Questions concerning Article 18 in the
Admissibility Judgments before the Constitutional Court*

section II

Referendum and legislative initiative

- 125 VINCENZO COCOZZA
Powers of the Legislator and the Rights of the Referendum Holders

8 table of contents

- 135 ANTONELLO ZOPPOLI
The Eloquent (albeit circumscribed) Referendum Issue on Liability in Procurement and Ancillary Work
- 151 FULVIO PASTORE
Abrogative Referendums on Work Issues and the Activities of the Legislator. The Borders of a “Preventive” Legislation
- 165 PIERA CAMPANELLA
The Vouchers: Repeal or Reform them?
- 187 PIETRO LAMBERTUCCI
The Regulation of Solidarity in Procurements between Regulatory Interventions and Application Uncertainties
- 201 MASSIMO LUCIANI
The Nature of Referendum
- 209 FRANCESCO SANTONI
The Referendum Initiatives on Work Reforms in the Judgments of the Constitutional Court
- 219 MICHELE SCUDIERO
Final Comments
- 225 *Authors’ information*
- 227 *Abbreviations*

Silvana Sciarra

Mi è capitato di recente di rileggere il saggio di Massimo Severo Giannini “Rilevanza costituzionale del lavoro”, pubblicato nel 1949 nella Rivista Giuridica del lavoro, che così esordisce:

“In un paese come l’Italia, ove tutti, dai filosofi ai parroci, si occupano di problemi del lavoro, non può recar meraviglia che anche i giuristi se ne occupino con abbondanza”.

Le riflessioni promosse dai saggi che seguono – frutto di un’intensa discussione in sede accademica – sono, per l’appunto, riflessioni di giuristi sul lavoro, sulle molte accezioni delle tutele che al lavoro si indirizzano e sulle questioni connesse alla proposta di tre referendum abrogativi. Si discute dunque di lavoro e di Costituzione. Quale condizione e luogo migliore per farlo, se non riunirsi in un’aula universitaria popolata da amici e colleghi che hanno contribuito in modo così incisivo all’evoluzione delle discipline giuridiche, sia nel diritto del lavoro sia nel diritto costituzionale?

Le mie poche parole introduttive si distaccano, per ovvi motivi di self-restraint, dal merito dei quesiti referendari proposti e ancor più dai giudizi emessi dalla Corte Costituzionale circa l’ammissibilità degli stessi.

Da poco più di due anni, vivo l’esperienza affascinante della Camera di Consiglio, che percepisco sempre più come luogo di apprendimento reciproco e di confronto, un luogo così generoso da consentire a un giudice relatore di non scrivere la sentenza che riguarda un caso da lui curato e istruito. Questa esperienza, che ho vissuto per la prima volta proprio in relazione a uno dei quesiti referendari a me assegnato quale giudice relatore, è frutto di un grande travaglio e di un prolungato dibattito interiore, che si è stemperato in un accogliente confronto con i miei colleghi.

Proprio per il rispetto che nutro verso questo straordinario consesso non dirò molto e non toccherò il merito delle questioni. Mi soffermerò solo

brevemente sulla identità e sulla coscienza disciplinare che un professore porta con sé quando varca la soglia della Camera di Consiglio, memore e ancora partecipe, come accade a me, di molti anni di lavoro accademico, svolto all'interno di una comunità scientifica vivace e pluralista, quale è quella dei giuslavoristi.

Questa coscienza disciplinare è come un vestito su misura, che dà una sensazione di comodità e di sicurezza. La domanda che mi sono posta è se l'ingresso nel prestigioso collegio di cui vi parlavo comporti nel tempo un cambio di stile e l'adattarsi a un nuovo abbigliamento, che lentamente diverrà comodo come lo era il vecchio.

Fuori dalla metafora dell'apparenza – si potrebbe pur sempre dire, seguendo il noto adagio, l'abito non fa il monaco – la vera questione è rendere compatibile il proprio bagaglio di conoscenze con la sensibilità degli altri giudici, renderlo funzionale al raggiungimento di un giudizio collegiale.

È fin troppo chiaro che la partecipazione alla formazione di una decisione collettiva non lascia spazio a un eccesso di orgoglio disciplinare, ma all'incontro dei punti di vista. Tuttavia, il confluire di linguaggi e esperienze diverse nelle sentenze è motivo di arricchimento e di crescita. Il dosaggio di queste esperienze è il frutto, talvolta non facilmente prevedibile, di intuizioni che si devono misurare con le tecnicità della giustizia costituzionale e con i doverosi passaggi rituali che essa comporta.

Non posso nascondere che l'iniziativa che confluisce in questa raccolta di studi, in un luogo che conosco, fra amici e colleghi che stimo e frequento da tanti anni, ha avuto un significato catartico per me. Mi ha consentito di ascoltare e imparare e di mettere a fuoco i miei pensieri, per chiarire i miei convincimenti.

Ho in mente un libro piccolo e prezioso, scritto molti anni fa da un sociologo attento ai problemi della giustizia e osservatore dei giudici e delle Corti. Il libro è di Alessandro Pizzorno e si intitola "Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù".

L'autore si interroga sulla natura e sui limiti del potere giudiziario. Lo fa chiedendosi fino a che punto il potere giudiziario sia scindibile dal contesto sociale e dalle profonde trasformazioni che attraversano la società. La risposta è articolata, perché collega il lavoro dei giudici al mutare della politica, condizionata a sua volta da una "sfera pubblica" sempre più incisiva.

La "sfera pubblica" include soggetti collettivi portatori di interessi molto diffusi e si fa espressione dei disagi sociali. La politica si è sempre più rivelata

– scrive Pizzorno – politica “programmatica”, nel senso che essa propone riforme orientate a incontrare le richieste dei cittadini, soprattutto incidendo sullo stato sociale e mutandone profondamente alcune funzioni, anche in ragione di stringenti politiche di bilancio.

Ebbene questo stato di cose incide, secondo Pizzorno, sul sistema di rappresentanza, perché la “sfera pubblica” sfida i partiti tradizionali e sviluppa un confronto pluralistico molto diversificato. Le risposte dello Stato possono far emergere, da una condizione talvolta latente, conflitti e controversie, tanto più frequenti, quanto più i soggetti coinvolti sono percepiti come “socialmente distanti”. La distanza può essere generata da molte vicende, può essere contingente o divenire strutturale, tanto da indurre a ritenere che si crei una marginalizzazione dei soggetti che si fanno espressione del pluralismo.

Sullo sfondo di questa sofisticata analisi sociologica, che si preoccupa di indagare i presupposti della democrazia rappresentativa, vorrei collocare solo alcune riflessioni, che sconfinano nella condivisione di alcuni miei dubbi.

Si discute in questa raccolta di studi di tre referendum abrogativi proposti da una grande confederazione sindacale, che ha parallelamente scelto di percorrere una strada partecipativa parallela, attraverso la presentazione di un progetto di iniziativa popolare molto ampio e ambizioso.

Dunque la “sfera pubblica” – come ha scritto Pizzorno – è in questo caso evocata a ragione, così come appare calzante il riferimento alla “distanza sociale” di un ceto che avverte l’allentamento di un sistema tradizionale di tutele nel rapporto di lavoro e nel mercato.

Ma possono queste considerazioni pesare sul convincimento di un giudice costituzionale chiamato a decidere sull’ammissibilità di un referendum abrogativo?

Può l’esito eventuale del referendum stesso scorrere sullo sfondo, come se fosse un’immagine proiettata, o l’immanenza del giudizio è un’altra? Si deve, nell’elaborare un convincimento e poi una proposta, distinguere fra esito eventuale del referendum e concreta formulazione del giudizio?

Se si accetta come punto di partenza l’assimilazione del referendum al sistema delle fonti – proprio perché originato anch’esso da un lungo processo che ha portato all’unificazione politica – non si può non constatare che l’abrogazione ha sempre in sé un carattere di innovatività. La prima ispirazione e la prima guida non può che venire dalla giurisprudenza costituzionale e, in questo caso, in particolare dalla sentenza Paladin (16/1978), che enuclea le caratteristiche specifiche del giudizio sull’am-

missibilità, un giudizio eminentemente tecnico, circondato da forti limiti di sistema.

Su questo terreno si sviluppa l'analisi dei precedenti elaborati nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, come tutti i precedenti, possono essere letti con lenti diverse e portare a ricostruzioni non sempre collimanti.

I precedenti, nella specifica materia di cui parliamo e in particolare nella materia delle tutele previste per i licenziamenti individuali, aprono interi capitoli della storia del diritto del lavoro, prima e dopo lo Statuto dei lavoratori.

Non può non esserci la tentazione – per me c'è stata – di risalire a dibattiti importanti, riaprire vecchi libri e risentire l'eco, che è sempre stata molto forte, del confronto teso e fecondo fra giuristi del lavoro e costituzionalisti. L'orgoglio disciplinare preme alle porte e serve a rintracciare un filo conduttore che, talvolta, può apparire spezzato dalla discontinuità di successivi interventi del legislatore.

La storia, intesa come ricostruzione dell'iter legislativo e dei percorsi tracciati dalla dottrina, ha un ruolo centrale nella elaborazione di una proposta, che conduca poi a una decisione. Tuttavia questo percorso ricostruttivo non è autosufficiente. L'esercizio che deve essere proposto nel valutare l'ammissibilità del referendum coincide con il difficile bilanciamento fra l'aspirazione dei cittadini a partecipare democraticamente e l'esercizio in concreto di un diritto pieno e completo.

Da qui l'attenzione alla chiarezza, all'omogeneità del quesito e la verifica del grado di manipolazione che il quesito stesso può nascondere. Quanto la manipolazione si differenzi dall'innovazione o, se del caso, dall'estensione è questione sempre aperta, che si presta a molte letture.

Non entro nel merito di questo delicato passaggio, ma, ancora una volta, per allargare gli orizzonti, prendo a prestito il pensiero di un sociologo. Gian Primo Cella, uno studioso della rappresentanza e delle teorie della rappresentanza, nel suo libro "Persone finte" studia i paradossi dell'individualismo attraverso l'azione dei soggetti collettivi. Il passaggio decisivo è quello che riguarda l'attribuzione di diritti ai singoli. L'esempio prescelto da Cella è il Wagner Act del 1935, una legge che vide la luce nella creativa era roosveltiana e che sovente è affiancata dai comparatisti allo Statuto dei lavoratori del 1970, con un confronto che si snoda lungo epoche storiche molto lontane.

La legislazione così detta ausiliaria o promozionale ha avviato un pro-

cesso assai più complesso e articolato del mero riconoscimento di diritti nei luoghi di lavoro. Oltre a perseguire quella finalità, le leggi citate hanno – in contesti assai diversi – favorito in concreto il sorgere di una democrazia pluralista. Per il sociologo questa realtà si completa attraverso scelte razionali che portano a costruire l'identità del soggetto collettivo. Per il giurista quella rappresentanza si insinua, in termini di effetti e ricadute concrete, in molti anfratti e qui, in particolare, nel contratto e nel rapporto di lavoro.

Sono andata troppo lontano dal referendum e dal giudizio sull'ammissibilità? Forse no, se pensiamo che il referendum proposto da un soggetto collettivo rappresentativo duplica il canale della rappresentanza – e dunque del pluralismo – affianca alla propensione a rappresentare gli iscritti, quella a rappresentare i firmatari. Proprio quest'ultimo aspetto potrebbe nascondere elementi di forte problematicità.

Il giudizio sull'ammissibilità – come si è detto – deve prescindere da tutto questo. Piuttosto che in senso affermativo sono tentata di proporre questa frase in forma di domanda, volta soprattutto ai costituzionalisti: deve o dovrebbe prescindere? Quesito, che mi auguro contribuisca a promuovere il dibattito.

Mario Rusciano

Articolerò queste mie brevi riflessioni in due parti.

La prima concerne il carattere interdisciplinare delle pagine che seguono. La interdisciplinarietà è un tratto da sottolineare, perché non ricorre spesso negli incontri di studio, a differenza di quanto accade specialmente nelle discipline scientifiche. Ancora più raro poi mi pare il confronto tra lavoristi e costituzionalisti.

È vero che i giuslavoristi frequentano di più i giusprivatisti – ritenuti loro “progenitori” – ma è vero anche che, per l’oggetto stesso della loro ricerca, essi non possono mai fare a meno della prospettiva costituzionale.

E questo oggi è ancora più vero, perché la *costituzionalizzazione* dei diritti dei lavoratori rappresenta l’unico baluardo contro l’erosione di questi diritti, dovuta alla subalternità dell’ordinamento alle rigide leggi dell’economia di mercato e alla visione mercantilistica delle relazioni umane e sociali, tuttora prevalente nel mondo e persino nell’Unione Europea. In una parola: dovuta al diffondersi anestetizzante del pensiero unico del neo-liberismo.

Senza dire poi che il diritto del lavoro – pur costruito sulle basi logiche del diritto privato, in cui si inserisce il contratto di lavoro – sempre meno riesce a sfuggire a talune influenze giuspubblicistiche. Che sono sempre più marcate in quanto, nelle normative sul mercato del lavoro, campeggiano gli interventi dello Stato: per esempio, quando si istituiscono strutture pubbliche, procedure, misure fiscali e incentivi alle imprese per agevolare l’avviamento al lavoro e per sostenere il reddito di quanti perdono il posto di lavoro. Cosa che ormai avviene ogni giorno e continua in maniera inarrestabile. Insomma molte volte la purezza teorica del contratto non resiste all’inevitabile invadenza dello Stato nel funzionamento del mercato del lavoro e alla conseguente logica pubblicistica.

Mi pare invece che, da parte loro, i costituzionalisti raramente s’incontrino e discutano con i lavoristi; e altrettanto raramente dedichino la loro attenzione

alle problematiche del diritto del lavoro. Il che appare abbastanza strano se si pensa che la nostra Costituzione, come si sa, scommette sul lavoro l'equilibrio democratico della convivenza civile, fin dalla solenne apertura dell'art. 1: "l'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro". Non solo, ma se si pensa anche che la tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori ha una valenza metodologica per l'ordinamento giuridico nella sua totalità. Vale a dire una valenza che va ben al di là dell'area lavoristica, dal momento che mira a tutelare interessi e valori della persona e della convivenza umana: quali, ad esempio, libertà, dignità, eguaglianza, professionalità, inclusione e partecipazione sociale.

In ciò anzi il diritto del lavoro va sempre considerato "trainante" rispetto a quasi tutti gli altri rami dell'ordinamento giuridico.

E però, se si escludono alcuni celebri studiosi del passato, molto sensibili alla prospettiva costituzionale del lavoro – come, per esempio, Costantino Mortati o Carlo Esposito – sono davvero pochi i costituzionalisti contemporanei che si sono occupati e si occupano dei problemi costituzionali del diritto del lavoro (ricordo Cesare Pinelli, Massimo Villone e Massimo Luciani sullo sciopero; Pizzorusso e Modugno sulle fonti).

Eppure al centro del diritto del lavoro permane il grande problema della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, ritornato oggi in primo piano (io ho parlato di "ritorno del represso"), a seguito della crisi sia della rappresentanza sindacale sia della contrattazione collettiva. Certamente i costituzionalisti – come di recente ha rilevato Umberto Romagnoli – non hanno aiutato i lavoristi a disegnare concretamente, attraverso il quadrante normativo degli artt. 39, 40, 46 e 99 della Carta, il sistema organico prospettato dal Costituente in materia di lavoro e di attività sindacale. Un quadrante sul quale occorrerebbe riflettere molto di più, come dirò tra un attimo.

E vengo così alla seconda parte delle mie riflessioni, che attiene al tema di questo volume: "Il diritto del lavoro alla prova dei referendum".

Nel presentarlo non posso fare a meno di osservare come i referendum che hanno dato origine al volume (sia quello negato dalla Corte costituzionale sull'art. 18 della legge 300 del '70, sia quelli ammessi sui *voucher* e sulla responsabilità solidale negli appalti) si sarebbero potuti evitare se nel nostro ordinamento fosse esistito un sistema legificato di contrattazione collettiva, in grado di affrontare i problemi relativi alle materie referendarie in maniera appropriata, cioè differenziando le discipline dei diversi settori produttivi e delle diverse categorie professionali.

Tali materie rientrano infatti in quelle tipiche della contrattazione e an-

zitutto andrebbero esaminate democraticamente all'interno delle associazioni sindacali, per essere poi sottoposte ai referendum tra i lavoratori nei luoghi di lavoro, secondo le regole e le procedure inventate dal sistema sindacale autonomo e previste dall'art. 21 dello Statuto dei diritti dei lavoratori (legge 300 del 1970).

Poiché sono molte le prove alle quali è costretto a sottoporsi il diritto del lavoro in questi tempi duri di grave crisi economica e produttiva, non sarà certo la prova dei referendum sulle norme del *Jobs Act* o di altre leggi a impressionare e a preoccupare i giuslavoristi. E tuttavia la logica stessa di questi referendum non riscalda più di tanto l'animo e non suscita gran che l'interesse dei giuslavoristi.

Pur lasciando da parte le perplessità di fondo sull'uso di un istituto come il referendum – che comunque confligge con la fisiologia della democrazia rappresentativa – il referendum abrogativo ha taluni limiti intrinseci: blocca confronti e discussioni intorno a problemi che una sana e democratica politica del diritto avrebbe dovuto affrontare all'origine delle iniziative legislative. Se non altro perché le leggi sul lavoro, ancor più in assenza di un efficiente sistema di contrattazione, andrebbero sempre “concertate” con le forze sociali rappresentative degli interessi che si vanno a toccare. Ciò non soltanto per tradizione storica e per le positive esperienze del passato, ma soprattutto per la necessità di garantire, accanto all'efficacia formale della legge, la forza dell'effettività della sua attuazione sostanziale.

L'effettività può essere assicurata soltanto dalla partecipazione e dal consenso degli stessi soggetti cui il comando legislativo si deve applicare. Ed è alla contrattazione collettiva – più vicina della legge agli interessi del mondo del lavoro, sempre più diversificati e segmentati – che compete la regolazione della c. d. flessibilità in azienda. Basti dire, per esempio, che il problema dell'uso dei *voucher* dovrebbe appunto essere affrontato e risolto considerando le differenti caratteristiche ed esigenze delle varie organizzazioni produttive e delle diverse categorie professionali.

Il referendum abrogativo, che pretende di risolvere i problemi del lavoro con un 'sì' o con un 'no' – il più delle volte attraverso un'operazione microchirurgica sul testo legislativo – mi pare uno strumento che tende a semplificare eccessivamente problemi complessi e finisce quindi con l'aprire più questioni di quanti ne chiude.

sezione prima

Decisione politica, partecipazione,
vicende referendarie

Sandro Staiano

L'ammissibilità come categoria giuridica
e come questione politica

Sommario: **1.** Da diversi punti di osservazione. **2.** Supplenza, supplenze. **3.** L'ammissibilità oltre il testo dell'art. 75 della Costituzione. **4.** La vicenda odierna. **4.1.** Il "navigare periglioso" dei promotori. **4.2.** Nella foresta concettuale. **4.3.** Dall'iperbole all'ellissi. **5.** Epilogo.

1. Da diversi punti di osservazione

Vi sono alcune ragioni specifiche che rendono particolarmente utile un approccio interdisciplinare, di lavoristi e costituzionalisti, alla vicenda referendaria delle leggi in materia di rapporto di lavoro, in particolare al tema dell'ammissibilità alla luce dei caratteri del quesito referendario, per come essa si è dipanata nelle sentt. 11-17 gennaio 2017, nn. 26, 27 e 28.

Sono ragioni che si connettono al punto di approdo cui è pervenuta la Corte costituzionale nella costruzione del proprio armamentario argomentativo, che si allontana sempre più di frequente e sempre più largamente dai dati testuali e dalle loro connessioni sistematiche, per trarre elementi dalla storia degli istituti, dalle politiche legislative ricostruite *a posteriori* o scrutate negli sviluppi possibili, persino da fattori sociologici: elementi che entrano nella motivazione delle decisioni e si dispongono in un intreccio tanto ser rato con i moduli consolidati e noti dell'interpretazione da risultarne non districabili con facilità. E che se districati, lasciando nella sua nuda essenza la linea interpretativa, sottraggono a essa l'impalcatura che la sorregge in vista dell'esito argomentato, mostrando che questo è pienamente fungibile con altro, opposto o non compatibile, e che la scelta deriva dal peso discrezionalmente riconosciuto agli elementi estrinseci dai quali quell'impalcatura è

costituita. Elementi che, nel caso qui considerato, la competenza dei lavoristi può aiutare a ricostruire e a valutare. E a collocare in uno scenario più generale.

2. *Supplenza, supplenze*

Gli orientamenti della Corte possono essere salutati con favore da chi attenda dai giudici in generale – dai giudici costituzionali in specie – un “sostanzialismo garantista” capace di fronteggiare le insipienze e le irresoluzioni dei decisori politici. E la statuizione di un punto di equilibrio tra valori e interessi in tensione, che tali decisori non riescono a conseguire, o conseguono provvisoriamente e debolmente, spinti da assai contingenti e mutevoli ricognizioni dei flussi di consenso.

Ma essi mettono sotto tensione il sistema, nei suoi capisaldi democratici, per il consolidarsi di quella “supplenza” della giurisdizione che può pretermettere stabilmente il circuito della rappresentanza.

Della “supplenza” – espressione spesso adoperata in modo piuttosto generico – possono peraltro darsi, per ciò che qui rileva, due accezioni principali: produzione legislativa in luogo degli organi della decisione politica; in connessione con questa, determinazione autonoma della sfera della competenza giudiziale, determinazione che invece spetterebbe anch’essa a quegli organi.

Quanto alla Corte costituzionale, alla prima accezione è riconducibile l’attività creativa che si manifesta con le decisioni interpretative nel senso più forte, e soprattutto manipolative. Alla seconda, da una parte il rimaneggiamento del concetto di incidentalità, con il severo ridimensionamento di essa come limite dell’accesso, dall’altra la crescente funzione arbitrale del conflitto politico, che invero la Corte medesima è venuta espandendo e consolidando, alla quale va ascritto anche il controllo sull’ammissibilità del referendum abrogativo, per come si è venuto configurando.

Questa la mutata temperie in cui si collocano di nuovo antiche questioni, prima fra tutte quella della “omogeneità” del quesito (o del suo oggetto), come condizione di ammissibilità del referendum abrogativo.

3. *L'ammissibilità oltre il testo dell'art. 75 della Costituzione*

Mutata temperie, questioni antiche. E di queste il peso perdurante, poiché quando, in una fase di espansione dell'impiego dell'istituto referendario che sembrava segnata da un forte potenziale di disarticolazione, se non di eversione, del sistema, dunque tale da dover essere arginata, fu elaborata dalla Corte una prima organica definizione dei limiti all'ammissibilità oltre il testo dell'art. 75 Cost. – o almeno se ne coltivò l'obiettivo – si incorse in aporie e in imperfette costruzioni logiche. E queste hanno segnato – ancora segnano – l'intera parabola della giurisprudenza costituzionale, fino all'esito di rendere sempre imprevedibile¹, alla luce dei precedenti, l'orientamento della Corte sulle singole proposte referendarie, suscitando dilemmi in ordine al modo di formulare i quesiti (dilemmi non lievi, e di tipo pratico, poiché il controllo della Corte, la cui portata è diventata tanto più estesa nel tempo, è successivo alla raccolta delle sottoscrizioni, secondo una disciplina – legge n. 352 del 1970, Titolo II – pensata quando tale estensione non era forse considerata nelle premesse, sicché l'opera dei promotori corre il rischio di risultare vanificata).

Irrisolta è la questione della identificazione del parametro costituzionale nel giudizio di ammissibilità, e di conseguenza del suo oggetto: se si tratti di una verifica di corrispondenza ai casi di esclusione stabiliti dall'art. 75 Cost. (nella più estensiva lettura che se ne possa dare); ovvero, assunti a riferimento altri parametri costituzionali, il giudizio si risolva anche nello scrutinio "anticipato" di legittimità sulla disciplina di risulta (cioè per l'eventualità di esito positivo della consultazione)². Benché la Corte abbia più volte escluso espressamente questa seconda via, essa è stata tuttavia in effetti praticata³.

¹ Sulla casistica incoerente e incontrollabile in cui si è presto articolata la giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità del referendum, BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, 2003, p. 243. E sull'"imprevedibilità del sindacato costituzionale di ammissibilità", come ormai tratto consolidato delle vicende referendarie, già AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *costituzionalismo.it*, n. 2, 26 maggio 2005.

² La seconda soluzione è stata ritenuta preferibile o avversata in dottrina, in ragione di letture della funzione dell'istituto referendario e di più generali opzioni di teoria delle fonti: per la prima posizione, ritenendo "logicamente necessitato" il controllo anticipato sulla legittimità della disciplina di risulta dopo l'abbandono da parte della Corte del "fondamento testuale della sua competenza", LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo I, 2, Zanichelli–Il Foro Italiano, 2005, p. 329 ss.; per la seconda, CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Cedam, 1992, p. 9 ss. e *passim*.

³ Praticata spesso cripticamente, ma talvolta anche in maniera aperta, specie quando i mo-

Irrisolta è soprattutto, per quanto qui rileva, la questione della “omogeneità” del quesito. O, più esattamente, non pare che sia stato identificato un significato univoco per tale requisito di ammissibilità, tale da orientare le decisioni della Corte secondo una linea di coerenza⁴.

Che cosa si debba intendere per omogeneità è, per vero, questione assai impervia. Resa maggiormente tale dalla specificazione contenuta nella richiamata sentenza n. 16 del 1978, la quale, per prima, qualifica il quesito come disomogeneo, dunque inammissibile, quando esso “contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotta alla logica dell’art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l’istituto del *referendum* abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare”. Da allora la questione della “matrice razionalmente unitaria” ha accompagnato l’intera parabola applicativa dell’istituto referendario. Ma sempre essa – la “matrice razionalmente unitaria” – si è confermata nella sua inattuabilità di proposizione indimostrabile.

Invero, omogeneo dovrebbe essere il quesito sottoposto agli elettori, e tale omogeneità deriverebbe a esso dalla omogeneità del suo oggetto, cioè dalla matrice razionalmente unitaria, come riconducibilità a un medesimo “principio normativo”, dei comandi sottoposti alla pronuncia popolare; e a matrice razionalmente unitaria dovrebbero corrispondere, in caso di esito positivo del referendum, le norme residue appartenenti alla medesima legge

delli di giudizio della Corte – sia successivo sulle leggi sia sull’ammissibilità del referendum – sono stati sottoposti alle sollecitazioni maggiori e a deformazioni, come nel caso delle leggi elettorali. Per il tentativo di una ricostruzione capace di “ricondurre a coerenza” siffatti orientamenti, CARNEVALE, *Può il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum abrogativo divenire la sede del controllo di costituzionalità sulla legislazione elettorale?*, in *Rivista AIC*, 14 gennaio 2008.

⁴ Non sembra, peraltro, che tali questioni fondamentali possano trovare una soluzione al di fuori di una revisione della disciplina legislativa del referendum. Il percorso verso una razionalizzazione giurisprudenziale, infatti, si avviò sotto una stella non fausta, con la sentenza della Corte costituzionale n. 16 del 1978, che, perseguendo il difficile obiettivo di definire un quadro esaustivo dell’ammissibilità, senza sciogliere tuttavia i nodi teorici implicati, alcuni attinenti alla natura stessa dell’istituto referendario, contribuì a produrre un quadro di incertezza destinato a perpetuarsi nella giurisprudenza successiva. Lo stesso redattore della sentenza riconobbe, in sede scientifica, che “quella decisione ... ha non tanto risolto, quanto evidenziato o addirittura generato una serie di problemi, tuttora aperti”: PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull’ammissibilità del referendum*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, 1998, p. 11.

o collocate nel più ampio ambito materiale in cui le norme abrogate si collocano⁵: tutti tali fattori di omogeneità impronterebbero a razionalità sia il processo di decisione politica in cui il referendum consiste, sia il prodotto normativo che ne risulta. E tutti tali fattori di omogeneità dovrebbero coesistere, se si assume che il vincolo all'omogeneità deriva dalla lettura della libertà di voto compiuta dalla Corte: il voto è libero se non è dilemmatico, cioè se non conduce a dilacerare la coscienza tra il voluto e non voluto, quando voluto e non voluto non siano districabili. Ma ciò può essere solo quando l'omogeneità governi l'intero processo di decisione referendaria, dai presupposti, agli esiti, alle implicazioni.

Dunque la Corte disarticola l'unico contesto razionale in astratto possibile quando parcellizza tali fattori di omogeneità, per potere conseguire l'obiettivo contingente – di volta in volta prescelto in assoluta discrezionalità – di dichiarare ammissibile o inammissibile il referendum⁶.

Occorre peraltro riconoscere che quel vagheggiato contesto razionale è impossibile sia dal punto di vista logico, sia dal punto di vista empirico, sia dal punto di vista storico.

Impossibile dal punto di vista logico, poiché, se l'omogeneità deve riscontrarsi su tutti e tre i piani richiamati – principio implicato, esiti, effetti nel sistema normativo – essa non è attingibile alla struttura del quesito referendario, in quanto le alternative *non sono mai due*: sono tutte quelle derivanti dal numero di combinazioni tra conformità/differenza rispetto al principio, perdita di efficacia/mantenimento in vigore delle norme, effetto sistemico. Per esempio, l'elettore potrebbe aderire al principio, ma ritenere che, tra tutte le opzioni in cui esso possa inverarsi nella norma (che sono sempre molte-

⁵ Tale polimorfismo induce PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *QC*, 2005, n. 3, p. 552 s., a ricostruire una “doppia natura del controllo in ordine alla omogeneità del quesito referendario”, intendendolo come “test ... sul potere di formulazione del quesito da parte del comitato promotore”, con riferimento all’accezione “matrice razionalmente unitaria”, e, insieme, come rivolto a verificare la “coerenza” del “prodotto normativo referendato”, assumendo a oggetto la “normativa di risulta”. Ma ogni tentativo di razionalizzazione concettuale non è destinato a consolidarsi, innanzi all’incontenibile poliedricità delle soluzioni escogitate dalla Corte.

⁶ Cfr. i rilievi di LUCIANI, *op. cit.*, p. 440 ss.: “... l’omogeneità è stata riferita alternativamente o concorrentialmente: a) alla *richiesta*; b) alla *normativa oggetto*; c) alla *finalità abrogativa* del quesito; d) alla *normativa di risulta* ... È evidente che la Corte costituzionale, giocando sull’uno o sull’altro registro, ha potuto decidere a piacimento la sorte di ciascun singolo quesito referendario, omogeneo magari quanto alla normativa oggetto, ma non quanto alla sua finalità abrogativa o alla normativa prodotta, ecc.”.

plici, per la natura stessa del principio) ne sia stata scelta una non desiderabile, e che tuttavia l'abrogazione della norma comporti un indebolimento del principio, a sua volta non desiderabile. Oppure non aderire al principio, ritenere la norma ad esso corrispondente, e dunque desiderare abrogarla, ma non volere gli effetti dell'abrogazione nel sistema, ritenendo che essi comportino una disfunzione in assenza di una disciplina alternativa. Oppure aderire al principio, ritenere che esso sia ben espresso nella disposizione e dunque desiderare conservare la norma, e tuttavia ritenere che il vuoto aperto nel sistema con l'abrogazione, costringendo il legislatore a intervenire, potrebbe consentire una migliore affermazione del principio. Eccetera. Tutte situazioni dilemmatiche; tutte virtuali violazioni dell'art. 48 Cost., secondo l'impostazione della Corte.

Impossibile dal punto di vista empirico, poiché la omogeneità viene ricostruita attraverso l'identificazione della *ratio*, come ragione etico-politica e funzione pratica, delle norme poste a raffronto. Ma poiché ciascuna norma corrisponde a una molteplicità di *rationes* di omologa o diversa dimensione⁷, l'interprete (la Corte in sede di giudizio di ammissibilità) deve selezionare la *ratio* rilevante ai fini dello scrutinio di omogeneità-disomogeneità. E lo dovrebbe fare "attingendo all'esterno degli oggetti da raffrontare"⁸. Ma così non fa: il fondamento "non è un *a priori*, ma è il risultato *a posteriori* del raffronto..."⁹. La Corte opera in perfetta discrezionalità. Discrezionalità tanto più intensa in ragione delle connotazioni odierne della legislazione e dunque dei principi che se ne ricavano: ormai questi, con le relative *rationes*, non sono neppure più disposti "per cerchi concentrici"¹⁰ – ciò che farebbe ritenere un sistema di relazioni piuttosto ordinate e stabili – ma per cerchi parzialmente sovrapposti, e mobili, sicché la corrispondenza delle superfici muta nel tempo.

Ché, invero, la legislazione della quale ci è dato fare esperienza – ecco

⁷ Per esempio, nel caso della legislazione sul rapporto di lavoro che è qui in discorso, almeno: *ratio* della tutela del lavoratore *dal* licenziamento (per il grado di disincentivazione che la norma produce), *ratio* della tutela (risarcitoria o restitutoria) *in caso di* licenziamento, *ratio* della libertà di organizzazione dell'impresa, *ratio* della garanzia del diritto al lavoro, *ratio* della garanzia della libertà di iniziativa economica.

⁸ LUCIANI, *op. cit.*, p. 419.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La metafora è dovuta a LUCIANI, *op. cit.*, p. 420, e ora è ripresa da G. BARCELLONA, *Quando l'abito non fa il monaco: ciò che l' "omogeneità" non dice e che la "puntualità" rivela*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 2, p. 10.

l'impossibilità storica dell'omogeneità come strumento di razionalizzazione – è quanto mai ondivaga, rapsodica, talvolta intimamente contraddittoria: ed è certo arduo concepire l'omogeneità del quesito referendario su un oggetto precipuamente disomogeneo.

Eppure, nonostante la sua debolezza teorica, il criterio della omogeneità si afferma come decisivo nella cognizione giudiziale dell'ammissibilità del referendum abrogativo.

Anzi, proprio tale debolezza teorica ne fa uno strumento argomentativo massimamente efficace: svincolata dalla necessità di dimostrarne il fondamento e di definirne la struttura logica, la Corte adopera variamente l'omogeneità, trasmutandone i contenuti, individuandone i corollari e i modi di manifestazione fattispecie per fattispecie. E, in ragione delle esigenze contingenti del caso, la mette in connessione con altri concetti e criteri, che assume come implicati o specificativi e concorrenti: un armamentario al quale attingere liberamente, senza dare campo a esigenze di coerenza con i precedenti.

Tra queste operazioni di giustapposizione concettuale rileva qui, in specie, quella che raccorda l'omogeneità alla costruzione finalistica della *ratio* del quesito referendario, sotto le specie della “evidenza del fine intrinseco” o della “finalità incorporata”, e, in connessione, al carattere “puntuale” dell'oggetto della legge e della corrispondente *ratio* del quesito¹¹: puntualità dell'oggetto e della *ratio* – per quanto ampio il primo possa essere – rendono omogeneo il quesito. E lo rendono “chiaro”, essendo evidente per l'elettore la finalità univoca della proposta di abrogazione. Il che non impedisce che il quesito, inteso all'abrogazione parziale della legge, possa intendere conseguire la “manipolazione” delle disposizioni vigenti, ma ciò solo quando questa consenta “la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum”¹², e dunque non sia estranea al “contesto

¹¹ Tale costruzione fa la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte con la sentenza 16 gennaio-3 febbraio 1987, n. 29: “La natura del referendum abrogativo nel nostro sistema costituzionale è quella di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria. Come il legislatore rappresentativo ispira e coordina la sua volontà a un oggetto puntuale, così la volontà popolare deve poter ispirarsi ad una *ratio* altrettanto puntuale. Il quesito referendario è dotato di siffatta *ratio* quando in esso sia incorporata l'evidenza del fine intrinseco dell'atto abrogativo...”. Ne segue nel tempo un impiego discontinuo. Quanto alla locuzione “finalità incorporata nel quesito”, cfr., da ultimo, sent. 12-26 gennaio 2011, n. 24.

¹² Criterio selettivo spesso presente nella giurisprudenza della Corte: cfr. il richiamo ai precedenti nella sent. n. 26 del 2017.

normativo”¹³ in cui si colloca la nuova norma risultante dalla manipolazione mediante abrogazione parziale.

Ora, non è agevole definire un concetto di “puntualità omogeneizzante” dell’oggetto della legge e della *ratio* del quesito.

Non è agevole, anzitutto perché la Corte ha declinato in altra parallela giurisprudenza un criterio di omogeneità come “coerenza-completezza”¹⁴, secondo il quale devono essere assunte a oggetto del quesito tutte le disposizioni presenti nell’ordinamento che contribuiscono a disciplinare l’istituto implicato nel referendum. Criterio di difficile componibilità entro una trama logica riconoscibile con quello di “puntualità”, essendo arduo stabilire con qualche speranza di pervenire a conclusioni razionali se l’omogeneità possa essere assicurata *solo e necessariamente* dal riferimento a un principio normativo tale da condurre alla ridefinizione compiuta di un sottosistema normativo (“completezza”) o per converso *solo e necessariamente* dal riferimento a un principio normativo ristretto (“puntualità”).

E non è agevole discernere *quanto* puntuale debba essere un norma oggetto del quesito referendario e *come* essa si debba connettere, nell’ambito del medesimo sistema normativo, con altre norme anch’esse puntuali affinché il quesito referendario possa dirsi coerente e completo: poiché, per quanto puntuale, la norma oggetto del quesito sarà pur sempre in connessione con il sistema e la sua soppressione produrrà conseguenze in questo, tanto da imporre la verifica della omogeneità delle norme residue. Insomma la norma “puntuale” è una sorta di monade leibniziana, chiusa alle altre monadi, ma dotata di una capacità di rappresentazione tale da consentire di poter vedere, attraverso di essa, l’intero universo normativo in cui si colloca.

A tale altezza concettuale dovrebbero muoversi i componenti del comitato promotore del referendum abrogativo nel formulare il quesito, stretti tra le due ganasce – “completezza” e “puntualità” – della tenaglia del giudizio di ammissibilità: un utensile che la Corte adopera con elevata destrezza discorsiva. La quale, tuttavia, non è tale da occultare un andamento sussultorio

¹³ La locuzione “contesto normativo” compare nella giurisprudenza della Corte con la sent. 30 gennaio–10 febbraio 1997, n. 36, e ora è anch’essa ripresa nella sent. n. 26 del 2017.

¹⁴ Sulle aporie della giurisprudenza che si riferisce al criterio di “completezza” dell’oggetto del quesito referendario, e sulle difficoltà interpretative da essa derivanti, cfr. LUCIANI, *op. cit.*, p. 423 ss.; PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 547 ss. Con riferimento alla vicenda referendaria odierna, CALVANO, *Il quesito referendario sull’art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissibilità e politica*, in questa rivista, 2017, n. 1, p. 5.

e discontinuo della sequenza argomentativa. Infatti, una volta preso a riferimento il criterio, o la somma di criteri, da essa costruito – “omogeneità”, “chiarezza”, “completezza”, “puntualità”, presi singolarmente o in combinazione – la Corte sarebbe chiamata a farne applicazione seguendo un itinerario di progressivo avvicinamento della *ratio* generale del criterio alla *ratio* particolare del singolo caso di ammissibilità del quesito. Senza volere entrare in una disputa circa la natura di tale attività – se “dimostrazione” nel senso più proprio, ovvero “argomentazione”, meno stretta da vincoli di logica formale – resta fermo che il giudice dell'ammissibilità dovrebbe pur sempre presentare una sequenza riconoscibile di inferenze (come d'altronde la Corte ha fatto e fa ordinariamente nei giudizi di legittimità costituzionale, quando si tratta di colmare l' “eccedenza deontologica” dei principi). E tale sequenza riconoscibile dovrebbe essere riprodotta al cospetto, nel tempo, di fattispecie riconducibili a un'identica *ratio*. Invece, nei giudizi di ammissibilità del referendum, c'è sempre un vuoto argomentativo, un salto apodittico tra il criterio e la sua applicazione; e dunque un'immotivata diversità di orientamento al cospetto di evidenti e dominanti fattori di stretta affinità delle fattispecie.

4. *La vicenda odierna*

Su tale quadro problematico, la posizione della Corte nella vicenda referendaria qui in considerazione – e conseguentemente la posizione degli altri attori operanti nel processo politico-istituzionale implicato – offrono un eccellente punto di osservazione.

4.1. *Il “navigare periglioso” dei promotori*

Sembra utile, per valutare le determinazioni della Corte, muovere dall'opera dei promotori nella formulazione del quesito referendario nel caso deciso con la sent. n. 26/2017: essi hanno percorso il labirintico edificio dei precedenti, nel tentativo di individuare linee di coerenza che aiutassero a prendere la decisione giusta a ognuna delle numerose biforcazioni del percorso.

Una sola certezza, tenacemente coltivata: l'impossibilità della contestuale abrogazione totale del d.lgs. n. 23 del 2015 e dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, con la conseguente soppressione di ogni tipo di tutela, reale o risarci-

toria, nei casi di licenziamento, sul presupposto che la seconda di tali discipline appartenga al novero delle “leggi costituzionalmente necessarie”. Assunto obbligato, in considerazione dell’orientamento politico-ideologico dei proponenti: per il maggiore sindacato italiano non sarebbe stato certo concepibile proporre l’abrogazione integrale di una norma ritenuta centrale e irrinunciabile nella tutela dei lavoratori occupati, e di alto valore simbolico, essendosi ripetutamente incentrato su di essa il conflitto tra le componenti del mondo del lavoro e tra queste e soggetti operanti nelle sedi della rappresentanza politica (mentre l’abrogazione parziale, con la soppressione delle parti interpolate con la legge n. 92 del 2012, avrebbe potuto restituire all’art. 18 la sua originaria potenza garantista). Sul piano più strettamente giuridico-costituzionale, la posizione dei proponenti sembra riconnettersi alla tesi secondo la quale vi sono leggi che “non possono mancare”, o, più esattamente, “non possono venire a mancare” una volta prodotte in adempimento di un obbligo costituzionale: l’attuazione della Costituzione seguirebbe un moto unidirezionale verso la maggiore tutela dei diritti, sicché ogni modificazione della legge in senso restrittivo sarebbe illegittima¹⁵. E l’art. 18 sarebbe dotato di tale rigidità, per essere tra le norme legislative che hanno dato più intensamente campo al principio lavorista.

Si è peraltro rilevato che l’identificazione delle “leggi costituzionalmente necessarie” come leggi di adempimento di obblighi costituzionali di legiferare e, in ultima istanza, come leggi di attuazione della Costituzione, dilati oltre ogni confine la categoria. Per stabilire una nozione utile si ritiene perciò inevitabile accedere all’idea che tali siano solo le leggi delle quali sia costituzionalmente illegittima l’abrogazione in termini generali (non solo mediante referendum, ma anche con legge parlamentare), e dunque attribuendo al giudizio di ammissibilità la natura di giudizio di legittimità costituzionale anticipato¹⁶.

Si possono perciò ritenere “costituzionalmente necessarie”, in quest’ottica, solo le leggi la cui abrogazione apra un “vuoto” direttamente lesivo di un principio costituzionale, dunque producendo non una disfunzione qualsiasi o la messa in campo, in conseguenza dell’abrogazione, di una diversa so-

¹⁵ Non sono ammessi “ripensamenti, disattuazioni, regressi o retrocessioni”, dice MODUGNO, *Ancora una “rassegna” sull’ammissibilità dei “referendum” abrogativi, dopo venti anni*, in *GCost*, 2001, p. 1835.

¹⁶ In tal senso, LUCIANI, *op. cit.*, p. 472 ss., che preferisce la dizione “leggi costituzionalmente obbligatorie”.

luzione legislativa tra quelle legittimamente affidate alla discrezionalità del legislatore, ma la preclusione dell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto (come sarebbe per l'abrogazione totale di una legge elettorale) o la "riespansione" di una normativa da considerarsi costituzionalmente illegittima con riferimento a una specifica modalità di esercizio di un diritto. Quanto all'art. 18, non versandosi nel primo di questi casi, ci si può chiedere se ricorra il secondo, se cioè l'abrogazione di esso, e la conseguente applicabilità delle norme codicistiche sul rapporto di lavoro, condurrebbe a una situazione di illegittimità costituzionale.

Terreno accidentato, dunque, sul quale è assai difficile orientarsi.

E che tuttavia i promotori hanno dovuto necessariamente praticare, poiché, nell'intricata foresta dei precedenti, un primo ostacolo era sul sentiero verso l'ammissione: quella necessaria "omogeneità-completezza" del quesito referendario, in carenza della quale il referendum non sarebbe "sufficientemente esaustivo del proprio oggetto"¹⁷. Di tale "sufficiente esaustività" i promotori hanno dato in tutta evidenza una lettura che la ritiene osservata quando, in ragione della rimozione dal sistema di tutte le norme connesse a quella "principale" di cui si chiede l'abrogazione, o di essa riproduttive o della quale costituiscano nella sostanza diversa formulazione, la normativa di risulta presenti coerenza sistematica. Per questo, nel perorare innanzi alla Corte, i promotori hanno dato particolare rilievo all'assunto secondo cui "il sì al quesito" avrebbe lasciato "in vigore (quale normativa di risulta) una disciplina precisa e rigorosamente unitaria, incentrata sulla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro per la generalità dei licenziamenti illegittimi ..."¹⁸. E invero, in siffatta logica, sul presupposto che il d.lgs. n. 23 del 2015 fosse entrato in connessione sistematica con le parti dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 limitative della tutela reale a vantaggio della tutela obbligatoria nei casi di licenziamento senza giusta causa, i promotori proponevano un intervento abrogativo sull'intero sub-sistema della tutela obbligatoria enucleato nel più complessivo sistema delle norme concernenti i licenziamenti individuali, lasciandone in vita solo una fattispecie relativamente ristretta (quella delle unità produttive con un numero di dipendenti non superiore a cinque)¹⁹: a un assetto incentrato sul contemperamento tra tutela

¹⁷ PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 548.

¹⁸ In questi termini è riportato il contenuto della memoria presentata dai promotori nella parte in fatto, par. 4, della sent. n. 26.

¹⁹ Il "ritaglio" proposto con il quesito referendario è evidenziato in forma molto chiara

reale e tutela obbligatoria si sarebbe sostituito un assetto incentrato sulla preminenza della tutela reale (e della marginalità e recessività delle tutela obbligatoria).

Il carattere manipolativo del quesito, dunque, appariva bensì imposto dalla natura di “legge costituzionalmente necessaria”, che i promotori assumevano di ascrivere all’art. 18 della legge n. 300 del 1970; ma derivava anche dalla necessità di selezionare, tra i comandi normativi derivanti dal testo oggetto del quesito referendario, quelli la cui abrogazione avrebbe potuto condurre al trapasso da un assetto normativo a un altro e a una disciplina di risulta “precisa e rigorosamente unitaria”.

Così i promotori pensavano di poter sfuggire al gorgo di Cariddi, alla dichiarazione di inammissibilità per incompletezza, e di poter navigare in acque calme secondo una rotta sicura. Ma Scilla è insuperabile: l’armamentario argomentativo al servizio dell’inammissibilità è policefalo, e quando pare di averne ricostruito i tratti e, sulla base di tale ricostruzione, di poterne preconizzare l’applicazione, esso sorprende per l’imprevedibilità del punto di aggressione alla conformazione del quesito.

La nave dei promotori si incaglia, invero, nell’ “estraneità al contesto”: proprio il trapasso da un assetto normativo a un altro – o, se si preferisce, da un principio normativo a un altro – che aveva consentito di prospettare una disciplina di risulta ispirata a “completezza”, viene addotto come motivo di inammissibilità, per essere stato costruito attraverso un’opera di manipolazione non consentita in quanto produttiva di una norma “estranea al contesto”, e perciò tale da condurre a un impiego del referendum difforme dalla natura “meramente abrogativa” dell’istituto.

4.2. *Nella foresta concettuale*

Va detto anzitutto che il concetto di “estraneità al contesto” si è affermato nella giurisprudenza della Corte come una categoria logico-analitica consolidata: non una formula ellittica, fungibile con altre, per riassumere percorsi argomentativi, bensì un vero e proprio concetto giuridico da porre a base di un autonomo *test* di ammissibilità. Ma per un tale esito sarebbe stato necessario muovere dall’adeguata definizione di “contesto normativo”: quali

da D’AMICO, *Sulla nozione di “estraneità al contesto normativo” della disposizione di risulta. Una riflessione “preventiva” sull’(in)ammissibilità del referendum sul c.d. Jobs Act*, in *Consulta Online*, n. 1, 11 gennaio 2017, p. 34.

siano gli elementi contestualizzanti in un ordinamento normativo, come si formino, quando gli apporti legislativi successivi al contesto originario valgano a rafforzarne i tratti ovvero quando siano tali da provocare un passaggio di contesto.

Certo la Corte non è chiamata a produrre direttamente dottrina (benché talvolta ne produca). Ma la sequenza lungo la quale si dipana l'argomentazione dovrebbe muovere da una concettualizzazione adeguata delle premesse sulle quali costruire le inferenze giudiziali.

Ora, secondo la Corte, affinché non si abbia "estraneità al contesto" (il concetto è definito in negativo: per stabilire non ciò che sia l' "estraneità", ma ciò che sia la "non-estraneità"), occorre che la nuova norma risultante dalla manipolazione per via di abrogazione parziale derivi "direttamente dall'estensione di preesistenti norme" ovvero sia desumibile "dal ricorso a forme di autointegrazione" (queste le locuzioni contenute nella sent. n. 36 del 1997, poi riprese con varianti non sostanziali nella giurisprudenza successiva in tema di ammissibilità: sentt. n. 13 del 1999; n. 34 e n. 38 del 2000).

I due criteri – per come enunciati – non sono immediatamente utilizzabili.

Quanto all' "estensione di preesistenti norme", la manipolazione compiuta attraverso l'ablazione totale o parziale di un enunciato conduce *sempre* a ridefinire le connessioni tra gli enunciati residui, e tra le norme da essi derivanti, e dunque a dare campo alle norme rimaste in vigore, che, per la via della saldatura tra elementi lessicali, regoleranno le fattispecie diversamente regolate prima dell'ablazione, dunque conosceranno una *estensione*²⁰. *Sempre*, se si tratti di manipolazione, cioè di una tecnica intesa, per propria natura, a ridefinire le connessioni tra gli enunciati al fine di produrre una nuova disciplina normativa. Se, invece, l'ablazione parziale proposta non conduce a un significato *qualsiasi*, cioè non conduce a produrre una norma intelligibile nel sistema, poiché nessuna riconnessione razionale tra enunciati è possibile e prospettata, essa non è manipolazione. E il quesito che la proponga è inammissibile, non perché non corrisponda al carattere abrogativo del referendum (poiché di abrogazione pur sempre si tratta), semmai perché privo del requisito della chiarezza.

²⁰ Questo aspetto è ben rilevato da PIZZORUSSO, *I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica*, in AA.VV., *Riforme elettorali*, Laterza, 1995, p. 124: "... il referendum previsto dall'art. 75 della Costituzione ha effetti diretti ed immediati...anche qualora...l'abrogazione parziale tenda in realtà alla sostituzione – "per sottrazione" – di una disciplina con un'altra attraverso l'eliminazione delle parole e frasi che fanno la differenza...".

Il criterio “estensione di preesistenti norme”, per come proposto, è perciò anodino. Per risultare applicabile dovrebbe essere specificato in una tavola di sottocriteri idonea a discernere estensione da estensione, consentendo di prefigurare con adeguata certezza l’esito del giudizio di ammissibilità (agli occhi dei promotori, anzitutto). Di quest’esigenza v’è forse traccia nell’elaborazione della Corte, ove essa fa riferimento alla necessità che l’estensione sia “diretta” affinché il quesito risulti ammissibile: un riferimento che sembra esporre il problema di distinguere i casi di estensione in base al tipo di rapporto tra ablazione ed enunciato produttivo della norma da estendere, in ragione della collocazione di questa nel sistema. Ma il tema pare solo evocato, non trattato.

Quanto alle “forme di autointegrazione”, è difficile concepirle in termini diversi dalla “estensione di precedenti norme”: le due locuzione paiono sinonime. E, comunque, nelle decisioni della Corte non ci sono indizi per comprendere come andrebbero concettualmente distinte.

His fretus, come direbbe il Manzoni, l’applicazione dei criteri alle singole fattispecie non può che avvenire *per saltum*: tra il criterio elaborato e il caso non v’è l’intermediazione di alcuna riconoscibile inferenza; conformità e difformità vengono enunciate e non comprovate. E perciò non sorprende che fattispecie analoghe vengano diversamente trattate.

Ecco dunque che la sent. n. 26/2017 ritiene inammissibile il quesito, per “estraneità al contesto normativo”, in quanto esso “manipola un testo vigente ... attraverso il ritaglio di frammenti lessicali, così da ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario”. E in quanto, per tale via, aspira a dar vita a “un assetto normativo sostanzialmente nuovo”.

Innanzi a tali assunti, è naturale chiedersi se – una volta ammesso che la manipolazione non sia in sé illecita (e la Corte lo ammette, anzi ritiene che in alcuni casi, per taluni contenuti legislativi, sia la via obbligata all’ammissibilità, non essendo invece possibile dare corso all’abrogazione totale) – questa sia mai concepibile senza che il “ritaglio” di parti dell’enunciato, e la conseguente “saldatura di brani linguistici” residui, conduca a creare una norma di contenuto nuovo rispetto a quello originario. Se si manipola un enunciato per ablazioni, il “materiale deontico” che residua non può che determinare una norma nuova.

E, invero, la stessa sentenza soggiunge immediatamente che questa tec-

nica – cioè, deve ritenersi, la manipolazione lessicale attraverso saldatura di brani linguistici – “non è di per sé causa di inammissibilità del quesito”, purché consenta la “riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum”. Ma, in tutta evidenza, ogni soppressione di parti di un enunciato crea un vuoto colmato dalle norme residue, che “si riespandono”: l'essere contenute “*in nuce*” nel “tessuto normativo” è soltanto una metafora che nulla aggiunge all'essenza del fenomeno che si vuole descrivere, per quanto retoricamente efficace possa essere l'iperbolico rilievo così attribuito al potenziale di disarticolazione del sottosistema normativo implicato derivante dal quesito referendario.

Dunque la Corte non costruisce un “modello logico dell'inammissibilità” ben definito, al quale raffrontare i casi. Offre soltanto malleabili indicazioni discorsive, e le assume a parametro facendone libera applicazione.

Quando, dunque, il quesito “ritaglia” il testo del c. 8 dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, in modo da mettere in connessione l'enunciato che richiama la tutela reale con l'enunciato relativo alla dimensione dell'unità produttiva quantificata in soli cinque dipendenti, la Corte ritiene che esso aspiri a produrre una disciplina estranea al “contesto normativo”. Eppure in tal caso non avviene altro che questo: la tutela reale, prescritta per le unità produttive con più di quindici lavoratori, viene *estesa* alle unità produttive di dimensioni inferiori, fino al minimo di cinque dipendenti. In tal modo il contemperamento tra tutela reale e tutela obbligatoria determinato in ragione della dimensione aziendale viene ridefinito a favore della tutela reale, e ciò si ottiene attraverso l'*estensione* della norma sulla tutela reale, già presente nell'art. 18 (si potrebbe anche adoperare la metafora della Corte: già presente “*in nuce*” nel “tessuto normativo”).

A nulla rileva che il limite dei cinque dipendenti sia previsto solo per le imprese agricole, cioè per un tipo specifico di impresa: non è affatto estraneo alla logica dell'*estensione attraverso ritaglio* perseguire l'obiettivo di estendere a tutte le imprese il limite dimensionale previsto per un solo tipo di impresa. In proposito, la Corte introduce nella linea argomentativa un elemento estrinseco, quando rileva lo specifico apprezzamento che “il legislatore ha riservato all'impresa agricola in virtù delle peculiarità in fatto e in diritto riconosciute a questa figura”: ma il quesito referendario è inteso appunto a sopprimere la peculiarità in diritto quanto al tipo di tutela nei casi di licenziamento senza giusta causa. Quanto alla peculiarità in fatto, essa potrebbe

condurre alla inammissibilità del quesito, se si dimostrasse l'irragionevolezza della norma risultante dall'estensione prodotta attraverso il ritaglio; cioè se si dimostrasse che *solo* per l'impresa agricola si giustifica un limite dimensionale così basso. In ciò i lavoristi e gli economisti del lavoro potrebbero fornire elementi, poiché si tratterebbe di verificare se la peculiarità dell'impresa agricola, che la Corte postula corrisponda all'attuale conformazione del contesto produttivo italiano, sia ancora effettivamente nell'ordine delle cose. Comunque il giudice non compie in proposito alcuna istruttoria, sicché la conclusione cui perviene non è suffragata da elementi fattuali.

Diversamente la Corte si era orientata, su premesse analoghe, quando si era trattato di verificare l'ammissibilità del quesito con riferimento alla legge elettorale per il Senato, n. 29 del 1948.

Mentre, invero, con la sent. n. 26/2017 viene ora censurato il ritaglio che "sfrutta" la "fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni numeriche", cioè una certa conformazione dell'enunciato che si presta casualmente alla manipolazione, la sent. 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 32 non esitava ad affermare l'irrelevanza del "modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo", se ciò conferisca alla chiarezza, univocità e omogeneità del quesito e a "una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative". Nella specie, il carattere "fortuitamente" adatto dell'enunciato alla manipolazione era molto evidente, perché scaturiva da una riformulazione del disposto normativo compiuta con la legge n. 33 del 1992 al fine di renderlo più perspicuo e tecnicamente più corretto, ma non diverso nella sostanza normativa: se la disposizione fosse rimasta quella originaria, non sarebbe stato possibile esercitare il taglio dei lemmi necessario a mutarne radicalmente il significato senza far perdere di intelligibilità al testo residuo²¹. La possibilità di espungere il lemma era una implicazione, un effetto collaterale di una abrogazione per sostituzione rispondente ad altra *ratio* obiettiva.

²¹ Infatti, l'art. 17, c. 2, legge n. 29 del 1948, era così formulato: "Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto *un numero di voti validi non inferiori al 65 per cento dei votanti*". L'enunciato fu così modificato con l'art. 1 della legge n. 33 del 1992: "Il presidente dell'Ufficio elettorale circoscrizionale, in conformità dei risultati accertati, proclama eletto il candidato che ha ottenuto *il maggior numero dei voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale*". Solo il secondo di questi enunciati si presta al ritaglio – della locuzione "comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale" – necessario al desiderato radicale mutamento di significato della norma.

Né la questione si sposta di molto se si segue una ricostruzione – che, essendo dovuta ai protagonisti della vicenda parlamentare, non vi è ragione di non accreditare come “autentica” – secondo la quale la modifica in discorso fu scientemente introdotta nel testo, mentre procedimento di modifica (marginale) della legge elettorale in Parlamento e procedimento referendario si intrecciavano temporalmente, proprio al fine precipuo di rendere “ritagliabile” l’enunciato con esiti di intelligibilità²². Invero, se i fatti si fossero svolti in questo modo (e non pare se ne possa dubitare) troverebbe conferma quanto qui asserito: a parità di sostanza normativa, la manipolazione referendaria è resa possibile dalla conformazione dell’enunciato, “fortuitamente” esposta al ritaglio nella oggettività della sua costruzione materiale (che poi tale costruzione sia dovuta al “multiforme ingegno” di “artificieri delle procedure parlamentari”, come forse li avrebbe definiti Piero Calamandrei, e alla fortuna a essi arrisa – chissà se nella inconsapevolezza o nell’acquiescenza dei più – appartiene al novero di quei casi che si compongono, appunto “fortuitamente”, cioè per una serie di fattori imprevedibili e incontrollabili, tra i quali anche il riscontro dato nel testo all’intenzione psicologica di una piccola quota del collegio deliberante).

La sent. n. 32/1993 non conteneva riferimenti alla “non estraneità al con-

²² Narra Augusto Barbera che il Comitato promotore del referendum, volendo “affondare il bisturi abrogativo”, sotto il magistero di Serio Galeotti, espungendo dal testo le parole “al 65 per cento dei voti validi espressi nel collegio”, si trova innanzi a un problema non risolvibile: “il ritaglio lascia ‘appesa’ la frase, che resta così mutilata ‘proclama eletto il candidato che ha ottenuto un numero di voti non inferiore’”. Ma “...per fortuna la questione viene ad intrecciarsi con un’iniziativa legislativa del sen. Mancino dedicata a tutt’altro problema... Egli si propone di eliminare le scorrettezze che avvengono tra i candidati del medesimo partito in collegi limitrofi... Con il suo progetto Mancino propone ... di eliminare dal computo delle cifre elettorali di ogni candidato le schede bianche e nulle... Peppino Calderisi, membro del comitato promotore del referendum, concepisce con Lorenzo Strik Lievers e con il sottoscritto, ed in accordo con il relatore Paolo Cabras (anch’egli membro del comitato), di utilizzare la proposta per inserire un emendamento apparentemente solo lessicale, ma in realtà destinato a rendere inattaccabile il quesito. Per effetto dell’emendamento la disposizione che si vuole sottoporre a quesito referendario viene così riscritta: ‘proclama eletto il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi espressi nel collegio, comunque non inferiore al 65 per cento del loro totale’. A questo punto, espungendo le parole da ‘comunque’ a ‘totale’, la frase risultante è perfettamente compiuta”: BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Giuffrè, 1998, p. 77 ss. Ricostruzione sostanzialmente identica è in BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., p. 133 ss. I fatti sono riportati allo stesso modo da GIGLIOTTI, *L’ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Giuffrè, 2009, p. 196 ss.

testo” come criterio di giudizio dell’ammissibilità: il concetto non era ancora stato forgiato nella fucina della Corte. Si riteneva sufficiente che fosse chiaro e compiuto il “fine intrinseco dell’atto abrogativo proposto” e la “lineare evidenza delle conseguenze abrogative”. Ma proprio quell’evidente “fine intrinseco” consisteva nella creazione di una norma radicalmente “estranea al contesto” (mancava il nome, ma allora davvero c’era la cosa), poiché, attraverso la sostituzione della formula elettorale per il Senato, spiccatamente proporzionalistica, con una formula spiccatamente maggioritaria, l’effetto prodotto era un mutamento strutturale della forma di governo parlamentare italiana (poi il legislatore sarebbe intervenuto a razionalizzare il sistema, conformandosi all’ispirazione del referendum abrogativo, effettivamente svoltosi il 18 aprile del 1993, con le leggi 4 agosto 1993, nn. 276 e 277, attraverso la omogeneizzazione delle formule elettorali di Camera e Senato, entrambe ricondotte a un modello prevalentemente maggioritario).

Guardando retrospettivamente a quel caso attraverso la lente della giurisprudenza successiva in tema di ammissibilità, può dirsi che allora il “contesto” fu quello costituzionale in cui si svolge una relazione organizzativa fondamentale. E il mutamento che condusse alla “estraneità al contesto” della norma prodotta attraverso la manipolazione referendaria, consentita dalla Corte, consistette nel passaggio da un modo di funzionamento della forma di governo a un altro, agendo su un elemento strutturale di essa.

In tema di limiti alla manipolazione con il quesito referendario, la sent. n. 32 del 1993 sarebbe stata un precedente molto conformativo e molto lineare, ricavandosene l’orientamento a consentire ogni connessione tra frammenti lessicali dell’enunciato e ogni conseguente innovazione, anche radicalmente lontana dai contenuti normativi vigenti, purché tale innovazione si dispieghi linearmente e univocamente innanzi all’elettore (e purché, si potrebbe aggiungere, la normativa di risulta preconizzabile sia conforme a Costituzione, se la Corte volesse rendere esplicito e stabile il suo orientamento a sottoporla a scrutinio “preventivo” di legittimità).

Un precedente difficile da disattendere, se la Corte lo avesse richiamato. Ma nelle sentenze sull’ammissibilità nell’odierna vicenda referendaria esso non compare, è il grande “rimosso” nella giurisprudenza della Corte. In questa, una linea di evoluzione (segnata dalle decisioni relative alle leggi elettorali, soprattutto da quelle più risalenti nel tempo) si interrompe, e un’altra si afferma, mossa da un diverso apparato concettuale (della cui perspicuità si è detto). La Corte non disegna l’“anello mancante” tra queste due linee. E

che la traslazione di piano logico e interpretativo, con la conseguente diversità di orientamento, derivi più dalla pressione del contesto politico che dalla considerazione del contesto normativo si mostra ipotesi altamente plausibile.

La mancata identificazione degli elementi contestualizzanti, che segna l'applicazione del criterio della "non estraneità", indebolisce anche l'argomento della non omogeneità e non univocità del quesito, che nella sent. n. 26/2017 è adoperato per "rafforzare" l'orientamento all'inammissibilità.

Il nucleo dell'argomentazione su tale versante è invero questo: la determinazione delle ipotesi di licenziamento illegittimo e dei meccanismi di tutela dei lavoratori, da una parte, e la determinazione delle realtà imprenditoriali e non imprenditoriali cui tali meccanismi di tutela vadano riservati, dall'altra, si collocano su piani diversi. Dunque, quando il quesito referendario ne operi la commistione si rende disomogeneo, poiché "... l'elettore ... potrebbe desiderare che la reintegrazione torni a essere invocabile quale regola generale a fronte di un licenziamento illegittimo, ma resti confinata ai soli datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti in ciascuna unità produttiva o Comune, o ne impegnano complessivamente più di sessanta. Oppure potrebbe volere che quest'ultimo limite sia ridotto, ma che, anche per tale ragione, resti invece limitato l'impiego della tutela reale, da mantenere nei casi in cui è attualmente prevista", afferma la Corte.

Per dare senso a tale rilievo nella logica della omogeneità, si dovrebbe ritenere che questa sia realizzata unicamente quando, identificate tutte le possibili combinazioni tra dimensione dell'impresa ed estensione della tutela reale o, in alternativa, della tutela obbligatoria – combinazioni non solo in atto, ma realizzabili in astratto e producibili per decisione discrezionale del legislatore o per manipolazione referendaria – il quesito si riferisca a una sola tra esse, proponendone un'ablazione che dia campo a diversa soluzione con le medesime caratteristiche di omogeneità: una omogeneità "per parcellizzazione", intesa come coerenza interna di una individuata soluzione normativa e come possibilità di astrazione di essa dal complessivo quadro legislativo per essere corrispondente a una specifica scelta regolativa di principio. Ma bisogna riconoscere che questa sorta di omogeneità intrinseca appartiene alla sfera dell'indimostrabilità. Il giudizio di omogeneità, infatti, precipuamente in campo giuridico (altro, del tutto diverso discorso dovrebbe farsi per le tassonomie nell'ambito delle scienze naturali), non può che muovere dall'identificazione dei caratteri rilevanti della norma presa in esame

per raffrontarli con i caratteri rilevanti di altra norma o del sistema normativo assunto a riferimento, secondo un'inferenza almeno diadica, in modo da compiere una valutazione di corrispondenza/non corrispondenza. La "disomogeneità in sé" non pare, invece, accertabile con gli ordinari mezzi della logica giuridica.

L'elemento di raffronto può essere il "contesto normativo": non v'è dunque campo alla coppia oppositiva omogeneità/disomogeneità "in sé" (forse concettualmente improponibile, certo conducente a esiti di indimostrabilità), bensì alla coppia oppositiva omogeneità/disomogeneità nelle relazioni reticolari tra norme dello stesso ambito (difficile da identificare quanto agli elementi rilevanti e ai modelli di raffronto, e però conducente a risultati ricostruttivi non indimostrabili).

Ma la sent. n. 26/2017 crea una cesura molto netta tra argomentazione sul rapporto tra norma e contesto (assumendone l'estraneità) e argomentazione sull'omogeneità (negandone la sussistenza). Sicché la seconda non rafforza la prima, ma ne conferma le aporie.

In queste condizioni, non v'è infatti ragione per ritenere fondato l'assunto "... Un conto ... è stabilire in quali ipotesi di licenziamento illegittimo e attraverso quali meccanismi può essere in linea astratta tutelato il lavoratore; altro conto è decidere a quale realtà, imprenditoriale o non imprenditoriale, essi vadano riservati ...", addotto dalla sent. n. 26/2017. Nel sistema dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, è, per vero, definito, in termini di specificità (o di specialità che dir si voglia) nell'ambito della generale disciplina codicistica, uno stretto rapporto di continuità, di presupposizione e di strumentalità, tra "meccanismi" di tutela del lavoratore nei casi di licenziamento illegittimo e "realtà imprenditoriale o non imprenditoriale", identificata su base dimensionale. Se c'è un elemento "contestualizzante" esso è in questo rapporto.

Il quesito referendario, dunque, non si poneva fuori del "contesto", ma agiva precisamente all'interno di esso, ridisponendo gli elementi che lo compongono, nella stessa logica generale della norma di cui proponeva la manipolazione.

4.3. Dall'iperbole all'ellissi

Le altre due sentenze che hanno segnato la vicenda referendaria in materia di lavoro – n. 27 e n. 28 del 2017 – non sciolgono di certo i nodi in cui la sentenza n. 26/2017 ha avvinto l'argomentazione sull'ammissibilità. Le

motivazioni sono in entrambi i casi molto ellittiche, quasi la Corte avesse profuso tutta l'energia necessaria nella prima decisione, assumendo di essere pervenuta a una costruzione tanto compiuta e non più rimeditabile da farne la misura di ogni altro giudizio sullo stesso tema, ritenendo di poter giungere, in ogni altro caso, a conclusioni autoevidenti.

Così, la sent. n. 27 ritiene che il quesito risponda “ai requisiti di chiarezza, univocità e omogeneità”, considerati indistintamente, senza soverchie articolazioni nella motivazione: il “ritaglio” proposto – con l’ablazione, in materia di lavoro nel settore degli appalti di opere e di servizi, della deroga al regime di responsabilità solidale di committente, appaltatore e subappaltatore, consentita dalla contrattazione collettiva nazionale, e della disciplina processuale dell’azione esperibile dal lavoratore – è ascritto al novero di quelli ammissibili. E ciò perché il quesito “si incentra su un medesimo istituto” e perché l’elettore è posto innanzi all’alternativa di conservare immutata la normativa o di “depurarla ‘seccamente’ dei profili anzidetti”. Ove il richiamo al concetto di “medesimo istituto” non vale a distinguere questo caso, in cui il “medesimo istituto” è la “responsabilità solidale negli appalti a tutela della posizione dei lavoratori”, da quello trattato con la sent. n. 26, in cui il “medesimo istituto” era la garanzia dei lavoratori verso i licenziamenti illegittimi. E la qualificazione del ritaglio come “secco” non sembra adeguatamente perspicua.

La sent. n. 28 è ancora più stringata. Quanto alla “chiarezza, omogeneità e univocità”, essa si limita ad affermare che il quesito “rispetta le indicazioni della giurisprudenza costituzionale”, in quanto “espressione di una matrice razionalmente unitaria”, per la circostanza di avere per fine di “abrogare nella sua interezza l’attuale disciplina del ‘lavoro accessorio’”. Qui il carattere totale dell’abrogazione sembra implicare, quasi per automatismo, l’omogeneità del quesito. È noto – e certo non può essere sfuggito alla Corte – che non è così, poiché, già con la sentenza n. 16 del 1978, si assumeva la disomogeneità del quesito riferito a un unico intero atto normativo, per la molteplicità dei suoi contenuti, non riconducibili a “matrice razionalmente unitaria”. E successivamente sono invalse, nella scrittura mediocre delle leggi, artificiose giustapposizioni di norme in uno stesso testo e sotto una stessa rubrica. Fatto sta che, nella sent. n. 28, la totalità/omogeneità è postulata, non argomentata.

5. *Epilogo*

Infine nessun referendum si è svolto: liberato il campo, per via di inammissibilità, dal quesito di maggiore impatto, con riferimento agli altri due, l'abrogazione delle norme cui essi si riferivano, pressoché mera (v'è solo una norma transitoria che procrastina per tutto l'anno in corso l'utilizzazione dei buoni per lavoro accessorio già richiesti), ne ha provocato l'improcedibilità (d.l. 17 marzo 2017, n. 25, convertito nella legge 20 aprile 2017, n. 49).

Così la Corte costituzionale, organo della giurisdizione, ha arbitrato e definito il conflitto politico, spegnendolo. Mentre gli attori politici presenti nelle sedi interne al circuito della rappresentanza, o, al di fuori ma a ridosso di questo, nei corpi intermedi e nell'organizzazione sociale, confermavano l'incapacità di riuscirvi con i propri mezzi.

Ma ciò è avvenuto al prezzo di una cesura vistosa tra la coerenza dell'argomentazione giudiziale e la prevedibilità dei suoi esiti, da una parte, e decisione ritenuta *sostanzialmente* più adeguata a conservare gli equilibri istituzionali affermati come desiderabili, dall'altra. Sicché quelle – coerenza e prevedibilità – recedono al punto da sospingere oltre i propri confini la giurisdizione, sia pure quella particolarissima giurisdizione che è la giurisdizione costituzionale.

Lorenzo Zoppoli

**Il diritto del lavoro alla prova dei referendum:
*quid novi?****

Sommario: **1.** Breve inquadramento storico-sistematico. **2.** Le novità della sentenza della Corte Costituzionale 11/27 gennaio 2017 n. 26. **3.** Una decisione in controtendenza rispetto alla tradizionale sensibilità democratica della Consulta.

1. Breve inquadramento storico-sistematico

Nella ormai lunga storia degli incontri tra il diritto costituzionale e il diritto del lavoro è forse la prima volta che si propone una riflessione interdisciplinare volta a sistematizzare i riflessi del ricorso all'istituto referendario sul diritto del lavoro in quanto tale. A nessuno può sfuggire quanto l'iniziativa sia debitrice di accadimenti degli ultimi mesi, che, a cavallo tra il 2016 e il 2017, hanno visto lo svolgimento di un importantissimo referendum costituzionale¹ e la progressiva emersione alla ribalta del palcoscenico nazionale di ben tre referendum abrogativi promossi dal più grande sindacato italiano².

* Lo scritto riprende l'introduzione al convegno "*Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*", organizzato il 3 marzo 2017 nell'Università di Napoli Federico II.

¹ Il riferimento è alla consultazione svoltasi il 4 dicembre 2016 avente ad oggetto il testo della legge costituzionale concernente "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 II della Costituzione, approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016". La consultazione ha visto un'affluenza del 65,5% degli aventi diritto con una prevalenza dei voti contrari alla riforma pari al 59,1% dei votanti.

² Le materie interessate erano: le sanzioni per i licenziamenti illegittimi (in sintesi la reintroduzione integrale e generalizzata dell'art. 18 St. lav.), la disciplina del lavoro accessorio (c.d.

Si tratta senz'altro della scintilla che ha dato origine a questa raccolta di studi; ma la scintilla non ha prodotto un fuoco di paglia. La ragione è molto semplice: dietro le ultime vicende referendarie si agitano chiaramente problemi complessi e profondi che riguardano non solo gli assetti del sistema politico ma le coordinate lungo le quali si dispongono tutti i poteri e i soggetti che hanno concorso e concorrono nel nostro Paese ad effettuare cruciali scelte regolative e valoriali. Così come il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016 evocava questioni di equilibri democratici e la ridefinizione dei rapporti tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni, tra democrazia delle procedure e tempestività/efficacia della legislazione, i referendum abrogativi proposti dalla Cgil vanno visti come una verifica riguardante non solo le norme di cui si propone o si proponeva l'abrogazione, ma le modalità con cui sono state discusse ed approvate da Parlamento e Governo e i paradigmi valoriali che le riforme dell'ultimo quinquennio hanno profondamente messo in discussione³. Guardati così, i tre referendum abrogativi da cui trae spunto questo quaderno hanno una loro matrice unitaria dalla valenza marcatamente politica: e pongono il problema – non nuovo, ma con profili inediti – dello spazio che gli istituti di democrazia partecipata o diretta⁴ contemplati dalla Costituzione vigente lasciano ad iniziative politiche poste in essere da soggetti che formalmente non partecipano all'indirizzo politico-legislativo in senso stretto e che però nella nostra storia si erano guadagnati ampi spazi di partecipazione politica sia attraverso organi costituzionali come il CNEL sia attraverso le ben note prassi concertative, pur con alti e bassi in auge per oltre vent'anni (1984/2007)⁵. Senza dimenticare che la Corte Costituzionale nel 1974 aveva riconosciuto piena cittadinanza anche allo sciopero politico, così sostenendo l'aspirazione del movimento sindacale italiano ad essere soggetto pienamente politico oltre che attore sociale di primo piano⁶.

voucher) come risulta da ultimo dagli artt. 48-50 del d.lgs. 81/15; l'abrogazione dell'art. 29 del d.lgs. 276/03 nella versione modificata nel 2012 e nel 2014, in cui si ridimensiona la responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore nei confronti dei dipendenti del secondo.

³ Proficuo è anche collegare i tre referendum alla “Carta dei diritti dei lavoratori” elaborata dalla medesima Cgil e presentata nel settembre 2016 come pdl popolare con oltre un milione di voti: *amplius* v. ZOPPOLI L., *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, 2018.

⁴ Sulla questione v. LUCIANI, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, 2005.

⁵ V., da ultimo, ZOPPOLI L., *Concertazione (dir.lav.)*, in *Treccani on line*, 2016.

⁶ Sul significato e la portata della sentenza n. 290 del 1974 non si è mai riflettuto abbastanza

In effetti non è forse un caso che finché i grandi sindacati hanno mantenuto un rapporto vitale e indiscusso con l'intero sistema politico – rapporto testimoniato soprattutto dall'unità tra le grandi confederazioni nelle sue varie forme – mai il referendum abrogativo è stato promosso in prima persona dal sindacato. E mai il referendum abrogativo ha incrociato il diritto del lavoro. Non andrebbe dimenticato che infatti il primo referendum abrogativo in materia di lavoro, riguardante la scala mobile, si svolse nel 1985⁷ e fu promosso dal PCI all'indomani della rottura dell'unità sindacale causata dal c.d. decreto Craxi. L'intreccio tra sistema politico e sistema sindacale era ancora fortissimo, sebbene si cominciasse ad incrinare gli equilibri complessivi della prima Repubblica. Ma la Corte costituzionale, pur con qualche dubbio⁸, non ebbe difficoltà a ritenerlo ammissibile. E prevalsero i no con il 54,3% dei voti⁹.

Di matrice politica (lo volle sempre Democrazia Proletaria, un partito dell'area di estrema sinistra) era anche il referendum promosso nel 1990 volto ad estendere l'art. 18 a tutte "le unità produttive indipendentemente dal numero dei relativi dipendenti" e pacificamente ammesso dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 2 febbraio 1990 n. 65. Ma anche quel referendum, considerato pericoloso per gli equilibri politico/partitici dell'epoca, fu evitato con la l. 108/90: e si può dire che, sebbene non generalizzasse il regime di stabilità reale, si è trattato dell'ultimo intervento legislativo sui licenziamenti individuali nel solco della tradizione lavoristica garantista¹⁰.

e poco si riflette anche oggi: v. tra i pochi ROMAGNOLI, intervento, in BORTONE R. (a cura di), *Giustizia costituzionale e relazioni industriali*, Cacucci, 1990, p. 135, secondo cui la Corte non è "impensierita dal ruolo politico del sindacato e anzi si propone di incoraggiarlo".

⁷ In effetti ne fu proposto uno in precedenza, nel 1981, promosso da Democrazia proletaria sempre in tema di indennità di contingenza (su una legge del 1977 che "sterilizzava" l'indennità di anzianità), con qualche travaglio ritenuto ammissibile dalla Corte Costituzionale (sent. 8 febbraio 1982 n. 26, su cui v. RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 369 ss.), ma non si svolse in quanto la l. 297/82 riformò l'intera materia, istituendo il TFR e abrogando le norme sottoposte a referendum. Un altro, coevo, riguardante varie norme dello Statuto dei lavoratori (artt. 28, 35 e 37), fu dichiarato inammissibile per disomogeneità del quesito (v. la sentenza dell'8 febbraio 1982 n. 27).

⁸ V. BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, il Mulino, 2003, p. 91, spec. nota 39 (Livio Paladin e Leopoldo Elia erano su fronti opposti: il secondo, contrario, rimase in minoranza).

⁹ Andarono a votare quasi il 78% degli elettori.

¹⁰ V. amplius ZOPPOLI L., *I licenziamenti e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, 3.

Il referendum abrogativo torna a interessare il diritto del lavoro solo a metà degli anni '90, in piena seconda Repubblica, con ben quattro quesiti di segno molto diverso rispetto alle prime esperienze or ora ricordate. Tutti riguardano la materia sindacale e – tutti di ispirazione politica radicale, pur di segno diverso (Radicali veri e propri; Lega Nord; Cobas e Rifondazione comunista) – mirano a indebolire il fondamento legislativo di un sindacalismo confederale che dagli anni '80 non solo non ha più ritrovato la strada di una convinta unità, ma conosce una parabola discendente solo in parte legata all'incedere della seconda Repubblica. Tra i quattro quesiti¹¹ si riveleranno alla lunga particolarmente insidiosi quelli sulle rappresentanze sindacali (art. 19 Stat. Lav. e art. 47 del d.lgs. 29/93) per i quali prevarranno largamente i voti favorevoli all'abrogazione¹². In breve tempo però gli effetti modificativi verranno riassorbiti senza gravi danni per le confederazioni (almeno sul breve periodo) grazie proprio ad un rapporto tra sistema politico e sistema sindacale che all'epoca è ancora ben lungi dal recidersi.

Gli ultimi tre referendum in materia di lavoro (due nel 2000 e uno nel 2003) riguardano più o meno le stesse materie (licenziamenti e diritti sindacali), sono promossi da soggetti politici in quel momento all'opposizione (Radicali, Forza Italia e PRI; Rifondazione comunista) e vengono ammessi dalla Corte Costituzionale senza alcun problema (per quelli sui licenziamenti si tratta delle sentenze n. 46 del 7 febbraio 2000 e n. 41 del 30 gennaio 2003). Nessuno però raggiunge il quorum¹³.

È dunque abbastanza chiaro che finora i referendum nel diritto del lavoro hanno avuto un'incidenza limitata, ma non insignificante. In particolare, dopo aver indirettamente portato al consolidamento di una disciplina sui licenziamenti garantista ma attraversata da forti contraddizioni, i referendum hanno molto riguardato ruolo e forza del sindacato, con particolare riguardo al sindacalismo confederale.

Finora però il sindacalismo confederale era stato più il bersaglio che il

¹¹ Che registrano una partecipazione del 57% degli elettori. In tre referendum prevalgono i voti favorevoli all'abrogazione con percentuali che rasentano il 65% (salvo che per i contributi sindacali che registra il 56,2% di sì).

¹² Fu questa l'occasione in cui più sistematica fu la riflessione sugli effetti del referendum sul diritto del lavoro italiano: v. MARESCA, SANTORO PASSARELLI G., ZOPPOLI L. (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *ADL*, Quad. n. 1, 1996, con contributi, oltre che dei curatori, di LAMBERTUCCI, AMOROSO, PANARIELLO, PELAGGI, BELLOMO, CIUCCIOVINO.

¹³ Nel 2000 si va poco oltre il 32%; nel 2003 poco oltre il 25%.

motore di iniziative referendarie. Queste parevano dirette soprattutto a ridurre il peso del movimento sindacale, specie di quello più integrato con il sistema politico. In fondo il sindacato era in qualche modo considerato – soprattutto dai partiti che nascevano con la seconda Repubblica – classe dirigente e particolarmente esposto a prestare il fianco ad iniziative antisistema. Di rilievo mi pare il fatto che mai la Corte Costituzionale ha posto ostacoli alla verifica referendaria di questo *mood* antisindacale. In questo, seppur singolarmente, confermando un vecchio assunto secondo cui “la Consulta, carente di una piena legittimazione democratica nel senso di una diretta derivazione popolare, ha cercato e, forse, trovato, una sua diversa legittimazione attraverso il rapporto diretto e l’alleanza con le forze sociali, garantendo loro un minimo di equilibrato controllo sulla dinamica degli interessi in gioco, soprattutto di quelli che non trovano nelle sedi istituzionalizzate di formazione della volontà politica un’effettiva applicazione”¹⁴.

Qui non si deve però nemmeno dimenticare che la Corte, oltre a legittimare lo sciopero politico con la già ricordata sentenza del 1974, nel 2013 ha addirittura corretto in profondità l’esito del referendum del 1995 sull’art. 19 Stat. Lav.. In tal modo non solo ha svolto il ruolo di supplenza di un legislatore latitante da anni, ma ha agevolato un’interpretazione della norma di risulta che ha dato oggettivamente un sostegno importante al sindacalismo confederale meno subalterno all’impresa e alla maggioranza di governo in una stagione di nuove profonde spaccature tra i grandi sindacati dei lavoratori¹⁵. E la sentenza del 2013 si può forse accostare ad un’altra ancora più recente: la 178/2015 che tutela la libertà di contrattazione nel lavoro pubblico, stavolta offrendo un sostegno all’intero movimento sindacale nei confronti di un legislatore volto con troppa leggerezza a far prevalere esigenze di bilancio pubblico sulla garanzia di diritti fondamentali¹⁶.

Insomma se si guarda nel suo insieme alla giurisprudenza costituzionale sul diritto del lavoro italiano – da considerare sempre come una giurisprudenza sui generis, che assolve al ruolo di giudice delle leggi e quindi, pur

¹⁴ Così RICCI, *op. cit.*, p. 91, citando MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti giuridici in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, I, 1985, p. 582.

¹⁵ Sulla sentenza n. 231/2013 moltissimi i commenti e gli interventi: v., per tutti, i saggi raccolti in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, Jovene, 2014.

¹⁶ V. amplius ZOPPOLI L., *Un sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in *DLRI*, 2017, 1.

giudicando al pari di altre magistrature, va ad incidere profondamente sull'equilibrio di poteri pubblici diventando essa stessa un pubblico potere – non può dirsi, nemmeno di recente, che in essa prevalga un *humus* antisindacale. Anzi la Corte pare avere ben presente i principi costituzionali e le difficoltà di farli operare in un mondo giuridico e socio-economico profondamente mutato nei decenni. Forse però stanno venendo al pettine alcuni nodi lasciati in passato un po' sullo sfondo, nodi attinenti in particolare all'intreccio tra sistema politico e sistema sindacale e ai rischi ai quali nella visione della Corte il secondo può esporre il primo.

2. *Le novità della sentenza della Corte Costituzionale 11/27 gennaio 2017 n. 26*

Particolare rilevanza rispetto alle vicende ultime e ai precedenti richiamati assumono infatti le sentenze n. 26, 27 e 28 del gennaio 2017 con cui La Corte ha scrutinato l'ammissibilità dei primi referendum della nostra storia promossi dalla Cgil. Da queste sentenze – e in particolare dalla n. 26 – sembra emergere un orientamento di tipo diverso rispetto a quello costantemente imboccato – seppure talvolta a fatica – nella giurisprudenza sull'ammissibilità dei referendum in materia lavoristica. Il *favor* verso le forze sociali – se tra esse rientra la Cgil, come si deve ritenere anche alla luce di sentenze della Corte come la 231/13 – sembra quanto meno attenuarsi, facendo per la prima volta ritenere inammissibile un referendum giuslavoristico con effetti espansivi sulla tutela dei lavoratori¹⁷ e, tra l'altro, proprio quello sull'art. 18 Stat. Lav., cioè il referendum di maggior impatto politico tra i tre proposti, inoltre già in passato più volte (tre per la precisione) ammesso dalla Corte.

Si può certo ritenere che ancora una volta la Corte abbia utilizzato con ampia libertà il noto margine di oscillazione consentito dalla sua stessa giu-

¹⁷ Tranne il caso citato in nota 7 e un successivo referendum sull'art. 35 St. lav. dichiarato inammissibile con la sent. 45/2003 (accomunati dal fatto che i quesiti proposti erano tra loro oggettivamente molto diversi), La Corte costituzionale in materia di lavoro aveva dichiarato inammissibili solo referendum riduttivi dei diritti dei lavoratori: v. le sentenze n. 36 (INAIL), 39 (mercato del lavoro), 41 (contratto a termine), 45 (part-time) e 49 (lavoro a domicilio), tutte del 2000. Più di recente La Corte, argomentando sulla non omogeneità del quesito e sulla connessione con le leggi di bilancio, aveva anche dichiarato inammissibile il referendum in materia pensionistica proposto dalla Lega per abrogare la c.d. riforma Fornero: v. sent. n. 6 del 20/27 gennaio 2015.

risprudenza in tema di ammissibilità dei quesiti referendari¹⁸. Resta però il problema di capire perché lo ha fatto (quasi) per la prima volta in relazione a un quesito volto a rafforzare i diritti dei lavoratori, ben consapevole di depotenziare in modo decisivo la prima iniziativa referendaria di un grande sindacato confederale. Si tratta di capire se: a) vi sono ragioni squisitamente tecnico-giuridiche; b) vi è una precisa scelta di sistema ostile all'uso referendario da parte del sindacato; c) o se invece non vi sia stata un'insufficiente considerazione dei riflessi di fondo delle decisioni prese sotto la spinta di una funzione conservativa degli equilibri politico-legislativi, pure svolta spesso dalla Corte.

3. *Una decisione in controtendenza rispetto alla tradizionale sensibilità democratica della Consulta*

Le tre questioni saranno approfonditamente trattate nei contributi contenuti in questo quaderno. Io mi limito a esprimere e brevemente argomentare una mia impressione iniziale, sicuramente da sottoporre a maggiori approfondimenti.

Non credo si possa ritenere casuale la bocciatura del referendum di maggiore presa politica, che poteva fungere da traino anche per gli altri due. Nemmeno penso però, come alcuni hanno commentato a caldo, che la Corte abbia dato peso al merito della questione, ritenendo che sia anacronistico continuare a discutere sul ruolo che l'art. 18 deve avere nel nostro diritto del lavoro. In fondo si trattava solo di consentire una seria verifica pubblica che non c'è mai stata, visto che i referendum in materia non hanno mai raggiunto il *quorum* e che il Governo ha realizzato l'ultima riforma senza

¹⁸ V. BARBERA, MORRONE, *op. cit.*, p. 243 secondo cui è dal 1978 che il giudizio di ammissibilità della Corte "ha ampliato il proprio raggio di azione. Seguendo pedissequamente la strategia referendaria "per temi" o per gruppi di domande volta per volta avanzate, la giurisprudenza costituzionale di ammissibilità ha finito per dissolversi in una casistica incoerente, difficilmente prevedibile, e, in ultima analisi, impossibile da controllare". Ciò, a giudizio dei medesimi autori, "ha amplificato i rischi di politicizzazione della funzione del giudice delle leggi". Un'analisi analoga in CALVANO R., *Il quesito referendario sull'art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissibilità e politica*, e DE FIORES C., *Art. 18: un referendum inammissibile nonostante i precedenti*, in *DLM*, 2017, 1, risp. p. 189 ss. e 195 ss. Per un'argomentata posizione della stessa Cgil v. *Nota dell'Ufficio giuridico a commento delle tre sentenze della Corte Costituzionale sui referendum promossi dalla Cgil*, in *RGL*, 2017, 1, p. 367 ss.

averlo preannunciato in un programma sottoposto agli elettori (analogamente alla precedente riforma Monti-Fornero, su cui pure fu promosso un referendum abrogativo¹⁹) e utilizzando un modello regolativo basato su una legge delega dai contenuti ampiamente indeterminati. Ritenere che la Corte abbia voluto sottrarre il tema ad un nuovo confronto pubblico è una pura illazione che non ha alcun riscontro né testuale né storico.

È vero però che le motivazioni tecniche addotte dalla Corte per argomentare l'inammissibilità convincono poco. Il quesito era certo complesso, ma non più di altri ammessi in passato e comunque giustificato dalla complessità della disciplina da abrogare. In ogni caso chiarissimo era il senso del quesito posto ai cittadini, non dissimile nella sostanza dai quesiti ammessi nel 1990 e nel 2003.

Il punto più originale della motivazione tecnica dell'inammissibilità nella sentenza n. 26 riguarda in effetti la manipolazione referendaria della norma di legge con effetto propositivo di una regola del tutto nuova con la quale si individua per tutte le imprese un limite di cinque dipendenti per l'applicabilità della reintegrazione. Al riguardo si fa valere il precedente della sentenza 36 del 1997. L'individuazione del limite dimensionale inoltre spetterebbe al legislatore parlamentare. Nessuna delle due argomentazioni mi pare corretta. Non la prima, perché la regola non è affatto del tutto nuova, anzi lo è meno di quelle che sarebbero risultate a valle dei referendum del 1990 e del 2003; e il precedente richiamato è incongruo perché il quesito giudicato inammissibile nel 1997 usava davvero un ritaglio di parole per dar vita ad una regola mai esistita in precedenza. Invece quest'ultimo referendum sull'art. 18 si limitava a generalizzare a tutte le imprese il limite dei 5 dipendenti già presente nella medesima norma sottoposta ad abrogazione, un limite ragionevole e utilizzato in altri ordinamenti (ad esempio in Germania) proprio in materia di licenziamenti, al quale non può certo riconoscersi natura intrinseca di norma speciale sol perché nell'originario art. 35 era riferito alle imprese agricole.

Particolarmente grave mi pare poi affermare che il bilanciamento di interessi legato alla dimensione aziendale sia di competenza del Parlamento²⁰.

¹⁹ ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 142 ss.

²⁰ “La decisione su quale debba essere il livello numerico cui subordinare questo effetto (cioè la tutela reale) esige una valutazione di interessi contrapposti che il legislatore formula con riguardo alla disciplina generale dell'istituto, e che un referendum di natura esclusivamente abrogativa non può invece determinare di per sé, grazie alla fortuita compresenza nella dispo-

Così si ampliano in maniera del tutto fantasiosa i temi sottratti al legislatore referendario, tralasciando oltre tutto la storia del diritto del lavoro dove i limiti dimensionali sono stati innanzitutto introdotti da accordi sindacali stipulati in completa autonomia dalle parti sociali fin nell'immediato dopoguerra, proprio in materia di licenziamenti²¹.

Esclusa la fondatezza della ragione tecnica, occorre chiedersi allora quale funzione politica – in senso alto – abbia voluto giocare la Corte.

Non penso che ci fosse alcuna intenzione di impedire al sindacato di svolgere qualsiasi ruolo politico. Anche se la specifica motivazione tecnica di *actio finium regundorum*, pure risibile, sembra precludere un legittimo spazio di intervento al legislatore referendario, gli altri quesiti consentono ugualmente al sindacato di contrastare importanti scelte regolative e, ove prevalsero i sì, correggere aspetti significativi del nuovo diritto del lavoro emerso negli ultimi 5/6 anni.

Però con le sue decisioni la Corte ha lasciato al sindacato uno spazio ridotto e impervio che il sistema politico avrebbe potuto persino prosciugare del tutto, anticipando gli esiti referendari con riforme legislative ben più semplici di un'ennesima rivisitazione (pure auspicabile) della reintegrazione²². Certo nel momento in cui la Corte ha deciso per l'inammissibilità di uno solo dei tre referendum era ancora difficile prevedere cosa sarebbe accaduto. Ma non vi è dubbio che raggiungere il *quorum* sui due referendum ammessi non era affatto semplice, pur potendosi forse, una volta raggiunto, immaginare un esito abrogativo delle norme sottoposte al giudizio popolare. Tra le forze in campo, la Corte ha sostenuto questa volta "le sedi istituzionalizzate". Il sistema politico – dopo aver realizzato una riforma con scarso

sizione di indicazioni numeriche sfruttabili mediante il ritaglio": ma su quale base normativa di rango costituzionale si fonda quest'assunto?

²¹ Si tratta di un accordo dell'ottobre 1950, che prevedeva il limite degli 80 dipendenti per l'applicazione di un regime di stabilità obbligatoria convenzionale: v. ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2015, p. 222.

²² Come poi in effetti è stato fatto abrogando le norme su cui si sarebbero dovute svolgere le consultazioni referendarie (v. il d.l. 17 marzo 2017 n. 25 convertito con l. 29 aprile 2017 n. 49). Salvo poi a reintrodurre l'istituto dei voucher – seppure con una disciplina parzialmente diversa – con una legge di appena due mesi dopo (art. 54 bis del d.l. 24 aprile 2017 n. 50 introdotto con la legge di conversione del 21 giugno 2017 n. 96). La richiesta, prontamente formulata dalla Cgil, di riesame della questione di ammissibilità del referendum con riguardo alla nuova legge (per la prima volta successiva alla abrogazione secca, sì da realizzare una modifica a fattispecie progressiva di norma sottoposta a referendum) è stata rigettata dalla Cassazione con ordinanza del 29 novembre n. 2017.

consenso popolare – aveva almeno tre opzioni: legiferare evitando i referendum (come poi ha fatto: v. nota 22); invitare a disertare i seggi (come si è fatto in altre occasioni, snaturando “la logica dilemmatica sottesa a ogni richiesta referendaria”²³); affrontare la consultazione popolare, magari ridimensionando il significato politico e regolativo di un’eventuale vittoria dei sì. Il sindacato aveva una sola opzione, molto faticosa e rischiosa dalla quale comunque avrebbe ricavato un magro bottino. Il ruolo politico che la Corte ha deciso di svolgere questa volta con la sentenza 26/2017 può anche rispondere ad una corretta gerarchia dei circuiti attraverso cui assumere importanti decisioni politiche. Oppure, più semplicemente, può essere ispirata a una poco nuova tendenza della Corte a salvaguardare gli equilibri legislativi raggiunti, specie in stagioni politiche difficili. La mia impressione però è che si sia nettamente sottovalutato che si trattava “solo” di ammettere una più ampia verifica referendaria di fondamentali scelte che riguardano direttamente la società civile: e in passato lo si era fatto in momenti e su temi almeno ugualmente delicati. Perché allora questa volta ha la meglio una peculiare subalternità al “quadro politico” esistente? Confinare i referendum negli ambiti meno rilevanti e appassionanti aveva in questo caso il senso di emarginare un’occasione di reale confronto democratico, probabilmente per paura che prevalesse una demagogia populistica, ma in realtà privando del ricorso alla c.d. “variante populista”²⁴ solo il sindacato. O forse costringendo il sindacato ad usarla su argomenti e con modalità che sarebbero potuti apparire sproporzionati; oppure screditando ancor più gli strumenti di democrazia reale rispetto a quelli della democrazia virtuale o meramente “pubblicitaria”. Tutto ciò in fin dei conti a me pare una trappola preparata da culture e intelligenze alle quali i giudici della Corte costituzionale fino alla sentenza 26/2017 – almeno da una visuale lavoristica – si erano mantenuti in larga parte estranei. C’è da augurarsi che il vento delle reali aspettative democratiche torni a soffiare presto sul Palazzo della Consulta.

²³ BARBERA, MORRONE, *op. cit.*, p. 244.

²⁴ Per la crucialità di questa prospettiva oggi v., pur con accenti forse non del tutto condivisibili, FORMENTI C., *La variante populista. Lotta di classe nel neoliberalismo*, DeriveApprodi, 2016.

Andrea Morrone

Il referendum manipolativo: abrogare per decidere

Sommario: **1.** L'ipotesi. Manipolare per decidere. **2.** Ammissibilità e legittimità: due facce di una realtà. L'omogeneità-ragionevolezza del referendum. **3.** I sintomi del referendum manipolativo: a) la matrice razionalmente unitaria. **4.** (*Segue*): b) la completezza. **5.** (*Segue*): c) l'autoapplicatività e il nesso di consequenzialità tra oggetto e risultato. **6.** (*Segue*): d) l'idoneità allo scopo. **7.** (*Segue*): e) la costruzione di una regola nuova. **8.** Morfologia della manipolazione, tra oggetto e obiettivi. **9.** Spunti per una nuova e diversa ricerca sul referendum.

I. *L'ipotesi. Manipolare per decidere*

“Il più consistente cedimento dell’idea del referendum abrogativo come mera negazione della legislazione esistente incapace per sua natura di affermare positive linee di indirizzo politico o di imporre decisioni autosufficienti lo si è avuto con i referendum cd. manipolativi. Le modalità tecniche di questi referendum sono risapute: i promotori non si limitano a chiedere l’abrogazione di un testo di legge o di singole disposizioni (intendendosi per disposizioni proposizioni normative sintatticamente complete), ma propongono la eliminazione di frammenti linguistici, di singole parole di per sé prive di autonoma capacità qualificatoria ma significanti nel contesto in cui sono inserite; cosicché l’incidenza legislativa e l’effettiva direzione del referendum sono date dalla normativa residua, risultante dalle locuzioni, dalle proposizioni o dalle parole, non colpite dalla abrogazione referendaria, che nel loro insieme andranno a comporre il nuovo testo di legge voluto dal popolo”¹.

¹ MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, relazione al Convegno AIC su *Democrazia maggioritaria e referendum*, Siena 3-4 novembre 1993, p. 1.

La citazione permette di focalizzare due punti. La struttura del *referendum* manipolativo e le conseguenze dell'abrogazione; la trasfigurazione che la manipolazione produrrebbe rispetto alla qualificazione offerta dall'art. 75 Cost., almeno a seguire autorevole dottrina². Le caratteristiche della manipolazione referendaria emergono nella prassi, in un gioco di scambio di soluzioni, tra i proponenti, i giudici competenti al controllo e la dottrina. In questa correlazione feconda, il ruolo decisivo è della giurisprudenza costituzionale. Il referendum abrogativo è, forse, l'istituto che ha visto definiti i suoi tratti essenziali dal giudizio di ammissibilità.

La dottrina tende a dividersi a seconda che del referendum abrogativo venga esaltata la natura di atto normativo da ascriversi essenzialmente alla problematica delle fonti del diritto, oppure, a seconda che ne venga valorizzata l'incidenza sulla forma di governo. Questa dicotomia concettuale, nella sua assolutezza, sfuma nell'esperienza giuridica, nella quale il referendum, nel manifestare entrambe quelle vocazioni, appare propriamente mezzo per perseguire obiettivi che riguardano decisioni essenziali per una determinata comunità politica. I tentativi di ridurre il referendum a categorie formali, proprie della teoria delle fonti normative, ovvero le dottrine che, a partire da ragionamenti logico-deduttivi, più o meno riconducibili al testo della Costituzione, riportano il referendum ad uno schema *a priori* da cui trarre solo conseguenze necessitate, sono destinati al fallimento. Smentiti dalla realtà, che da sola basta a far cadere intere biblioteche, quei tentativi non riescono a cogliere la ragion d'essere propria del referendum. Mediante il referendum, il principio di sovranità popolare riceve una peculiare concretezza: il corpo elettorale può compiere direttamente scelte decisive d'indirizzo politico.

Non è la prassi – seguendo letture in voga – in contrasto con la Costituzione (che pure ammette il “*referendum parziale*”)³, ma è il *referendum* popolare ad esprimere una natura tale che la forma del diritto o l'interpretazione

² LUCIANI, *Art. 75*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, 2005, p. 223 ss.

³ Com'è noto questa formula viene normalmente interpretata come indicativa solo di abrogazione (non creazione) di disposti normativi (non di norme o addirittura di frammenti privi di senso): ad es. PIZZORUSSO, *Anomalie e incongruenze della normativa costituzionale ed ordinaria in tema di referendum abrogativo*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, 1998, pp. 127, 129 e 131. Ma, come ha sottolineato PALADIN in *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, 1996, p. 270, la “creazione di (...) nuovo diritto” è in genere l'obiettivo dei “*referendum* parziali di carattere manipolativo”.

giuridica non riescono a imbrigliare. Riconoscere ciò non equivale a rinunciare al pensiero critico, ma, piuttosto, assumere piena consapevolezza della problematicità dell'innesto del referendum nell'ordinamento costituzionale e nella politica nazionale⁴.

Ragionare di manipolazione referendaria (in qualsiasi accezione una simile espressione venga resa) non è solo un modo, come un altro, di trattare il referendum abrogativo, ma equivale proprio a mettere i piedi nel piatto delle questioni più rilevanti. I referendum manipolativi, infatti, non fanno altro che portare allo scoperto l'essenza di qualsiasi decisione popolare diretta a veicolare *issues* politiche nel discorso pubblico.

In questo scritto, in linea con quest'ipotesi, svilupperò due temi: (1) le caratteristiche della manipolatività alla luce della giurisprudenza costituzionale; (2) la manipolatività come cartina di tornasole della natura del referendum come strumento di decisione politico-legislativa.

2. Ammissibilità e legittimità: due facce di una realtà. L'omogeneità-ragionevolezza del referendum

Le radici di quella che chiamo *l'ipotesi referendaria manipolativa* si trovano in diversi luoghi della giurisprudenza. Questa figura prende forma in parallelo con la *trasfigurazione*, consolidatasi nel tempo, del giudizio di ammissibilità in una variante del giudizio di legittimità costituzionale. Vezio Crisafulli notava i sintomi di questa trasformazione fin dalla sent. n. 251/1975 (e nella successiva ord. 7 gennaio 1976 dell'Ufficio centrale per il referendum), de-sumendo che già allora – nonostante il riferimento formalistico all'art. 75, comma 2, Cost. – l'esistenza di “cause logiche di esclusione del referendum da accertarsi *preventivamente*” fosse “*jus receptum*”⁵. A questa tendenza, che, di

⁴ BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, 2003; CARAVITA, *I referendum: minaccia o risorsa democratica?*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, op. cit., 2003, p. 157; MEZZANOTTE, NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in DD, 1981, p. 68.

⁵ CRISAFULLI, *In tema di limiti al referendum*, GCost., 1978, p. 154. Nella fattispecie si trattò di stabilire le conseguenze, sull'oggetto del quesito, di due precedenti decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, la sent. 49/1971 (illegittimità secca) e sent. n. 27/1975 (manipolativa), che avevano dichiarato parzialmente illegittime alcune fattispecie penali inserite nel primo referendum radicale per la liberalizzazione dell'aborto, con ricadute sul concetto di *legge vigente* quale presupposto necessario della domanda. Cfr. MORRONE, *La “legge vigente” e il sindacato dell'Ufficio Centrale per il referendum*, in QC, 1999, p. 297 ss.

fatto, porterà a superare il confine tra i due luoghi in cui potrebbe aversi il controllo sul referendum abrogativo (*prima*, in sede di ammissibilità e, *dopo*, in sede di legittimità), viene dato il definitivo “suggerimento” con la storica sent. n. 16/1978, nella quale possono essere rinvenuti “gli strumenti per impedire l’effettuazione di consultazioni referendarie suscettibili di avere effetti, se non dirompenti, almeno, come si suol dire, destabilizzanti”⁶.

Tutti i criteri introdotti allora – assumendo che dall’art. 1, legge cost. 1/1953, derivasse “il potere-dovere di valutare l’ammissibilità dei referendum in via sistematica” – sono diretti a conformare quello di ammissibilità in un giudizio *preventivo* di legittimità costituzionale. È, soprattutto uno, il criterio che maggiormente avvicina le due esperienze. Il requisito di *omogeneità* del quesito referendario, lungi dall’essere un *test* formale, come pure sembrerebbe, è un’epifania della *ragionevolezza*, quale parametro *materiale* del giudizio intorno all’esercizio del potere legislativo⁷. Con le parole del Giudice delle Leggi: “Ma nello stesso modo che la cosiddetta discrezionalità legislativa non esclude il sindacato degli arbitri del legislatore, operabile da questa Corte in rapporto ai più vari parametri; così la normativa dettata dall’art. 75 non implica affatto l’ammissibilità di richieste comunque strutturate, comprese quelle eccedenti i limiti esterni ed estremi delle previsioni costituzionali, che conservino soltanto il nome e non la sostanza del *referendum* abrogativo”⁸.

Nelle evoluzioni che ha conosciuto la giurisprudenza costituzionale, il criterio di omogeneità ha finito per risolversi nel controllo di ragionevolezza e, quest’ultimo, s’è diffuso a largo raggio nello stesso giudizio di ammissibilità. Non m’interessa insistere su questo punto, sul quale convergono la maggioranza delle analisi. Voglio evidenziare che proprio nello svolgimento dell’ammissibilità lungo le molteplici traiettorie della *omogeneità-ragionevolezza*, si ritrova l’*humus* per lo sviluppo dell’ipotesi referendaria manipolativa, come *exemplum* del “carattere regrediente” del “canone formale” rispetto a quello “sostanziale-contenutistico”, relativo ai principi o ai valori in gioco⁹. In particolare, sono cinque i sintomi giurisprudenziali di questa fattispecie.

⁶ CRISAFULLI, *op. cit.*, pp. 154 e 155.

⁷ Secondo la concezione indicata in MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001.

⁸ Cfr. sent. n. 16/1978, p. n. 5 diritto.

⁹ MODUGNO, CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. n. 16 del 1978*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., 1998, p. 45 ss.

3. I sintomi del referendum manipolativo: a) la matrice razionalmente unitaria

Nella sentenza redatta da Livio Paladin, l'omogeneità è configurata *a contrariis* dal quesito che “contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare”¹⁰.

Per definirne il concetto, la Corte costituzionale giustappone la libertà dei promotori e la libertà degli elettori, che “non vanno confuse fra loro”. “Se è vero che il referendum non è fine a sé stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta; mentre è manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)”. E ancora: “è ben vero che la presentazione delle richieste rappresenta l'avvio necessario del procedimento destinato a concludersi con la consultazione popolare; ma non è meno vero che la sovranità del popolo non comporta la sovranità dei promotori e che il popolo stesso dev'esser garantito, in questa sede, nell'esercizio del suo potere sovrano. Uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può essere infatti trasformato – insindacabilmente – in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive inscindibili scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto e sostenuto le iniziative referendarie”. Il problema della richiesta radicale su 97 articoli del codice penale, “per quanti sforzi interpretativi si facciano”, era la mancanza di un “quesito comune e razionalmente unitario”.

Il concetto di *matrice razionalmente unitaria* diventa la chiave, non solo per intendere il significato dell'*omogeneità* (almeno nella sua accezione più stretta), ma per superare il dilemma dell'*oggetto* del quesito referendario, ossia la distinzione, ritenuta cruciale in non poche teoriche, tra *disposizione* e *norma*¹¹. La

¹⁰ Sent. n. 16/1978, p. n. 3 diritto.

¹¹ Ne ho discusso in MORRONE, *L'oggetto e il risultato dell'abrogazione referendaria ammissibile*, in BIN (a cura di), *Elettori legislatori?*, Giappichelli, 1999, p. 147 ss.

chiarezza della domanda, eretta a valore strumentale all'esercizio della libertà dell'elettore, quale presupposto della genuina espressione della sovranità popolare, non solo (im)pone un parametro di ammissibilità, ma rappresenta la precondizione affinché la libertà dei promotori venga *funzionalizzata* ad individuare un *principio comune* necessario per dare *unità* alla pluralità delle parti inserite nel quesito.

Il requisito della *matrice razionalmente unitaria* è costante¹². L'esistenza di un *principio comune*, va sottolineato, è tanto più necessaria, quanto più la giurisprudenza prende consapevolezza che "l'attuale ordinamento del referendum abrogativo è contraddistinto da gravi insufficienze e da profonde antinomie"; che "il sindacato della Corte non si può arrestare di fronte alla constatazione delle carenze o delle lacune della legge n. 352 del 1970"; e che "l'art. 27 primo comma, pur prescrivendo l'indicazione dei "termini del quesito che si intende sottoporre alla votazione popolare", si limita in sostanza a prevedere che la formula "volete che sia abrogata..." (o "volete voi l'abrogazione...") sia completata richiamando gli estremi della legge in discussione, citando il numero dell'articolo o degli articoli specificamente interessati, nonché trascrivendo i soli testi dei commi o dei frammenti eventualmente messi in gioco (ma non gli integrali disposti degli articoli stessi)"¹³. Di fronte al problema centrale della "abrogazione parziale", nella quale "il quesito risulterebbe oscuro ed anzi incomprensibile, se l'elettore dovesse apprezzarlo in vista della sola formula dichiarata legittima dall'Ufficio centrale", emerge con evidenza la *fondamentalità* della *matrice razionalmente unitaria*. Alla luce della decisione sulla seconda iniziativa in materia di aborto (sent. n. 26/1981)

¹² Tra i casi più significativi: per ammettere il *referendum* diretto all'abolizione dei Tribunali militari (sent. n. 25/1981), per dichiarare inammissibile il *referendum* sui cd. reati d'opinione (ri-formulato ma senza seguire fino in fondo l'indicazione contenuta nella sent. n. 16/1978), proprio per la mancanza di un "comune principio" essenziale ai fini della "chiarezza", della "inconfondibilità della domanda", ai fini della "nettezza" del quesito (sent. n. 28/1981); per discriminare, ai fini del giudizio, le prime tre richieste sulle leggi elettorali di Camera, Senato e comuni, il cui destino era affidato all'esistenza di un "criterio ispiratore fondamentalmente comune" quale oggetto del dilemma sottoposto al voto (sent. n. 47/1991); per ammettere, per ben due volte, dopo l'intervento correttivo dell'UCR, la richiesta sull'intervento straordinario nel Mezzogiorno (sentt. nn. 31 e 137/1993); al fine di consentire lo svolgimento del *referendum* contro la costruzione di nuove centrali nucleari e sulla relativa gestione (sent. n. 28/2011).

¹³ Cfr. sent. n. 18/1978. Nonostante i limiti segnalati a più riprese dalla Corte, parte della dottrina continua a esaltare il valore interpretativo della legge n. 352/1970 per riempire di contenuto l'art. 75 Cost., dimenticando le ragioni politiche e di contesto che portarono al varo di una disciplina di attuazione fortemente restrittiva.

– è una mia valutazione e non più della Corte –, non solo quel requisito è il presupposto per valutare “una ad una” le tre proposte di referendum (quella del *Partito radicale*, e quelle, cd. massimale e minimale, del *Movimento per la vita*), ma diventa la soluzione indispensabile proprio di fronte alla mancata concretizzazione, da parte del legislatore, “delle sollecitazioni fatte dalla sentenza n. 16 del 1978, circa l’introduzione delle necessarie garanzie di semplicità, di univocità, di completezza dei quesiti, presentemente trascurate od ignorate dal legislatore” (p. n. 3 diritto).

Imporre una matrice razionalmente unitaria, dunque, conduce a due risultati utili. Rappresenta, innanzitutto, il viatico (almeno in astratto) per la legittimità di quesiti abrogativi parziali e manipolativi, incidenti, proprio per questo motivo, non tanto su disposizioni normative *significanti*, quanto su *frammenti* di enunciato normativo (sent. 16/1978), mere *parole* (sent. n. 26/1981, cit.), addirittura “parole o frasi prive di autonomo significato normativo” (sent. n. 32/1993 sulla legge elettorale del Senato), sicché, nonostante “la plausibilità di qualche rilievo critico”, “alcune imperfezioni risultano inevitabili” (sent. n. 63/1990). È vero: nella sent. n. 26/2017 sull’estensione della tutela reale in caso di licenziamenti illegittimi, la Corte costituzionale ha mantenuto distinto, ai fini del giudizio, il profilo dell’omogeneità da quello della manipolatività del quesito, e di questo si dirà. Resta, ciò nonostante, confermato che la matrice razionalmente unitaria, quale contenuto essenziale dell’omogeneità, agisce sul piano delle *norme giuridiche* rispetto alle quali il ritaglio frammentario delle disposizioni o delle parole è funzionale¹⁴. In secondo luogo, la matrice razionalmente unitaria, nel dare unità-identità al quesito, consente sia la ricostruzione delle norme oggetto, sia, soprattutto, l’individuazione dell’*obiettivo* conseguente all’ablazione referendaria, del *principio-fine*, che nessuna disposizione, formalmente intesa, potrebbe rendere manifesto, eccedendo i confini dell’oggetto stesso e il requisito della necessaria vigenza delle disposizioni colpite dalla domanda¹⁵.

¹⁴ Si parla, nella sent. n. 26/2017, della compresenza nella “medesima disposizione di più norme”, della difficoltà di stabilire quando “le norme prefigurino davvero ipotesi differenti”, dell’esigenza in caso di dubbio di ricorrere alla “*evoluzione normativa* di un certo istituto”, di “*vicenda normativa*”, dalla quale si desume l’esistenza di “*tematiche* non sovrapponibili”, p. n. 7-9 diritto. Ma che un principio comune sia sempre necessario dimostrano anche le vicende relative a domande referendarie *totali*: cfr. nota 42.

¹⁵ In questo senso soprattutto si può spiegare la decisione di ammissibilità del *referendum* sul taglio dei punti di contingenza nel caso della cd. scala mobile, formalmente su legge *non vi-*

4. (Segue): *b) la completezza*

Un secondo sintomo dell'ipotesi referendaria manipolativa si ritrova nel requisito della *completezza* del quesito. Anche qui, siamo in presenza di una manifestazione concreta dell'omogeneità: a differenza del referendum privo di una matrice razionalmente unitaria la cui inammissibilità è pronunciata "per eccesso" di norme non riconducibili ad un principio comune, il quesito incompleto è inammissibile "per difetto" di norme, quelle da ricomprendere nella domanda¹⁶.

Sul presupposto che il referendum, come le elezioni, implica una "scelta"; che il "concetto" di scelta "è intimamente collegato a quello di possibilità"; e che possibilità di scelta non c'è se non c'è libertà di voto, come nei casi di "formulazione, né semplice, né chiara", nel dettare questo nuovo requisito, la Corte costituzionale giustappone due ipotesi: quella del quesito eterogeneo, quella del quesito che manifesta una "contraddizione fra la richiesta di abrogazione di una disciplina e la mancata richiesta di abrogazione di altre disposizioni dettate nel medesimo contesto normativo e indissolubilmente legate a quelle che, invece, si vorrebbero sopprimere" (sent. n. 27/1981 sulla caccia). I *punti di contatto* tra le due fattispecie sono, però, evidenti: l'obiettivo – per cui "nelle consultazioni popolari, e perciò anche in quelle referendarie, in cui non è concepibile una risposta articolata, la nettezza della scelta postula la nettezza del quesito, la sua semplicità, cioè essenzialità, la sua chiarezza, cioè la sua inconfondibilità" – è assicurato solo se esiste una *matrice unitaria* che sorregge la domanda.

La completezza del quesito, allora, va intesa *non* come necessità di inserire nel quesito tutte le disposizioni che si riferiscono all'oggetto, ma solo quelle *materialmente coerenti* con l'obiettivo *in senso largo* di una richiesta abrogativa (comprensiva dell'*intentio* e delle conseguenze istituzionali). Basti pensare al quesito sull'estensione della tutela reale a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, nel quale, i promotori, senza contraddizione rispetto al fine, avevano ricompreso anche le organizzazioni *di tendenza* (sent. n. 41/2003); e, specularmente, al quesito diretto ad estromettere dal sistema nazionale di

gente e con efficacia retroattiva: le critiche di CRISAFULLI, *Non convince l'Ufficio centrale per il referendum*, *GCost.*, 1984, I, p. 2259, si spiegano sul piano della logica formale, ma non tengono di fronte al peso svolto dal *fine politico* perseguito dai promotori nella sent. n. 35/1985.

¹⁶ MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum (anche alla luce di alcuni commenti della dottrina)*, *GCost.*, 1981, p. 2011.

istruzione le scuole private, la cui inammissibilità è stata pronunciata in considerazione sia della mancata inclusione di disposizioni che, contro l'*intentio* dei promotori, implicavano che del sistema continuassero a far parte quelle scuole con "intima contraddizione", che "può presentarsi nelle richieste di referendum parziali, a causa della incompleta ripulitura della normativa residua, nella quale siano lasciate parole o proposizioni incoerenti con le restanti previsioni", sia degli effetti *discriminatori* che il referendum avrebbe generato (sent. n. 42/2003).

La giurisprudenza presenta alcune rilevanti incongruenze, che hanno portato a situazioni paradossali, nelle quali il rapporto mezzi-fine è stato sacrificato sull'altare di un canone *quantitativo* richiedente una *prestazione impossibile*: completare il quesito con *tutte* le regole concernenti l'istituto la cui abrogazione si chiede. Queste situazioni sono rimaste limitate¹⁷. In genere, la completezza è rispettata se il quesito supera la prova di *non contraddittorietà teleologica*, come in tutti i casi in cui l'obiettivo non è perseguito mediante l'abolizione di disposti normativi *congruenti*. Il problema, infatti, "non è legato alla quantità, e neppure alla superfluità, dei tagli operati alla legge abroganda", dato che "una proposta abrogativa, che risulti esuberante rispetto alla stringatezza che è propria dell'istituto dell'abrogazione e della relativa formula, incorre in censura di incoerenza, non già per il numero delle mutilazioni apportate al testo normativo, ma per l'incoerenza, che dall'insieme delle mutilazioni deriva al quesito referendario", ovvero quando "dalla combinata lettura delle abrogazioni chieste e di quelle non chieste, anche di un identico vocabolo o locuzione, persino in uno stesso articolo" non emerge la "semplicità, chiarezza, inconfondibilità, non contraddittorietà del quesito" (sent. 26/1981, p. n. 6 diritto).

Proprio in questo precedente, emerge la preferenza del nostro giudice per interventi di ritaglio circoscritti e proporzionati al fine: nella fattispecie invece la proposta abrogativa (facendo scomparire la licenza di caccia, la polizza di assicurazione, il tesserino, l'abilitazione all'esercizio venatorio ed il relativo esame, le associazioni venatorie ed i loro compiti) è stata avanzata

¹⁷ Esempio il caso del *referendum* diretto ad abolire il Ministero della sanità, sent. n. 34/1993. La differente valutazione tra questa decisione e quella, meno rigorosa sulla completezza, per l'abolizione del Ministero dell'agricoltura (sent. n. 26/1993), criticata in dottrina, poteva giustificarsi, materialmente, per la gravità delle omissioni, e per il "buon senso" della Corte. Cfr. PALADIN, *Profili problematici della giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 14.

“indulgendosi al metodo della elaborezza, che non si addice ed, anzi, contraddice all’istituto generale della abrogazione”, avendo preferito i promotori “compiere tale falciatura negli altri articoli, negli altri commi – persino di singole parole –, da fare apparire giuridicamente significanti le parti residue”, oppure escludendo dalle “sovrabbondanti mutilazioni” parti che invece avrebbero dovuto essere ricomprese perché coerenti con l’obiettivo perseguito. In una successiva pronuncia, sulla proposta di abolizione dell’ordine dei giornalisti, l’incompletezza del quesito è opportunamente delimitata: “solo quando la stessa norma o lo stesso principio oggetto del referendum costituiscono il contenuto essenziale di un altro autonomo corpo normativo che, sopravvivendo all’eventuale abrogazione per voto popolare, determinerebbe un’intollerabile contraddizione, traducendosi in un difetto di chiarezza verso gli elettori” (sent. n. 38/1997)¹⁸.

Da quanto precede, si evince che il ritaglio manipolativo è implicato dal requisito della completezza del quesito, integrabile a mezzo di un giudizio di coerenza o non contraddittorietà *teleologica* della domanda rispetto ai tagli operati sui testi normativi; e che, comunque, esistono limiti alla (conseguente) elaborezza del quesito, che dipendono dalla *ratio* perseguita dal referendum. In ogni caso, è il principio-fine (*in senso largo*: ossia non riducibile al mero oggetto) il metro di giudizio.

5. (Segue): c) l’autoapplicatività e il nesso di consequenzialità tra oggetto e risultato

Un terzo profilo si ritrova nella giurisprudenza in materia di *leggi elettorali*, che, più di ogni altra, ha contribuito a conformare l’ipotesi referendaria manipolativa. Decisivo è il concetto di *autoapplicatività*: le leggi elettorali non possono essere oggetto di mere abrogazioni, ma solo di sostituzioni normative, essendo *necessarie* per il rinnovo di organi politico-rappresentativi, che, secondo la Corte costituzionale, non possono essere esposti all’eventualità (neppure) teorica di non potere essere rinnovati in qualsiasi momento. Per superare la chiusura fatta nella pronuncia d’inammissibilità del referendum

¹⁸ Similmente SORRENTINO, *L’ammissibilità dei referendum manipolativi*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 194, distingue, ai fini dell’ammissibilità, tra inconvenienti (quando la “normativa superstita” è poco chiara) e impedimenti (quando nella normativa superstita persiste “il medesimo principio” che il quesito intende eliminare).

sull'elezione del Consiglio superiore della magistratura (sent. n. 29/1987)¹⁹, per ammettere referendum elettorali è stato necessario un *overruling*, imponendo al quesito di *non lasciare un vuoto giuridico* (ritenuto, evidentemente, *impossibile* da colmare mediante l'*autointegrazione*). In materia elettorale la domanda popolare deve garantire una *normativa di risulta autoapplicativa*, in grado cioè di consentire un'elezione anche in caso di inerzia del legislatore, dopo l'esito positivo della consultazione.

Al referendum elettorale, dunque, è stato cucito addosso un vestito su misura, “uno statuto peculiare”²⁰: ammissibili purché: 1) necessariamente parziali; e 2) autoapplicativi. Le due condizioni sono *consustanziali*. L'esclusione dell'ammissibilità, infatti, riguarda non tanto richieste abrogative di *tutte* le regole, ma, piuttosto, della disciplina *essenziale* al rinnovo dell'organo. Quel che conta è la possibilità che all'esito dell'abrogazione proposta residuino disposizioni sufficienti a permettere un'elezione. Imprecisa appare la distinzione, usata e abusata, tra referendum *totale* e referendum *parziale*, perché – come prova la materia elettorale – quella che corrisponde alla dottrina della Corte costituzionale, è la giustapposizione – che guarda al *risultato* più che all'oggetto – tra quesiti *autoapplicativi* e quesiti *non autoapplicativi*²¹.

Il requisito decisivo dell'autoapplicatività sposta l'attenzione direttamente sul *risultato abrogativo*: poiché occorre garantire l'esistenza di una formula elettorale applicabile, la proposta abrogativa deve essere funzionale a realizzare quel fine. Deve sussistere, in altri termini, un *nesso di consequenzialità* tra oggetto e fine, nel senso che il risultato abrogativo sia il precipitato dell'abrogazione delle disposizioni inserite nel quesito²². Il giudizio di omogeneità, da un punto di vista logico, si *scinde in due*, riguardando sia l'*oggetto* sia il *risultato* della domanda abrogativa, anche se, nella prospettiva della necessaria autoapplicatività dell'operazione, mantiene una sua *sostanziale univocità*, data dal *principio abrogativo* (coincidente col fine complessivo perseguito dai promotori sul piano istituzionale), nel quale il profilo intro-

¹⁹ L'assunto per cui il *referendum* deve manifestare una “evidenza del fine intrinseco” portava il giudice delle leggi a riconoscere che a questo fine fosse necessario solo un intervento del legislatore rappresentativo.

²⁰ BRUNELLI, *Quesito manipolativo e statuto peculiare dei referendum elettorali*, in Bin (a cura di), *op. cit.*, p. 33.

²¹ Nel referendum sul CSM del 1987, il quesito era *parziale*, limitato solo ad alcune disposizioni della legge istitutiva, quelle che, nella sostanza, attevano alla formula elettorale.

²² Cfr., ad es., sentt. 15 e 16/2008, in entrambe p. n. 5.1 diritto.

duttivo-propositivo assume il peso decisivo rispetto a quello meramente abrogativo-demolitivo²³.

Come si legge nella sent. n. 47/1991, per ammettere un referendum elettorale “non basta sicuramente (...) la troppo generica asserzione secondo cui – dovendo i referendum abrogativi essere congegnati in termini tali da non paralizzare il funzionamento di alcun organo rappresentativo – qualunque modificazione della normativa vigente idonea a consentire il raggiungimento di quel fine sarebbe da ritenere di per sé ammissibile, occorrendo, invece, che la situazione derivante dalla caducazione della normativa oggetto del quesito rappresenti un epilogo linearmente consequenziale.” (p. n. 4.1. diritto). Il valore costituzionale da assicurare è, ancora una volta, la chiarezza per la libertà di voto: il quesito “deve incorporare l’evidenza del fine intrinseco all’atto abrogativo, cioè la puntuale *ratio* che lo ispira”, e “una parallela e lineare evidenza delle conseguenze abrogative”. Di conseguenza, “univocità ed omogeneità del quesito si presentano come funzionali all’imprescindibile chiarezza dell’operazione referendaria, venendole a conferire, rispettivamente, chiarezza nella finalità unidirezionale e chiarezza nella struttura del quesito” (sent. n. 47/1991, p. n. 4.2.).

Il *nesso di consequenzialità* è ciò che permette, nel ragionamento della Corte costituzionale, di superare l’obiezione che il referendum, in quanto manipolativo, abbia in sostanza natura *propositiva*: mutuando le parole del *leading case* si può individuare quest’ipotesi quando le domande “non si limit[assero] a perseguire, attraverso l’eliminazione di parti più o meno cospicue del testo legislativo, l’abrogazione parziale di tale testo, ma mir[assero] anche a sostituire la disciplina stabilita dal legislatore con un’altra, diversa, voluta dal corpo elettorale (...), in quanto la disciplina a quella subentrante non si porrebbe come una conseguenza necessitata, automaticamente ricavabile per via analogica o in forza dei principi generali dell’ordinamento, bensì come il frutto di una scelta, tra due o più alternative possibili, in pari tempo sottoposta al corpo elettorale” (p.n. 4.1. diritto). In sostanza, il nesso di consequenzialità non solo legittima il quesito parziale, ma permette di stabilire il perimetro al di là del quale, attraverso l’operazione di taglio e cucitura, il referendum viene trasformato, in modo illegittimo, in una sorta di *popular initiative*²⁴.

²³ In questi termini possono essere superate le perplessità, pure condivisibili, di quella dottrina che ritiene del tutto generico il criterio di consequenzialità: LUCIANI, *op. cit.*, 2005, p. 630.

²⁴ Nella decisione 47/1991, il quesito sul Senato era inammissibile in quanto non chiara appariva sia la formulazione del quesito, sia la normativa di risulta, quanto all’assegnazione dei

L'indirizzo è stato confermato e ulteriormente precisato successivamente. Il carattere determinante della correlazione tra oggetto e fine, basata sull'evidenza di un principio abrogativo univoco e coerente e, quindi, la garanzia di autoapplicatività della normativa di risulta per l'ammissibilità di operazioni, anche ardite, di ritaglio, viene cristallizzata nel 1993, quando è stato ammesso il *referendum* sul collegio uninominale per il Senato. La motivazione della pronuncia ha sancito che "è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo, se l'uso di questa tecnica è imposto dall'esigenza di "chiarezza, univocità e omogeneità del quesito" e di "una parallela lineare evidenza delle conseguenze abrogative", sì da consentire agli elettori l'espressione di un voto consapevole" (sent. n. 32/1993)²⁵.

Nella sent. n. 13/1999, ammettendo il *referendum* diretto ad abolire il voto di lista per l'attribuzione con metodo proporzionale del 25% dei seggi previsto dalle cd. leggi Mattarella, si è riconosciuta l'univocità della domanda e si è esclusa la natura manipolativa o surrettiziamente propositiva: il quesito, costruito tenendo conto dei precedenti e, tra questi, della sent. n. 36/1997, "abrogando parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, per ciò che attiene alla ripartizione del 25% dei seggi, non la sostituisce con un'altra disci-

seggi con metodo proporzionale alla sola ipotesi residuale dei seggi non assegnati nei collegi e quanto al sistema maggioritario nell'ipotesi ordinaria di assegnazione dei seggi nei collegi; al contrario l'ammissibilità del quesito sulla cd. preferenza unica alla Camera si fondava sia sulla chiara intenzione di ridurre la scelta da quattro a una sola, avendo i promotori "nel segno della massima coerenza, perseguito anche l'abrogazione di tutto ciò che, altrimenti sopravvivendo nel contesto della normativa, [avrebbe rischiato] in qualche modo di togliere chiarezza alla sola preferenza che sarebbe [stata] consentita nel caso di esito favorevole del *referendum*", sia sulla "linearità e inequivocità" della soluzione del comitato, per "il sicuro permanere della normativa di risulta all'interno del sistema configurato dal legislatore, senza che se ne renda necessario un intervento per superare l'inevitabile paralisi di funzionamento dell'organo"; il quesito diretto ad estendere ai comuni maggiori il meccanismo maggioritario previsto per i piccoli, invece, era eterogeneo e comunque di dubbia chiarezza circa l'abolizione del cd. *panachage*. Detti limiti saranno superati nella reiterazione di nuovi quesiti nel 1993.

²⁵ Pur ammettendo che la normativa di risulta avrebbe potuto dare luogo ad "inconvenienti", la decisione riconosceva che non avrebbero inciso sull'operatività del sistema elettorale, né paralizzato "la funzionalità dell'organo": il legislatore, salvo il divieto di ripristino formale e sostanziale della normativa abrogata, avrebbe potuto "correggere, modificare o integrare la disciplina residua"; lo stesso apprezzamento di eventuali inconvenienti ritorna nella sent. n. 15/2008, che indica la soluzione nell'art. 37 della legge n. 352/1970, nel consentire la possibilità di ritardare fino a 60 giorni l'effetto abrogativo del *referendum* approvato dal corpo elettorale.

plina assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, che il quesito ed il corpo elettorale non possono creare *ex novo* né direttamente costruire (sentenza n. 36 del 1997), ma utilizza un criterio specificamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum”²⁶.

In occasione dei referendum sull’abolizione del collegamento tra liste e l’attribuzione del premio di maggioranza ad una coalizione di liste con l’obiettivo di rendere possibile solo una competizione tra liste con assegnazione del premio a quella più votata, sono puntualizzati i consolidati requisiti di ammissibilità. Affermato che in materia elettorale il referendum “deve essere necessariamente parziale” e ribadito che “il collegamento tra le disposizioni oggetto della richiesta di abrogazione risponde ad un’esigenza di ordine generale”, ossia che la domanda deve contenere l’evidenza del fine intrinseco, si definisce lo *statuto speciale* del referendum elettorale. Rileggiamo l’intero passo: “La perdurante operatività dell’intero sistema, pur in assenza delle disposizioni oggetto dell’abrogazione referendaria, costituisce, invece, una specifica caratteristica dei referendum elettorali, i quali risultano essere intrinsecamente e inevitabilmente “manipolativi”, nel senso che, sottraendo ad una disciplina complessa e interrelata singole disposizioni o gruppi di esse, si determina, come effetto naturale e spontaneo, la ricomposizione del tessuto normativo rimanente, in modo da rendere la regolamentazione elettorale successiva all’abrogazione referendaria diversa da quella prima esistente. Nel caso delle leggi elettorali si dimostra evidente la validità dell’osservazione teorica generale secondo cui, negli ordinamenti moderni, abrogare non significa non disporre, ma disporre diversamente” (sent. n. 15/2008). Nel ribadire l’irrilevanza della formulazione del quesito, si è aggiunto un fondamento positivo per legittimare il referendum manipolativo, dato che “l’art. 27, terzo comma, della legge n. 352 del 1970 prevede che possa essere presentata richiesta di referendum “per la abrogazione di parte di uno o più articoli di legge”, con ciò ponendo in primo piano l’organicità concettuale e normativa richiesta al quesito, che deve essere tale da mettere gli elettori nella condizione di esprimere una scelta consapevole ed in sé coerente, quali che siano le disposizioni o i frammenti di disposizioni coinvolti nella richiesta abrogativa” (p. n. 4 diritto).

²⁶ La decisione è stata confermata, dopo il mancato raggiungimento del *quorum* nel voto popolare, in occasione della ripresentazione di un quesito identico (sent. n. 33/2000).

Anche se si discute di leggi elettorali, la Corte costituzionale sta svolgendo argomenti di portata *generale*: le ultime decisioni sono strettamente collegate alla sent. n. 36/1997 (*infra*), e affrontano la questione della natura propositiva propria di qualsiasi iniziativa referendaria di tipo parziale²⁷. A differenza di tutti gli altri referendum abrogativi, i quesiti in materia elettorale, non possono non essere che parziali, perché *devono* lasciare una normativa di risulta autoapplicativa. Invero, però, qualsiasi domanda abrogativa, specie se *parziale*, non può che porre i medesimi problemi conseguenti alla manipolazione normativa, problemi che attengono più che all'oggetto, soprattutto al *fine* della consultazione popolare²⁸. Come si vedrà meglio, è specialmente dal ritaglio di testi normativi che emerge in maniera nitida la *forza positiva*, *costitutiva di nuovo diritto*, propria del referendum abrogativo²⁹. Proprio in ragione di questa consapevolezza, la Corte costituzionale si pone il conseguente, ma differente, problema di *delimitare* gli effetti creativi del *referendum* manipolativo.

In quest'orizzonte, si spiegano le affermazioni per cui la “manipolazione prospettata non supera i limiti propri di ogni proposta di abrogazione referendaria riguardante una legge elettorale”, “non mira a sostituire la disciplina vigente con un'altra assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, trasformando l'abrogazione in legislazione positiva (sentenza n. 36 del 1997), ma utilizza i criteri di assegnazione dei seggi già esistenti, restringendo l'arco delle possibilità offerte ai partiti ed ai gruppi politici”; o, ancora, che oltre “alle disposizioni principali oggetto della proposta di abrogazione, vi è pure una serie di frammenti lessicali indispensabili per rendere il quesito completo e coerente”, la cui “eliminazione corrisponde a quell'opera di “cosmesi nor-

²⁷ Posso ricordare, avendo partecipato alla confezione dei relativi quesiti, che in quelle occasioni il comitato promotore ha considerato la pronuncia del 1997 un autentico *leading case* per non incorrere in un giudizio negativo; e la stessa Corte costituzionale, come si dimostrerà, usa *normalmente* tutti i suoi precedenti, senza distinguere in concreto tra le materie oggetto dei *referendum* promossi.

²⁸ Le considerazioni fatte non permettono di concludere, con BARTOLE, *Della elaboratezza dei quesiti ai referendum manipolativi, e ritorno*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...* cit., p. 103, che “una certa elaborazione del quesito”, necessaria per quelli elettorali, “non dovrebbe essere consentita quando è in gioco un quesito referendario la cui elaboratezza non discende da vincoli costituzionali, ma dall'intento dei suoi promotori di adoperare uno strumento demolitorio in chiave di legislazione positiva”. Il problema costituzionale non si risolve con un divieto *a priori*, ma si affronta a partire dall'analisi dei confini della manipolazione come innovazione positiva.

²⁹ Che, riprendendo la nota teoria di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, 1984, p. 98, la sent. 15/2008 vorrebbe ridurre all'*algida* formula del “disporre diversamente”.

mativa”, ritenuta da questa Corte necessaria alla ripulitura del testo residuo” (sent. n. 15/2008, p. n. 5.3 diritto); nonché quelle per cui ciascun ritaglio “non è fine a sé stesso, né tende a rovesciare il significato degli enunciati su cui incide o ad introdurre statuizioni eterogenee, non ricavabili dal ricorso a forme di auto-integrazione normativa, ma è semplicemente la conseguenza della proposta referendaria riferita alle norme principali investite dal quesito”. Più significativo ancora è che la Corte costituzionale non sembra porre limiti al risultato normativo conseguibile purché lo stesso si muova all’interno delle linee tracciate dalla sua giurisprudenza e delle norme esistenti: “L’espansione delle potenzialità intrinseche nella normativa vigente può essere più o meno intensa, a seconda del ruolo e della collocazione delle disposizioni, o frammenti di disposizioni, di cui si chiede l’abrogazione”. La Corte ricorda che nel 1993 si era consentita “l’espansione di una eventualità interna alla legge elettorale, di rara verificaione – perché legata all’elevata maggioranza del 65 per cento nei singoli collegi senatoriali –, in una regola di normale applicazione, in quanto sganciata, a seguito dell’ablazione di un piccolo inciso, da quella maggioranza”. Ma, decisioni siffatte, si giustificano per l’esigenza di “lasciare al corpo elettorale la valutazione delle conseguenze politiche della dilatazione di una regola già presente nel sistema normativo vigente”; altrimenti “la Corte diventerebbe giudice non della ammissibilità di un *referendum* abrogativo, ma della sua opportunità e della misura in cui può estendersi la sovranità popolare chiamata in causa dalla proposta in esso contenuta” (p. n. 5.4 diritto)³⁰. Assunto importante: quella della Corte costituzionale è *solo* una delle voci di una più larga comunità degli interpreti e, oltre alla garanzia, non deve esercitare alcun *paternalismo*.

6. (Segue): d) *l’idoneità allo scopo*

Un quarto elemento per l’ipotesi referendaria manipolativa si ritrova nella declinazione del criterio di omogeneità come *idoneità* del quesito abro-

³⁰ Si può ricordare che la Corte costituzionale, nella pronuncia del 2008, ha negato espressamente la possibilità di svolgere un giudizio di legittimità costituzionale in via preventiva sulla ragionevolezza dell’esito favorevole della consultazione popolare, salvo segnalare perplessità su un premio senza soglia minima (ripresa nella sent. n. 13/2014 sull’illegittimità della legge n. 270/2005); così come ha ammesso la possibilità di ricorrere all’*interpretazione* onde ricomporre il tessuto normativo inciso dall’ablazione referendaria o risolvere eventuali questioni applicative.

gativo a raggiungere lo *scopo*. Siamo in presenza di una variante del giudizio di razionalità, nella fattispecie, appunto, della adeguatezza dell'atto normativo a realizzare l'obiettivo in vista del quale è posto in essere³¹. L'ammissibilità non deriva soltanto da una generica coerenza tra l'oggetto e il fine ma, più esattamente, dalla possibilità concreta per il mezzo (il ritaglio normativo) a raggiungere un determinato fine. Quest'ultimo, sembra essere non una conseguenza automatica, derivante sul piano delle norme residue, dell'operazione ablativa, ma il fine voluto dai promotori, che potrebbe essere, e in genere è, ben più largo di quello oggettivato nella domanda. In questo caso, semmai, diventa evidente ciò che è normale in ogni referendum: l'*intentio* più che "causa obiettiva"³² è il "più importante criterio di determinazione del contenuto della richiesta e di interpretazione del principio o della scelta di valore sottostante alla richiesta"³³. La valutazione del fine condiziona la valutazione del mezzo: l'ammissibilità del referendum parziale, allora, dipende dalla possibilità concreta, attuale e chiara di realizzarne l'obiettivo. Anche in questo caso il rapporto tra oggetto e normativa di risulta è decisivo, nel senso che tra l'uno e l'altra non può esservi contraddizione: quel che rileva è piuttosto l'eventuale discrepanza tra il combinato operare di oggetto e normativa di risulta da un lato, e il fine politico che si vorrebbe realizzare dall'altro. Per ricostruire l'intenzione dei promotori, si ricorre non solo agli atti del processo o alla *denominazione* del referendum (l.n. 173/1995)³⁴ ma ad ogni altro fatto concludente, utile a specificarne le ragioni (dichiarazioni orali, interventi a mezzo stampa, ecc.), ivi compresi gli atti e le dichiarazioni di coloro che possono intervenire nel giudizio di ammissibilità in qualità di *amici curiae*, dopo l'"invito a Corte" fatto nella sent. n. 31/2000. Il primo caso è stato il referendum diretto a eliminare la pubblicità televisiva e radiofonica dalle reti della concessionaria pubblica (Rai). Questo esito non era realizzabile, perché

³¹ MORRONE, *Il custode della...*, cit., p. 186.

³² BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Jovene, 1996, p. 20 ss.

³³ BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, in LUCIANI, VOLPI (a cura di), *Referendum*, Laterza, 1992, p. 42.

³⁴ Nella prassi la denominazione del referendum ha svolto sempre di più la funzione di sintomo *qualificato* del fine *in senso lato* dell'operazione referendaria che dell'obiettivo incorporato nel quesito (contrariamente a quanto sostenuto in MORRONE, *Riflessioni problematiche sulla "denominazione della richiesta di referendum"*, nota a Corte cost. sent. n. 37 del 2000, in *GI*, 2000, 8, p. 1554 ss.). Del resto, la novella era ispirata proprio a concretizzare la previsione contenuta nella legge n. 352/1970 circa i "termini" della domanda: aspetto che accentua il risultato normativo perseguito piuttosto che le disposizioni formalmente interessate dal ritaglio.

la richiesta “non appariva univocamente diretta al fine” (sent. n. 1/1995)³⁵. Il principio abrogativo, desumibile secondo il comitato, dalle regole inserite nel quesito, soprattutto dalla norma che stabilisce la finalizzazione dei proventi pubblicitari a concorrere al fabbisogno finanziario della concessionaria pubblica, non corrispondeva all'*intentio*, che, invece, aveva “un carattere positivo, volto ad introdurre un divieto assoluto di trasmissioni pubblicitarie”. La conseguenza era che la “discrasia fra il significato che assume[va] la cancellazione delle disposizioni ricomprese nel quesito referendario ed i fini concretamente perseguiti dai promotori denota[va] l'assoluta ambiguità della richiesta referendaria, che non [avrebbe] consenti[to] all'elettorato di approvare o respingere con la dovuta consapevolezza la proposta di abrogazione”.

Nella decisione sul referendum diretto ad abolire l'istituto della Cassa integrazione e guadagni straordinaria (Cigs), con l'effetto – espresso dalla manipolazione operata attraverso il quesito e risultante dalla volontà dei promotori cui la Corte ha dato specifico rilievo – l'inammissibilità poggiava proprio sull'inidoneità della domanda a raggiungere l'obiettivo di sostituire quella disciplina con un'altra, che assoggettava il licenziamento solo ai vincoli della procedura di mobilità. Pur riscontrando che la procedura di mobilità non rientrasse in quella dell'integrazione salariale straordinaria, si sosteneva che l'istituto della Cigs fosse “così compenetrato con la disciplina del mercato del lavoro che la sua abrogazione [avrebbe determinato] l'inapplicabilità di una serie di altri istituti, primo fra i quali proprio l'istituto della mobilità, del quale i promotori si [preoccupavano] ripetutamente di affermarne l'estraneità alla volontà referendaria di abrogazione” (sent. n. 6/1995). Questo collegamento tra la Cigs e la procedura di mobilità, in rapporto di “matrice” ad effetto, avrebbe dovuto spingere i promotori a ricomprendere nel quesito anche le disposizioni “che subordinano il trattamento di mobilità dei lavoratori licenziati all'inclusione dell'impresa nel campo di applicazione dell'integrazione salariale straordinaria, o subordinano la fruizione di altri benefici a un previo periodo di godimento dell'integrazione”. Tutto ciò manifestava una “contraddizione” con la “*ratio* dell'effetto abolitivo del referendum”,

³⁵ Questa importante decisione – quasi a controbilanciare il peso dell'*intentio* in sede di controllo – escludeva altresì il carattere vincolante delle correzioni del quesito, operate dall'Ufficio centrale per il referendum su indicazione del comitato, per rendere più chiara la domanda, specialmente laddove veniva allargato l'oggetto della richiesta a disposti non sottoscritti dagli elettori. Il giudice della chiarezza del quesito è, in definitiva, esclusivamente quello che siede a Palazzo della Consulta.

con conseguenze sulla chiarezza, che “impedi(va) nell’elettore la piena consapevolezza del significato del voto o ne coarta(va) la possibilità di scelta per il vincolo di unicità della risposta”.

In maniera ancora più esplicita, il difetto di idoneità allo scopo si registrava nel giudizio sul referendum per la *smilitarizzazione* della Guardia di finanza. Nonostante il quesito si limitasse a colpire col ritaglio solo le disposizioni sulle funzioni di “difesa miliare” e non anche, come in un precedente tentativo, quelle relative alla “forza pubblica”³⁶, il giudice costituzionale ha riscontrato che “l’intrinseca *militarità* è talmente compenetrata nella struttura e nell’organizzazione della Guardia di finanza, nonché nelle stesse modalità di esercizio dei suoi compiti istituzionali, da non apparire suscettibile di assumere un contenuto autonomamente espresso dalle norme oggetto del quesito referendario” (sent. n. 30/1997). Sicché il ricorso al referendum per abrogare il carattere militare del corpo appariva “inidoneo ed incongruo rispetto al fine dichiarato”. Ciò cambiava la natura stessa del mezzo, che appariva “un referendum di indirizzo, non riconducibile al carattere necessariamente abrogativo dell’istituto descritto dall’art. 75 della Costituzione”. Anche in questa circostanza, come nel caso del quesito sulla Cigs, la Corte costituzionale ha passato in rassegna una serie di disposizioni normative, non ricomprese nel quesito, che avrebbero dimostrato l’assenza di nesso teleologico rispetto al risultato perseguito dai promotori.

Evidenti i collegamenti tra questo tipo di valutazione e quelle concernenti la cd. completezza del quesito. Ciò che non è sempre chiaro, nella giurisprudenza, è se il difetto di idoneità dipenda (solo) dallo specifico ritaglio operato in concreto o sia invece un limite intrinseco del referendum, un’incompetenza *assoluta*, in certi casi, a raggiungere determinati obiettivi politico-legislativi³⁷.

L’idoneità allo scopo è un criterio ricorrente. L’incongruenza tra domanda

³⁶ La sent. n. 29/1981 dichiarava l’inammissibilità per eterogeneità della domanda, senza peraltro diffondersi su altre eventuali ragioni ostative al voto.

³⁷ Nella sent. n. 30/1997, il carattere militare della GdF era qualificato “un vero e proprio modo di essere di questo ramo dell’amministrazione dello Stato, non suscettibile di essere eliminato mediante la mera abrogazione delle norme che sanciscono l’appartenenza del corpo alle Forze armate e gli attribuiscono la funzione di “concorrere alla difesa politico-militare delle frontiere e, in caso di guerra, alle operazioni militari”. In quella successiva, che decide sulla riproposizione di un quesito sostanzialmente identico, si dice, ancora più nettamente, che “lo strumento referendario si presenta inidoneo a raggiungere l’obiettivo della sua smilitarizzazione” (sent. n. 35/2000).

e fine politico si risolve in una “falsa alternativa”. Così, nel caso del referendum diretto ad abolire l’esclusiva dell’Inail in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, perché il quesito non permetteva di “conseguire realmente l’obiettivo annunciato – di assicurare, cioè, un diverso sistema pluralistico compatibile con i principi della permanente e generalizzata soddisfazione dei diritti garantiti in modo indefettibile dalla Costituzione”. Anzi, l’abrogazione parziale pareva del tutto incongrua al fine, che, invece, avrebbe richiesto “una complessa operazione legislativa di trasformazione di tale assetto” (sent. n. 36/2000). Ancora: il referendum sull’abbreviamento dei termini dei processi civile e penale, la cui domanda disattendeva proprio “lo scopo, dichiarato dai promotori del referendum nella memoria illustrativa, di conseguire l’accelerazione dei procedimenti, imponendo anche al giudice il rigoroso rispetto dei nuovi termini processuali perentori...” (sent. n. 40/2000); o quello, presentato per ben due volte, diretto ad abolire l’obbligatoria iscrizione al Servizio sanitario nazionale con possibilità per l’assistito di scegliere anche una assicurazione privata, riconosciuto “completamente infruttuoso”, perché “la richiesta di referendum non [era] idonea ad incorporare il quesito referendario prefigurato dai proponenti” e, inoltre, perché “in assenza di un significativo contenuto abrogativo – non essendo tale la soppressione di disposizioni e di frammenti di disposizione cui non consegua alcun utile risultato, né tantomeno il risultato prefigurato dai promotori quale si desume, tra l’altro, dalla denominazione del referendum – si [sarebbe attribuito] al quesito referendario in esame una funzione esclusivamente propositiva”³⁸.

Se nei casi precedenti il fine *politico* rappresenta il parametro di valutazione dell’idoneità della domanda, nel precedente che ammette al voto il referendum sulla separazione delle carriere dei magistrati la Corte costituzionale sterilizza la portata introduttiva ricollegabile alla volontà dei promotori attraverso la piena valorizzazione del risultato che discende in maniera *oggettiva* dai disposti del quesito. Anche se il motivo dell’iniziativa referendaria era quello di arrivare alla “separazione delle carriere giudicante e requirente”, come pure veniva cristallizzato nella denominazione apposta dall’Ufficio centrale per il referendum, l’esame *oggettivo* del quesito permetteva di limitarne la portata abrogativa alla disciplina sui passaggi tra una funzione giudiziaria e l’altra. L’aspetto interessante è stato sottolineare che una

³⁸ Corte cost. sent. n. 43/2000 e, prima, sent. n. 39/1997, che riscontra come la richiesta di *referendum* non fosse “idonea ad incorporare il quesito prefigurato dai proponenti e non [garantisce] all’elettore la possibilità di una scelta che consegua gli effetti che si annunciano”.

piena separazione delle carriere dei magistrati addetti alle funzioni giudicanti e requirenti sarebbe stata operazione non realizzabile col quesito referendario proposto, ma, piuttosto, un obiettivo che avrebbe richiesto “una nuova organica disciplina, suscettibile di essere introdotta solo attraverso una complessa operazione legislativa, e non attraverso la semplice abrogazione di alcune disposizioni vigenti” (sent. n. 37/2000)³⁹.

Il requisito dell’idoneità allo scopo, nel legittimare interventi di tipo manipolativo, non permette di stabilire con sicurezza i confini stessi del ritaglio costituzionalmente ammissibile, perché l’individuazione dell’elemento determinante del giudizio, ossia lo scopo in vista del quale apprezzare la domanda, dipende, talora da elementi *soggettivi* (i motivi o l’*intentio* dei proponenti o il *sensu commune* desunto dal contesto politico istituzionale)⁴⁰, talora da dati *oggettivi* (i disposti inseriti nel quesito e il fine oggettivato nella domanda). Questa incertezza non può non riversarsi sulle tecniche di composizione dei quesiti e sulle motivazioni dirette a sostenerne le ragioni in sede di controllo.

7. (Segue): e) la costruzione di una regola nuova

Il quinto elemento dell’ipotesi referendaria manipolativa si rinviene quando il ritaglio è diretto a costruire una *nuova statuizione*. La *novità* è, sia pure nella genericità dell’espressione (che tuttavia è possibile precisare), il requisito che dovrebbe connotare il tipo “*referendum* propositivo” (o “innovativo” o “introduttivo” secondo l’uso linguistico fatto nelle pronunce).

Il *leading case* è il quesito volto a *ridurre* la pubblicità nelle reti della Rai (sent. n. 36/1997)⁴¹. Ritagliando alcune parole dal corpo della disposizione

³⁹ Nella sent. n. 44/2003 che ammette il *referendum* per abolire la servitù coattiva sui fondi privati per la collocazione degli elettrodotti, si valorizza l’oggetto rispetto all’*intentio* desunto dalla proposta di denominazione che, invece, l’Ucr ha ridotto alla sostanza della domanda, permettendo l’esito positivo del giudizio della Corte costituzionale.

⁴⁰ Come nella sent. 63/1990 in materia di caccia.

⁴¹ L’obiettivo del comitato radicale era “ridurre al massimo” l’emissione pubblicitaria della Rai, favorendo il “deflusso di una larga quantità di risorse private dal sistema di finanziamento pubblicitario della concessione pubblica verso l’iniziativa commerciale privata e verso l’editoria in genere”, alimentando la Rai mediante il *canone* ritenuto più coerente con la sua “missione pubblica”. Questo scopo *ridotto* avrebbe dovuto permettere di superare il giudizio di ammissibilità, rispetto alla richiesta precedente, che voleva vietare *in toto* la pubblicità (cfr. sent. n. 1/1995, in cui rileva l’idoneità allo scopo della domanda, *supra* n. 6).

sui tempi di emissioni delle *réclame*, i promotori costruivano una nuova disciplina, contenente una riduzione pubblicitaria, mediante la saldatura di frammenti testuali residuali. Il *testo* su cui si appuntava l'ablazione, in buona sostanza, funzionava da *giacimento lessicale* dal quale trarre i segni necessari a costruire una disposizione positiva sintatticamente e giuridicamente significativa⁴². In tale modo, tuttavia, si realizzava “non una proposta referendaria puramente ablativa, bensì innovativa e sostitutiva di norme”. Anche se attraverso il *taglia e cuci* si determinava una “riduzione quantitativa” del contenuto dispositivo vigente (in linea con l'*intentio*), ciò non integrava “un'ablazione pura e semplice”, dato che la nuova norma “non deriva(va) dalla fisiologica espansione delle norme residue, o dai consueti criteri di autointegrazione dell'ordinamento, bensì dalla particolare tecnica di ritaglio adottata”. In definitiva, emergeva il “carattere propositivo della domanda popolare, che “fuoriusc[iva] dallo schema tipo dell'abrogazione “parziale”, proprio perché non si propone[va] tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma (...) piuttosto una nuova norma direttamente costruita” (p. n. 4 diritto).

Solo in parte questa decisione fa propria un'autorevole tesi dottrinale, secondo cui il limite dell'abrogazione parziale e manipolativa andrebbe trovato distinguendo tra il “disporre in positivo una nuova e per l'innanzi inesistente disciplina” e la ben diversa ipotesi di “rendere possibile l'estensione di una disciplina già vigente”⁴³, mantenendo, detto altrimenti, il *novum* derivante dall'ablazione popolare all'interno di “scelte già operate dal legislatore, anche se destinate ad assumere forme e dimensioni assai diverse da quelle originariamente previste dalla legislazione incisa dal voto popolare”⁴⁴.

⁴² Il quesito proponeva la seguente ablazione: “La trasmissione dei messaggi pubblicitari da parte della concessionaria pubblica non può eccedere il [4% dell'orario settimanale di programmazione e il 12% di ogni ora; un'eventuale eccedenza, comunque non superiore al] 2% nel corso di un'ora [deve essere recuperata nell'ora antecedente o successiva].”; il risultato era la previsione del tetto al 2% orario utilizzando, però, parte dalla diversa disposizione sull'eventuale eccedenza oraria, destinata a regolare il rientro nei parametri stabiliti in via esclusiva dalla disposizione precedente.

⁴³ MODUGNO, *Rassegna critica delle ...*, cit., p. 2090.

⁴⁴ PALADIN, *Profili problematici della ...*, cit., p. 22. L'A. riteneva che in questi termini non si fosse registrato “nessun caso, o forse nessun caso, di vero e proprio superamento del limite in questione”, citando le decisioni che avevano ammesso i controversi *referendum* sull'aborto, l'estensione ai comuni più grandi del sistema elettorale maggioritario previsto per i più piccoli e, soprattutto, il quesito sulla legge elettorale del Senato che aveva segnato il passaggio dalla formula proporzionale ad una prevalentemente maggioritaria.

Nella *sentenza Capotosti* sulla pubblicità della Rai la nuova disposizione normativa non consisteva nell'estensione di una regola in sé e per sé preesistente e applicabile sulla base della legislazione interessata dall'abrogazione referendaria, ma il risultato di una costruzione *artificiosa* operata attraverso il ritaglio di frammenti di testo. Si possono cogliere alcuni punti di contatto con i criteri precedenti: pretendere l'estensione di una regola preesistente o evocare l'autointegrazione è una specificazione del nesso di consequenzialità o dell'esito coerentemente lineare che deve sussistere tra oggetto e scopo della domanda. Così come questo divieto di costruire *nuove* norme, incarna una sorta di incompetenza *assoluta* del mezzo referendario a raggiungere lo scopo per cui l'istituto stesso è costituzionalmente previsto.

L'indirizzo inaugurato nella sent. n. 36/1997 è stato seguito sia per ammettere sia per respingere richieste a seconda che la manipolazione si fosse mantenuta entro i confini della *novità* li tracciati⁴⁵.

In tre circostanze si colgono sfumature significative che marcano le distanze rispetto al *leading case*. Nel quesito in materia di sicurezza alimentare, diretto a introdurre un "divieto generalizzato di residui di prodotti tossici negli alimenti", non ci si limitava col *referendum* a vietare l'uso dei pesticidi in agricoltura⁴⁶, ma si giungeva a porre una nuova fattispecie (con correlative conseguenze innovative sulle procedure autorizzatorie e sulle sanzioni penali), poggiante su un concetto, come quello di "residui di prodotti tossici per l'uomo", ritenuto "espressione tanto generica da riferirsi ad una serie indeterminata di sostanze, identificate esclusivamente per la loro potenziale tossicità". In definitiva, l'effetto manipolativo aveva un esito propositivo diretto a costruire una norma *non solo nuova*, ma *anche* del tutto *indeterminata* nel significato e nelle conseguenze giuridiche (sent. n. 46/2003).

⁴⁵ Tra i casi di ammissibilità possono indicarsi i *referendum* sulla separazione delle carriere dei magistrati (sent. n. 37/2000), sulla formula elettorale per il Consiglio superiore della magistratura (sent. n. 34/2000), sulla fecondazione eterologa (sent. n. 49/2005), sulle tariffe del sistema idrico (sent. n. 26/2011), sulle cd. trivelle (sent. n. 17/2016); tra le decisioni di inammissibilità, si ricordano i *referendum* sui termini massimi di custodia cautelare (sent. n. 50/2000), sulla responsabilità civile dei magistrati (sent. n. 38/2000), sugli inceneritori dei rifiuti speciali (sent. n. 43/2003), sui residui tossici utilizzati nelle sostanze alimentari (sent. n. 46/2003), sul ripristino della legge elettorale mista incentrata su collegi uninominali e quota proporzionale (sent. n. 13/2012), sul riordino della geografia giudiziaria dei tribunali ordinari (sent. n. 5/2015), sull'estensione della tutela reale a tutte le imprese o le organizzazioni datoriali con più di cinque dipendenti (sent. n. 26/2017).

⁴⁶ Come in una precedente, analoga richiesta, ritenuta ammissibile con sent. n. 64/1990.

Seconda puntualizzazione: se nella sent. n. 36/1997 il riferimento è (solo) a nuove norme *non preesistenti* è solo con l'inammissibilità del referendum *Morrone*, diretto all'abrogazione della legge elettorale n. 270/2005 con l'obiettivo di *ripristinare* le c.d. leggi Mattarella del 1993, che si chiarisce come il referendum parziale si trasforma in una domanda propositiva inammissibile allorché attraverso il ritaglio si pretende di ottenere la *reviviscenza* di disposizioni non vigenti (sent. n. 13/2012). Non solo viene esclusa questa possibilità⁴⁷, ma si riconosce apertamente che l'eventuale esito positivo della consultazione non avrebbe prodotto "alcuna "ricomposizione" della normativa di risulta, perché la lacuna legislativa (avrebbe dovuto) essere colmata mediante il ricorso a una disciplina né compresente né co-vigente con quella oggetto del referendum". Per la Corte, infatti, "l'abrogazione referendaria non avrebbe l'effetto [voluta nel quesito *totale*] di ripristinare automaticamente una legislazione non più in vigore, che ha già definitivamente esaurito i propri effetti" (p. n. 5.2. diritto). Il quesito *totale*, dunque, fuoriusciva dal "carattere esclusivamente abrogativo", perché la "finalità incorporata in una richiesta referendaria non può quindi andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto"; mentre l'ipotesi della *reviviscenza* sarebbe stata il risultato "di una volontà manifestata presuntivamente dal corpo elettorale", che avrebbe trasformato il *referendum* in uno strumento "approvativo di nuovi principi e "surrettiziamente propositivo". Siamo al cospetto di una domanda popolare qualificata come avente "natura deliberativa", che non mira alla demolizione ma alla "sostituzione di una legislazione elettorale con un'altra", che vorrebbe "introdurre – senza peraltro indicarlo in modo esplicito – un dato sistema elettorale, tra i tanti possibili, per di più complesso e frutto di ibridazione tra sistemi diversi" (p. n. 5.3. diritto). Da questa giurisprudenza si desume che la norma che può estendere il suo campo di applicazione deve esistere in un testo ed essere *vigente*⁴⁸.

⁴⁷ Ipotesi che presupporrebbe – secondo i giudici costituzionali – una "visione "stratificata" dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti", con "conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto".

⁴⁸ Conferme nelle sentt. nn. 12/2014 sulla revisione della geografia giudiziaria, ritenuta inammissibile perché avente ad oggetto una legge necessaria il cui venir meno non sarebbe stato colmabile, come pretendevano i promotori, mediante *reviviscenza* delle norme previgenti; 5/2015 che dichiara inammissibili tre richieste dirette ad abolire le norme sulla soppressione di piccoli tribunali con l'obiettivo di far rivivere le relative istituzioni.

Terza puntualizzazione. Il *referendum* sul cd. *jobs act* – avente ad oggetto l’abrogazione della nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi con l’effetto di estendere la tutela reale a tutti i datori di lavoro che avessero alle proprie dipendenze *più di cinque* lavoratori, applicando, in questo modo, a tutte le imprese o le organizzazioni datoriali la disciplina prevista solo per l’impresa agricola – è stato dichiarato inammissibile per due motivi: in quanto *propositivo* e in quanto *eterogeneo*. La decisione, in relazione al primo punto – l’unico che qui ci interessa – si colloca nell’orizzonte della sent. n. 36/1997: riconosce l’ammissibilità di quesiti parziali e manipolativi, ma non la manipolazione che prelude alla creazione di “un assetto normativo sostanzialmente nuovo”. Il punto che marca il passo rispetto a quel precedente – una differenza *decisiva* proprio perché ha permesso di superare i rilievi contenuti nella memoria difensiva – era il fatto che l’estensione della disposizione sui cinque dipendenti che residuava nella normativa di risulta – e che, senza ulteriori motivi, avrebbe condotto all’ammissibilità della domanda – pur persistente e vigente *non era una norma generale* rispetto alla disposizione oggetto di abrogazione ma una norma *speciale*, relativa allo statuto giuridico delle imprese agricole⁴⁹. Il limite dei *cinque* dipendenti, è stato riservato dal legislatore all’impresa agricola “in virtù delle peculiarità in fatto e in diritto riconosciute a questa figura”, e “non esprime pertanto una scelta legislativa potenzialmente idonea a regolare il limite minimo di applicazione della tutela reale relativo al datore di lavoro, qualora il legislatore non avesse optato per l’altro di quindici”, essendo “un dato normativo previsto con tutt’altra finalità” (sent. 26/2017, p. n. 6 diritto). A differenza della proposta referendaria diretta ad abrogare qualsiasi limite dimensionale, generalizzando la tutela reale a tutte le imprese e le organizzazioni datoriali e che, proprio per questo motivo, aveva reso ammissibile il referendum promosso qualche anno prima⁵⁰, qui la norma, che si voleva introdurre, poteva dirsi “estranea al contesto normativo”, avendo i promotori rinvenuto “nella disposizione un numero, il “cinque”, legato alla figura dell’imprenditore agricolo” per convertirlo “nell’oggetto di una proposta al corpo elettorale di un nuovo e diverso assetto dimensionale della tutela reale”. L’esito era *casuale*, determinato “grazie alla fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni numeriche sfruttabili mediante il ritaglio”.

⁴⁹ Un precedente si ritrova in un *obiter dictum* della sent. n. 13/2012.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 41/2003, cit., richiamata dal comitato promotore a sostegno della richiesta più recente.

In definitiva, la posizione di una *nuova statuizione* non è impedita al referendum neppure dalla giurisprudenza: il problema semmai è quello di stabilire i confini di quest'atto positivo. La giurisprudenza pare incentrare tutto sul tipo di ritaglio e sulle possibilità consentite dai testi vigenti. I limiti, in fondo, sono nelle stesse mani dei promotori: essi non possono costruire una nuova statuizione in maniera artificiosa, utilizzando i testi normativi come giacimenti lessicali per porre disposizioni prima inesistenti, senza ricorrere almeno ad una fattispecie rinvenibile nell'ordinamento giuridico vigente, ma neppure senza utilizzare quella fattispecie positiva trasformandone l'intima ragion d'essere (sostituendo una norma generale con una norma derogatrice o una norma speciale con altra norma speciale), senza compromettere, in ultima analisi, il valore della chiarezza e la "fondamentale coerenza del sistema" giuridico⁵¹.

8. *Morfologia della manipolazione, tra oggetto e obiettivi*

L'analisi dei sintomi dell'ipotesi referendaria manipolativa consente di evidenziarne alcune caratteristiche generali⁵². In *primis*, emerge quella che qui chiamo una *eccedenza di fine rispetto al mezzo*. La matrice razionalmente unitaria che consente la ricucitura dei frammenti oggetto del quesito, la completezza identificata alla stregua della non contraddittorietà e della coerenza della domanda, il nesso di consequenzialità tra oggetto e fine, l'idoneità allo scopo perseguito, la volontà di stabilire nuovo diritto, indicano nel *principio-fine* il cuore della manipolazione. Manipolare significa essenzialmente *innovare* e non soltanto abrogare, introdurre una *nuova* norma, piuttosto che limitarsi a eliminare una norma vigente.

Questa eccedenza del fine rispetto al mezzo può essere declinata come segue. In qualsiasi referendum la domanda può essere scissa in due componenti complesse: l'*oggetto* e l'*obiettivo*. L'*oggetto* (*in senso largo*) comprende le

⁵¹ BERTI, *Abuso del referendum e tutela della funzione parlamentare*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 33.

⁵² L'indagine ha privilegiato alcuni sintomi: la crucialità del principio-fine rispetto all'oggetto trova conferma anche in altre vicende, come la trasferibilità del quesito a seguito di innovazione legislativa *ante* consultazione (Corte cost. sent. n. 68/1978), i limiti della concentrazione delle richieste da parte dell'Ufficio centrale (esemplare il caso dell'aborto: ord. 15 dicembre 1980), il contenuto del *divieto di ripristino* delle norme abrogate gravante sul legislatore (Corte cost. sent. 199/2012).

disposizioni o i frammenti di norma inseriti nel quesito (oggetto in senso *stretto*) e l'obiettivo oggettivato nella domanda (il fine in senso *stretto*). L'obiettivo di un referendum non si riduce a quest'ultimo dato, perché comprende, in senso *largo*, il fine perseguito dai promotori (*intentio*) – rilevante ai fini del giudizio di ammissibilità e del dibattito pubblico⁵³ – e le conseguenze potenziali che il referendum determina nell'ordinamento giuridico e sul piano istituzionale. In un primo significato, dunque, l'eccedenza del fine rispetto al mezzo indica che il principio-fine contiene il principio-oggetto, perché l'innovazione normativa assorbe e sopravanza la mera abrogazione popolare di disposti. In una seconda accezione, il principio-fine permette di allargare il contenuto della domanda referendaria al di là dell'oggetto in senso largo, perché i suoi confini vanno estesi, appunto, all'*intentio* e alle conseguenze ordinamentali e istituzionali.

In secondo luogo, nei quesiti manipolativi, il giudizio di ammissibilità si esprime più chiaramente con le caratteristiche di un sindacato di legittimità costituzionale secondo i canoni della ragionevolezza: verte, teleologicamente, sul rapporto tra il mezzo e il fine. L'analisi dei sintomi della manipolazione referendaria permette di isolare due situazioni generali.

(I) L'innovazione normativa irrelata alla manipolazione può consistere propriamente in: (Ia) un'*estensione di una norma preesistente e vigente* anche al caso la cui fattispecie legale è stata abrogata (è il caso normale); oppure (Ib) una *nuova norma*, purché preesistente e non costruita *ad hoc* (è il caso specifico inaugurato dalla sent. n. 36/1997). In questa seconda circostanza, l'inammissibilità della *posizione* di questa nuova regola può rinvenirsi in due ipotesi: (Ib') quando la nuova norma è frutto di un ritaglio frammentario e della ricostruzione di un enunciato, utilizzando il giacimento lessicale rappresentato dal testo della legge incisa dal quesito; (Ib'') quando, per regolare *ex novo* la situazione rimasta priva di regola, per effetto dell'abrogazione, si ricorre ad un enunciato comunque esistente nel testo inciso dal quesito, che, tuttavia, prima dell'abrogazione, era previsto ad altro scopo o fattispecie concreta.

(II) La giurisprudenza dimostra che il giudizio di ammissibilità-legittimità si atteggia in due concorrenti varianti: (IIa) il controllo sui profili formali del quesito (IIb) la valutazione dell'obiettivo nella sua accezione *più ampia*.

⁵³ Basti pensare al caso più eclatante, relativo al referendum sulla privatizzazione dei servizi idrici, in cui lo slogan aveva ad oggetto la protezione del bene comune dell'*acqua pubblica* (sent. n. 24/2011).

La prima verifica, vertendo sul quesito e le sue conseguenze “oggettive”, precede la seconda, sull’obiettivo in senso largo, ma non la sostituisce. Anche se appare logico ritenere che la Corte costituzionale radichi il suo giudizio (solo) sull’oggetto così come formalmente delimitato dal quesito, proprio per le caratteristiche innovative della manipolazione, non rimane estraneo il controllo sulle conseguenze materiali di un referendum. Problematico *nella prassi* può apparire il livello di approfondimento di quest’ultimo tipo di giudizio, che talora risulta superficiale, implicito o apodittico. A differenza dei casi in cui si rileva l’inidoneità del referendum a raggiungere determinati scopi, in cui il giudizio sul fine *ampio* della domanda viene in rilievo immediatamente, negli altri appare meno strutturato sul piano argomentativo il sindacato sul *principio-fine* rispetto a quello sul *principio-oggetto*. I referendum elettorali sono esemplari nel mostrare lo scarto tra le due situazioni⁵⁴. In casi come questi, nonostante la stringatezza delle motivazioni, il Giudice delle Leggi non può non esercitare uno *strict scrutiny* sul principio-fine, sulla latitudine *istituzionale* degli effetti innovativi.

Le considerazioni che precedono permettono di spiegare quelle che altrimenti potrebbero apparire patenti contraddizioni: come quelle derivanti dalla comparazione del diverso esito dei due giudizi sull’estensione della tutela reale per i licenziamenti illegittimi: confrontando le sentt. nn. 41/2003 e 26/2017 si potrebbe sostenere, se ci si limitasse alla superficie, che nel primo caso la Corte costituzionale ha ammesso un quesito il cui esito era giuridicamente e politicamente più ampio di quello conseguente al secondo, poiché lì la reintegra riguardava qualsiasi organizzazione datoriale a prescindere dal

⁵⁴ Nei quesiti elettorali giudicati ammissibili, anche se la manipolazione operava su fattispecie previste dal diritto vigente, lo scopo poteva arrivare a significative trasformazioni. Dal proporzionale al maggioritario del *referendum Segni-Barbera* del 1993, che, per MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 9, aveva “i caratteri che la storia ci ha insegnato essere propri delle manifestazioni di potere costituente”; dal governo di coalizione al governo bipartitico del *referendum Guzzetta* del 2008, che, per ELIA, *Intervento* sul tema *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*, in Astrid, *I referendum elettorali*, Passigli, 2007, p. 26, avrebbe determinato “un cambiamento di sistema”. Posizioni più misurate, riguardo al primo, in PALADIN, *Profili problematici della...* cit., p. 23. Situazioni analoghe possono trovarsi anche in altre materie: basti ricordare il *referendum* radicale sull’aborto, il cui obiettivo era – abolendo limiti e divieti – la sostanziale liberalizzazione della scelta della donna; o quello sull’obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio, che voleva riconoscere pienamente un diritto soggettivo, anche se l’ammissibilità veniva pronunciata “indipendentemente da ogni valutazione circa le conseguenze dell’eventuale approvazione popolare della domanda referendaria in questione e circa il possibile mutamento di qualificazione giuridica della pretesa dell’obietto di coscienza” (sent. n. 31/1997).

numero dei prestatori di lavoro e qui, invece, solo quelle organizzazioni con più di cinque dipendenti. Il diverso esito del giudizio, però, è dipeso proprio dal rapporto che lega la valutazione sulla forma del quesito rispetto a quella sull'obiettivo del referendum. Se l'esito della prima verifica è negativo, non c'è bisogno di svolgere anche la seconda, perché il giudizio sull'oggetto in senso largo condiziona e assorbe il giudizio sull'obiettivo in senso largo.

9. Spunti per una nuova e diversa ricerca sul referendum

L'ipotesi referendaria manipolativa non costituisce una forma pura, ma si risolve in una variegata tipologia di interventi di ritaglio su testi giuridico-normativi: in estrema sintesi, si tratta di un'abrogazione parziale con effetto innovativo, ossia propositivo di nuovo diritto. I casi possono essere individuati a seconda che l'oggetto della domanda verta su: (a) disposizioni o enunciati dotati di significato linguistico e giuridico; (b) disposizioni o enunciati dotati di significato giuridico ma privi di senso sul piano linguistico; (c) frammenti di disposizioni o enunciati privi di qualsiasi significato (e giuridico e linguistico), potendo riguardare isolate parole, numeri, segni d'interpunzione, ecc.⁵⁵. Essenziale connotato è che l'oggetto è un mezzo, perché ciò che qualifica la manipolazione è il fine (nel senso più largo di cui si è detto), cui il ritaglio e la cucitura sono orientati⁵⁶.

È questa solo una caratteristica dell'ipotesi referendaria manipolativa? In realtà, il rilievo costituzionale della normativa di risulta e del risultato in senso largo dell'iniziativa non riguarda solo quesiti manipolativi⁵⁷, ma, in concreto, incombe su qualsiasi referendum abrogativo. Se il giudizio di ammissibilità è, sia pure *sui generis*, un giudizio preventivo di ragionevolezza, la Corte costituzionale deve valutare sempre il *principio-fine* rilevante per il di-

⁵⁵ La tesi opposta che lega anche il quesito parziale a disposizioni significanti è, ad es., in CHIOLA, *I nodi del referendum "parziale"*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vèzio Crisafulli*, Cedam, p. 154; LUCIANI, *Art. 75*, cit., p. 635.

⁵⁶ Un'opinione critica della tendenza teleologica nella giurisprudenza è di PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, 2010, p. 180.

⁵⁷ E non solo quelli in materia elettorale, per i quali è necessario il nesso di conseguenza; basti pensare ai quesiti sulla Cigs, sulla buona scuola (non arrivato al deposito delle firme), sul *jobs act*: per qualsiasi quesito parziale la normativa di risulta *deve*, come si dice, *funzionare*.

ritto costituzionale vivente. Perde consistenza, allora, la pur sottile distinzione tra abrogazione *di disposizione* e abrogazione *frammentaria*⁵⁸, o tra abrogazione-*cancellazione* e abrogazione-*riscrittura*⁵⁹, per stabilire i limiti al referendum manipolativo, a seconda che l'effetto derivi dall'oggetto dell'abrogazione o dalla normativa di risulta, in termini di naturale autointegrazione, o di forzosa eterointegrazione. Nella migliore delle ipotesi, infatti, tanto l'oggetto quanto le norme residue contribuiscono a determinare il risultato dell'abrogazione, l'innovazione, il nuovo diritto prodotto dalla manipolazione. Non è l'intensità dell'incisione, posto che una riscrittura è sempre presente nell'abrogazione, ma il principio-fine che rileva dal punto di vista costituzionale.

La validità di questo ragionamento trova conferma nel fatto che il risultato complessivo è decisivo anche per i referendum il cui oggetto sono discipline organiche (inserite, in genere, in unitari testi normativi), che la dottrina, in modo impreciso, qualifica come referendum totali. Nei referendum sul divorzio, sull'ordine pubblico o sulla procreazione medicalmente assistita, il controllo non si è risolto solo nella verifica dell'esistenza di limiti espressi, ma si è spinto sino a sondare la tenuta, di fronte ai principi costituzionali, delle conseguenze derivanti all'esito positivo della consultazione⁶⁰. Anche qui, dunque, non è tanto il vuoto l'oggetto dell'indagine (vuoto che, infatti, basterebbe a una concezione formale del referendum abrogativo), ma esattamente la situazione nuova che deriva per effetto del venir meno della

⁵⁸ DOGLIANI, *Intervento*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 200.

⁵⁹ LUCIANI, *Omogeneità e manipolatività delle richieste di referendum abrogativo tra libertà del voto e rispetto del principio rappresentativo*, AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 86.

⁶⁰ L'indagine sulle richieste aventi ad oggetto *interi* testi legislativi dimostra chiaramente che, nella maggior parte dei casi, la Corte costituzionale ha ammesso o respinto in ragione dell'omogeneità della domanda *teleologicamente* intesa: l'esistenza di un *comune principio* ha permesso il via libera ai quesiti sulla cd. legge Reale (sent. n. 18/1978) e sulla cd. legge Cossiga in materia di ordine pubblico (il titolo delle leggi veniva indicato come spia dell'univocità nonostante la pluralità degli oggetti), sul Ministero delle partecipazioni statali (sent. n. 27/1993), sul Ministero del turismo (sent. n. 35/1993); l'inammissibilità dei referendum per l'abolizione del Ministero della Salute (sent. n. 34/1993), del Pubblico registro automobilistico (sent. n. 42/1997), del t.u. immigrazione (sent. 31/2000), delle trattenute sindacali (sent. n. 47/2000) è stata determinata dalla contraddittorietà tra fine (in senso ampio) e oggetto della domanda, che non conteneva (tutti) i riferimenti normativi necessari per raggiungerlo. Tutto ciò non toglie rilievo alle critiche di chi ritiene, a differenza della Corte, necessariamente ammissibile un referendum totale (PUGIOTTO, *È ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in ANIS (a cura di), *I referendum sulla fecondazione assistita*, Giuffrè, 2005, p. 610).

disciplina oggetto di abrogazione totale. Il problema del vuoto per la Corte è, piuttosto quello di uno spazio da riempire in modo compatibile con la Costituzione⁶¹. Lo stesso esito negativo di una domanda popolare ha un valore costituzionale innegabile: le conseguenze, infatti, sono non meramente conservative o stabilizzatrici ma, addirittura, rafforzative della forza materiale ovvero della “legittimazione” delle leggi confermate dal corpo elettorale⁶². La vicenda dei referendum *costituzionali* del 2006 e del 2016 ha ampiamente confermato questa opinione.

L’analisi sul rilievo del principio-fine contribuisce a chiarire, altresì, l’annosa questione circa la *natura* dell’abrogazione, della quale quella referendaria è un tipo. Dal discorso svolto, possono trarsi molti argomenti a sostegno della tesi che vede nell’abrogazione un fenomeno che opera (sempre) su *norme*, e non semplicemente su enunciati normativi (disposizioni)⁶³. La questione circa la natura dell’effetto abrogativo, se *istantaneo* o *dinamico*, nonostante le incertezze della giurisprudenza in materia di reviviscenza, andrebbe sciolto decisamente a favore della seconda soluzione⁶⁴. Le conseguenze giuridiche dell’abrogazione, qualunque sia la fonte che la determina, vanno individuate sul piano normativo, attengono al processo di formazione del diritto vivente: dipendono, in definitiva, dalla comunità degli interpreti e dal contesto.

La manipolazione porta allo scoperto la capacità innovativa del referendum popolare. Il risultato più evidente è aver dimostrato che, attraverso il ritaglio normativo, si disvela la capacità del referendum di essere strumento per assumere, col voto popolare, decisioni potenzialmente *costitutive di regole*. Questo effetto, tuttavia, non è esclusivo: il referendum popolare è sempre un mezzo per scrivere nuove regole (le differenze tra tipi di referendum riguardano la natura delle nuove regole: giuridiche, politiche, ecc.; ma, resta il fatto, che una regola nuova e diversa può essere posta e viene posta).

Tra quesito manipolativo e non manipolativo (nelle limitatissime ipotesi

⁶¹ Nella sent. n. 63/1990, sui due quesiti in materia di caccia, si afferma che per effetto dell’abrogazione non si determina un mero vuoto che non debba essere riempito con i principi dell’ordinamento vigente, perché “non è giammai configurabile un *vuoto di principi*, potendo sempre sopporre il meccanismo di autointegrazione del sistema secondo l’art. 12 delle Preleggi”.

⁶² MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 5.

⁶³ SORRENTINO, *L’abrogazione nel quadro dell’unità dell’ordinamento*, in *RTDP*, 1972, p. 3 e *ID.*, *L’ammissibilità dei referendum...*, cit., p. 187.

⁶⁴ MORRONE, *Abrogazione e “reviviscenza” nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, *GCost.*, 2012, p. 121.

in cui quest'ultimo è configurabile) v'è uno scarto *quantitativo*: l'uno manifesta *direttamente* una nuova regola, l'altro la lascia intravedere mediatamente. Neppure il quesito manipolativo esaurisce i suoi effetti nella regola visibile. V'è un'eccedenza di contenuto innovativo che resta inespressa e non manifesta, ma che si produce in concreto. La confezione del quesito e ciò che direttamente ne consegue sul piano delle norme preesistenti è *solo una parte* di un fenomeno più complesso. V'è, infatti, anche una parte sommersa che, come per un *iceberg*, è quella maggiore e più problematica. Il referendum manipolativo ha, comunque, un significato proprio: veicolare direttamente una regola giuridica determinata, individuabile proprio attraverso la *risrittura* di enunciati normativi interessati dal bisturi abrogativo.

La tecnica del ritaglio manipolativo svolge una duplice funzione: (1) esplicita l'esito normativo della domanda (con un *surplus* di chiarezza proprio per la determinazione in positivo della regola residuale); (2) ne delimita giuridicamente la forza politica (senza contenerla totalmente). *Giuridicità* e *politicità* sono consustanziali alla decisione referendaria: attraverso il ritaglio, la portata politica di un quesito manipolativo nasce circoscritta. Per cui, la discussione intorno al significato di una decisione popolare diretta, nei quesiti manipolativi, può svolgersi entro confini definiti, mai completamente slegata da ogni ancoraggio positivo.

In definitiva, lungi dal risolversi in un atto che opera solo sul piano formale, riconducibile alla categoria delle fonti del diritto, avente natura meramente negativa, recante un'alternativa dilemmatica secca tra il mantenere o l'eliminare una regola giuridica preesistente, il referendum è esercizio di un *potere di decisione costituzionale su regole che si vogliono introdurre*. La promozione di un referendum svolge una funzione discorsiva: immette *issues* che la comunità degli interpreti è chiamata a valutare, ossia accettare, modificare, respingere *dialogicamente*.

Alla Corte costituzionale, anche se ha un ruolo privilegiato, non può che spettare una funzione sussidiaria, di estremo presidio dei valori costituzionali di fronte a domande popolari palesemente irragionevoli⁶⁵, senza arrivare a sostituirsi alla comunità degli interpreti (spesso, anzi, la Corte mostra di mettersi in dialogo con quella comunità), svolgendo un'inaccettabile "pedagogia democratica"⁶⁶. Il giudizio di ammissibilità deve essere guidato dal

⁶⁵ PALADIN, *Profili problematici della...*, cit., p. 13.

⁶⁶ SILVESTRI, *Il popolo sotto tutela: garanzia formale e criterio di ragionevolezza nella conformazione giurisprudenziale del diritto al referendum*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 237.

valore che va costituzionalmente riconosciuto al referendum popolare⁶⁷: attraverso una consultazione popolare diretta si esercita un *diritto costituzionale di partecipazione politica*, un diritto soggettivo ad esercizio collettivo, un diritto che trae linfa direttamente dal principio democratico, che permette al popolo, come corpo elettorale, di concretizzare la sovranità. La selezione dei valori, decisivi nel bilanciamento svolto dai giudici in sede di controllo, deve tenere conto degli orientamenti emergenti nella comunità politica. Interpretazioni generalmente condivise o consolidate dovrebbero condurre a decisioni a rime obbligate, sia nel senso dell'ammissibilità, sia in quello dell'inammissibilità. Sono i casi dubbi i più problematici. Per evitare un'incontrollata libertà di giudizio, però, dal giudice delle leggi andrebbe qui applicato un criterio analogo a quello che segue nelle controversie sui diritti fondamentali: il criterio di massima espansione delle domande di libertà, con conseguente residualità di letture restrittive.

Diritto fra diritti, anzi diritto assistito da una speciale protezione, proprio perché concreta epifania della sovranità popolare, anche il diritto al referendum entra nel bilanciamento paritario. Anche in questo caso occorre individuare e contrastare situazioni di abuso del diritto. L'incidenza su valori costituzionali materiali non può, però, costituire un limite *a priori*, ma implicare la necessità di una ponderazione. Mai istituito ha conosciuto uno scarto così rilevante tra diritto, concezioni e concreta manifestazione. Pensato come *strumento per ripristinare il raccordo tra volontà del Parlamento e volontà popolare*, il referendum ha espresso in concreto la natura di mezzo di *decisione politico-legislativa, concorrente e, in misura maggiore nella crisi della politica, sostitutiva delle istituzioni di governo*, con forza positiva non predeterminata o predeterminabile⁶⁸, potendo esprimere, per il collegamento al principio di sovranità popolare, persino bagliori di potere costituente. I problemi di diritto costi-

⁶⁷ Sono note le tesi sul "plusvalore democratico" (BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *QC*, 1985, n. 7, p. 234) o sulle "virtualità espansive" (PANUNZIO, *Osservazioni su alcuni problemi del giudizio di ammissibilità del referendum e su qualche possibile riforma della sua disciplina*, AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità...*, cit., p. 176) o sul potenziale "costituente" (MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 9) del referendum: queste opinioni, anche per non rendere la "superiorità" del referendum una "mina vagante" (ELIA, *op. cit.*, p. 262), andrebbero precisate secondo la tesi indicata nel testo.

⁶⁸ Non riesce a contenerla neppure la tesi sulla natura di "strumento speciale di definizione dell'indirizzo politico" del procedimento referendario rispetto a quella generale del procedimento legislativo (MANGIA, *Referendum "manipolativo" e vincolo al legislatore*, in *DP*, 1995, p. 473): se si assume la natura di atto di indirizzo politico risulta arduo costringerle le manifestazioni entro categorie formali proprie della teoria delle fonti (gerarchia, specialità, ecc.).

tuzionale, più che attraverso dommatiche astratte, volte a collocare il referendum entro schemi formali in cui a fatica è riconducibile, per le sue caratteristiche poliedriche e sfuggenti, possono essere affrontati meglio mediante una teoretica che contemperi l'eccedenza di contenuto materiale, propria di qualsiasi referendum, con le coordinate del sistema costituzionale, in ordine ai valori fondamentali, alla forma di governo e alle dinamiche del sistema politico.

Giovanni Orlandini
I referendum manipolativi
e le norme cardine
del diritto del lavoro statuario (artt. 18 e 19)

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La sentenza n. 26/2017: le argomentazioni della Corte. **3.** Il carattere manipolativo del quesito. **4.** La disomogeneità del quesito. **5.** Sindacato e referendum: le ragioni di una sconfitta. **6.** C'è vita oltre il referendum.

1. Introduzione

Nel suo quasi mezzo secolo di vita lo Statuto dei lavoratori è stato oggetto di molteplici iniziative referendarie tese ad abrogare parzialmente o totalmente le norme che più di ogni altra ne caratterizzano l'impianto. La sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 27 gennaio 2017 è dunque l'ultima di una lunga serie di decisioni relative all'ammissibilità di quesiti referendari che hanno interessato gli artt. 18 e 19 della l. n. 300/70. È però la prima volta che il quesito è stato dichiarato inammissibile (anche) perché "manipolativo", ovvero per il suo carattere propositivo e non meramente abrogativo. Delle sette precedenti sentenze, solo la sent. n. 27/1982 e la sent. n. 45/2003 si sono risolte con dichiarazioni di inammissibilità. Entrambe hanno riguardato quesiti relativi all'art. 35 St. lav., norma che oggi definisce il campo di applicazione del solo titolo III (quindi dell'art. 19) e nel 1982 riguardava anche l'art. 18; ed in entrambe la Consulta ha dichiarato il quesito inammissibile perché non omogeneo (ovvero per il suo carattere plurimo) e non perché "manipolativo".

Questa banale constatazione di fatto evidenzia come la dichiarazione di inammissibilità contenuta nella sent. n. 26/2017 sia un *unicum* nella mi-

crostoria referendaria dello Statuto; il che fornisce lo spunto per interrogarsi sulle ragioni di un simile esito e per chiedersi se esso sia frutto di un cambiamento di approccio dei giudici delle leggi rispetto ai loro precedenti o se, al contrario, tali precedenti rendessero se non scontata, quanto meno altamente prevedibile la dichiarazione di inammissibilità del quesito confezionato dalla CGIL.

Nelle pagine che seguono si intende rispondere a quest'interrogativo, che non interessa solo il giurista. Interrogarsi sulle ragioni che hanno precluso ai cittadini italiani la possibilità di esprimersi sul regime sanzionatorio del licenziamento, permette di articolare la riflessione anche su un piano più generale che riguarda l'utilizzo dello strumento referendario in ambito lavoristico, in particolare quando questo tocca norme "di sistema" del diritto del lavoro. Si tratta in altre parole di confrontarsi con il problema del rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa nei processi di riforma che interessano la nostra materia e del ruolo che in questi processi svolge e può svolgere il sindacato come attore sociale e politico. A queste tematiche sono dedicate le riflessioni contenute nella seconda parte di queste brevi note.

2. *La sentenza n. 26/2017: le argomentazioni della Corte*

Preceduta da un intenso quanto inedito dibattito pubblico¹, la sent. n.

¹ Nei giorni precedenti la decisione della Consulta sulla questione dell'ammissibilità del referendum si sono espressi, con toni e accenti diversi, tra gli altri ICHINO, *Referendum sul Jobs Act: un'arma impropria*, in <http://www.lavoce.info/archives/44458/licenziamenti-voucher-appalti-prime-note-sul-referendum>; MATTEI, *Referendum Cgil: il quesito sull'art. 18 e la soglia (scivolosa) dei 5 dipendenti*, in http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/01/09/referendum-cgil-il-quesito-sullarticolo-18-e-la-soglia-scivolosa-dei-5-dipendenti/#_ftn3; ORLANDINI, *Perché il quesito referendario sull'art. 18 è ammissibile*, in http://www.huffingtonpost.it/giovanni-orlandini/referendum-sul-jobs-act-perche-il-quesito-e-ammissibile_b_13878472.html; CAZZOLA, *Politically (in)correct – Licenziamenti individuali: un referendum inammissibile*, in <http://www.bollettinoadapt.it/politically-incorrec-t-licenziamenti-individuali-un-referendum-inammissibile/>; PALLANTE, *Jobs Act, il referendum del 2003 parla chiaro: da che parte sta la Corte Costituzionale?*, in http://www.huffingtonpost.it/francesco-pallante/da-che-parte-sta-la-corte-costituzionale_b_14004978.html; MARIUCCI, *Non bisogna aver paura del referendum ma di chi non vuole che i cittadini si esprimano*, *Il Fatto quotidiano* del 28 dicembre 2016; AZZARITI, *Perché è ammissibile il referendum sull'articolo 18*, *Il Manifesto* del 29 dicembre 2016; FERRAJOLI, *Tre referendum sul fondamento costituzionale della Repubblica*, *Il Manifesto* del 10 gennaio 2017; perfino in forma di breve saggio l'intervento di MORRONE a sostegno della tesi dell'inammissibilità (*Oltre l'art.*

26/2017 ha sancito l'inammissibilità del quesito referendario sotto un duplice profilo; ovvero sia per il suo carattere propositivo/manipolativo, sia per la sua mancanza di univocità e omogeneità.

La prima censura è da imputare al fatto che i proponenti non si sono limitati a richiedere l'abrogazione delle modifiche apportate alla disciplina del licenziamento dalla l. n. 92/2012 e dal d.lgs. n. 23/2015, ma hanno anche inteso chiamare gli elettori a modificare l'ambito di applicazione della tutela reale oltre i confini configurati dal legislatore del 1970, estendendo la soglia dimensionale dei cinque dipendenti a tutti i datori. Per ottenere quest'obiettivo il quesito ha utilizzato la c.d. tecnica del ritaglio, incidendo sul comma 8 dell'art. 18 in modo da eliminare il riferimento ivi contenuto ai quindici dipendenti e lasciando in vita il solo limite dei "cinque", che la norma statutaria associa come noto alle sole imprese agricole. Ed è proprio quest'operazione a essere ritenuta manipolativa dalla Corte, cioè tale da trasformare il referendum da abrogativo a propositivo. Un quesito che chieda l'abrogazione parziale di una norma, ricorda la Corte, non è infatti di per sé inammissibile; lo diventa però quando il ritaglio non comporta la semplice "riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo", ma saldando "frammenti lessicali" diversi, dà "vita ad un assetto normativo sostanzialmente nuovo [...] da imputare direttamente alla volontà propositiva di creare diritto". E questo è quanto avrebbe prodotto il referendum in caso di esito positivo: la nuova statuizione, frutto del ritaglio operato sul comma 8, infatti, "non segna l'espansione di una scelta legislativa dettata per regolare la fattispecie come conseguenza conaturata all'abrogazione, ma, rinvenendo nella disposizione un numero, il "cinque", legato alla figura dell'imprenditore agricolo, lo converte nell'oggetto di una proposta al corpo elettorale di un nuovo e diverso assetto dimensionale della tutela reale". Dal che si ricava la conclusione che con un referendum non sia possibile definire un "diverso assetto dimensionale" abbassando la soglia numerica, ma solo azzerare tale soglia attraverso l'abrogazione dell'intero comma 8.

A rafforzare le ragioni del giudizio di inammissibilità si aggiunge l'argomento per il quale il quesito è da considerarsi anche "disomogeneo", in quanto contenente "una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venir ricondotto alla logica dell'art. 75"². La

¹⁸ dello Statuto dei lavoratori? Non un quesito abrogativo, ma un referendum propositivo inammissibile, in <http://www.forumcostituzionale.it/wp-content/uploads/2016/12/morrone.pdf>).

² I limiti di ammissibilità relativi al carattere omogeneo del quesito sono definiti per la

Corte fa sostanzialmente coincidere la natura disomogenea e plurima del quesito con il suo carattere propositivo/manipolativo. I due aspetti sarebbero “*due facce della stessa medaglia*”, entrambi segnale dell’intento dei proponenti di coartare la volontà dell’elettore, costringendolo ad esprimersi su disposizioni affatto diverse per *ratio* e funzione; e ciò al fine di dar vita ad una nuova regolazione della materia. La “*matrice razionalmente unitaria*” del referendum – spiega la Corte – verrebbe meno in sostanza laddove questo sia scorporabile in più quesiti. Questa possibilità si configurava chiaramente nel caso di specie, perché da una parte il quesito referendario verteva sia sul d.lgs. n. 23/2015 sia sull’art. 18, dall’altra mirava sia ad estendere i casi di tutela reale sia ad ampliarne l’ambito di applicazione riducendo la soglia dimensionale. E l’elettore avrebbe ben potuto volere l’abrogazione dell’una ma non dell’altra normativa.

3. *Il carattere manipolativo del quesito*

Confrontando la sent. n. 26/2017 con i precedenti giudizi di ammissibilità sulle norme statutarie, un cambiamento di orientamento della Corte si coglie senz’altro rispetto alla sent. n. 1/1994 che ammise i referendum sull’art. 19 St. lav.³ Il che non è un fatto di poco conto, considerando che, se quei referendum non si fossero tenuti, la storia recente del nostro diritto sindacale sarebbe stata del tutto diversa.

Con la sent. n. 1/1994 fu ammesso sia il quesito “*massimale*” (secondo la definizione della stessa Corte), che proponeva l’azzeramento dei criteri di selezione dei soggetti titolari del diritto di costituire RSA, sia il quesito “*mi-*

prima volta dalla Corte nella fondamentale sentenza del 7 febbraio 1978 n. 16, in termini poi consolidatisi nella giurisprudenza successiva.

³ Da ciò la decisa critica alla sentenza n. 26/17 di SPEZIALE, *Il referendum inammissibile*, in *Lavoro Welfare*, 2017, 27, p. 20. *Contra* TREU, *La Corte costituzionale e i referendum sull’articolo 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, in *DRI*, 2017, n. 2 pp. 557-558 che giustifica le divergenti conclusioni dei giudici delle leggi perché il quesito del 1995 incideva su una materia “*“matura” per una verifica referendaria che poteva semplificare il quadro normativo, sia pure in modo provvisorio, e stimolare successivi interventi del legislatore*”, al contrario del quesito in materia di licenziamento, incidente su una materia “*nient’affatto matura nel contesto delle relazioni industriali, anzi ancora socialmente incandescente; e pertanto opportunamente rinviabile al legislatore invece che assoggettabile al giudizio referendario*”. Sul rilievo del contesto delle relazioni industriali, in altra prospettiva, si tornerà *infra* nel par. 5.

nimale” (ovvero parziale), che ritagliava l’art. 19 facendo salvo il solo criterio della firma apposta al contratto collettivo applicato in azienda. Questo secondo quesito – che poi, come noto, ebbe successo – era senz’altro “manipolativo”, nel senso che la Corte oggi attribuisce a questo concetto, perché davvero stravolgeva l’originaria *ratio* e struttura della disposizione “*attraverso una mera saldatura di frammenti lessicali appartenenti a norme completamente diverse*”. Anzi, l’intervento operato sull’art. 19 attraverso il quesito ammesso nel 1994 era più manipolativo di quello relativo al comma 8 dell’art. 18 oggi bocciato, perché quest’ultimo teneva in vita una parte della norma che comunque individua l’ambito di applicazione della tutela reale; cioè intendeva mantenere in vigore un criterio selettivo esistente nel corpo normativo oggetto del referendum. Con l’operazione di ritaglio sull’art. 19 si inventava invece un requisito che non esisteva e che in nessun modo poteva ritenersi “contenuto” nella norma originale, tanto che ne uscì messa in discussione la sua stessa funzione promozionale (come da subito fu segnalato in dottrina)⁴.

Certo, non si può ignorare che dopo la sent. n. 1/1994 c’è stata la sent. n. 36/1997, relativa al referendum sulla pubblicità in RAI (regolata dalla legge n. 223/90, la c.d. “legge Mammì”), che segna una svolta restrittiva nei confronti della tecnica del ritaglio⁵. E non a caso proprio a questa sentenza fa riferimento la Corte per sostenere il carattere manipolativo del quesito sull’art. 18. Tuttavia l’uso che i giudici delle leggi fanno di questo precedente nella sent. n. 26/2017 non convince. In particolare non pare condivisibile l’equiparazione tra l’operazione che s’intendeva compiere col quesito sul comma 8 dell’art. 18 e quella cui mirava il quesito sulla l. n. 223/1990. I due interventi presentano, infatti, un carattere affatto diverso, se è vero che con il primo, come detto, si teneva in vita una parte della norma che individua pur sempre l’ambito di applicazione della disciplina del licenziamento (definendo la soglia dimensionale), mentre con il secondo, attraverso il “ritaglio”, si mirava ad ottenere un limite percentuale (il 2%) che nella norma non riguardava la disciplina del tetto orario pubblicitario, ma quella dell’eventuale eccedenza rispetto al tetto del 4%⁶. Insomma, in questo secondo caso le due percentuali (quella

⁴ GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, 3, p. 367 e FERRARO, *Le rappresentanze aziendali dopo il referendum. La soluzione è una legge*, in *LI*, 1995, 13, p. 5.

⁵ Tra i primi commenti, criticamente, CALVANO, *Il “falso problema” dei referendum manipolativi*, in *GC*, 1997, 1, p. 322 ss.

⁶ Nella sentenza del 10 febbraio 1997 n. 36, la Corte giunge al giudizio di inammissibilità

abrogata e quella salvata) svolgevano davvero funzioni diverse all'interno della norma, tanto da essere previste in due frasi (“*segmenti lessicali*”, appunto) distinte e separate da un punto e virgola; cosa che non si può certo dire con riferimento al quesito sul comma 8 dell'art. 18.

Anche volendo prescindere da queste considerazioni, il confronto tra le sent. n. 36/1997 e n. 26/2017 fa emergere chiaramente come il concetto di referendum “manipolativo” sia molto vago e passibile di applicazioni variabili, così come tutt'altro che netta sia la distinzione tra carattere propositivo e abrogativo del quesito; il che d'altra parte è riconosciuto diffusamente nella dottrina costituzionalistica⁷. A essere difficilmente intelligibile nella sua funzione ermeneutica è soprattutto l'affermazione – sulla quale si fonda il giudizio in merito al carattere genuinamente abrogativo del quesito – per la quale eliminando una parte di una disposizione possa riemergere ciò che “*in difetto di quel contenuto, il legislatore ha predisposto perché abbia applicazione al fine di regolare la fattispecie*”. Un'affermazione, questa, che se può avere un senso quando il quesito elimina completamente una norma, non si capisce bene cosa significhi quanto questo ne ritaglia una parte. Si può infatti parimenti sostenere sia che la normativa di risulta è sempre qualcosa di nuovo, venendo in essere solo grazie all'operazione di ritaglio; sia che, di contro, è sempre da considerarsi espansione di un principio già presente nella norma originaria⁸. Allora delle due l'una: o l'abrogazione per ritaglio si ammette sempre, o non andrebbe mai ammessa. Qualsiasi altra soluzione implica inevitabilmente l'attribuzione ai giudici di un grado di discrezionalità che non dipende da criteri ragionevolmente certi e prevedibili.

considerando che “*il quesito referendario in esame propone l'eliminazione totale sia della norma relativa al limite dell'orario settimanale, sia delle norme che consentono, entro certi termini, un'eventuale eccedenza oraria ed il connesso periodo di recupero. Contestualmente, si propone anche, attraverso il prospettato ritaglio di parole da cancellare, la sostituzione dell'originario tetto orario del 12 per cento con il nuovo e diverso limite del 2 per cento, che peraltro figura in tutt'altro contesto normativo, inerente alla disciplina delle eventuali eccedenze dal prescritto tetto orario*”. È evidente come un simile quesito non sia comparabile a quello oggetto della sentenza n. 26/17.

⁷ Per tutti, bastano le parole di chi ha contribuito alla teorizzazione del concetto di referendum manipolativo: “*distinguere rigorosamente tra manipolatività (propositività) del quesito e semplice espansione o estensione della norma incisa dal quesito abrogativo, è opera vana e, a conti fatti, perlomeno ambigua*” (MODUGNO, *Ancora una rassegna sull'ammissibilità dei referendum abrogativi, dopo vent'anni*, in GC, 2001, n. 3, p. 1800 ss.).

⁸ Come icasticamente osserva LUCIANI, *La formazione delle leggi: il referendum abrogativo. Articolo 75, vol. 2*, in *Comm. Branca*, 2005, p. 632: “*Qualsiasi manipolazione di un testo normativo può essere presentata come l'espansione di un principio ivi incorporato a seconda del punto di vista che viene assunto dall'interprete*”.

Che i principi sui quali la Corte fonda la propria giurisprudenza in materia siano opinabili è confermato dalla conclusione davvero sorprendente – se letta con le lenti del giuslavorista – cui essa giunge in merito ai quesiti sull'art. 18: ovvero che la norma subirebbe una manipolazione (cioè sarebbe “stravolta” nella sua *ratio*) qualora la soglia dei cinque dipendenti venisse estesa anche alle imprese non agricole, mentre nessuna manipolazione sarebbe configurabile azzerando la soglia ed estendendo la reintegra alle imprese di qualsiasi dimensione. Una conclusione, questa, che la Corte nella sent. n. 26/2017 avalla esplicitamente anche per evitare di cadere in contraddizione con quanto da essa stessa affermato per ben due volte (nelle sent. n. 65/1990 e n. 41/2003), ma che non può essere condivisa.

In primo luogo è quanto meno dubbio che la *ratio* dell'art. 18 sarebbe stravolta dall'estensione della soglia dei cinque dipendenti a tutte le imprese. Infatti per dire questo la Corte è costretta ad enfatizzare oltre misura l'importanza della disciplina speciale prevista per le imprese agricole nell'economia complessiva dell'art. 18.

In realtà, sulla ragionevolezza di una simile disciplina, già all'indomani dell'approvazione dello Statuto espresse dubbi la più autorevole dottrina⁹. E già allora non mancò chi propose di uniformare a cinque l'ambito di applicazione dell'art. 18¹⁰.

Chiamata a esprimersi in merito, la Corte costituzionale fece salva la scelta del legislatore del settanta *sub* art. 3 Cost., trovandovi la *ratio* “*nelle sensibili differenze, organizzative e strutturali, che nella realtà economica e sociale del nostro Paese separano le imprese industriali da quelle agricole*”¹¹. Una risposta che “*non avrebbe potuto essere più deludente e scialba*” – come a ragione chiosò Marco Biagi, a commento della sentenza¹² – e per supportare la quale i giudici delle leggi si appellarono apoditticamente ai “*lavori preparatori della legge*”, dai quali in vero nulla emerge a riguardo. Fatto è che la più bassa soglia delle imprese agricole fu a posteriori giustificata (anche in dottrina)¹³ dall'esigenza

⁹ In merito, già FRENI, GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970*, n. 300, Giuffrè, 1971, p. 151 e ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 417.

¹⁰ PERA, *Campo di applicazione delle leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Giuffrè, 1972, p. 356.

¹¹ C. Cost. sentenza del 19 giugno 1975 n. 152.

¹² BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, F. Angeli, 1978, p. 82.

¹³ MANCINI, *Commento sub art. 35*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto*

di tener conto delle caratteristiche del sistema produttivo sul quale il meccanismo della tutela reale andava ad incidere; ed in particolare del fatto che di norma in agricoltura minore sarebbe il numero dei lavoratori impiegati da un'impresa a parità di capitale investito e maggiore l'utilizzo del lavoro non stabile, in virtù della forte presenza del lavoro stagionale.

Se questa è la *ratio* dell'opzione contenuta nell'art. 18, comma 8, rendere regola generale la soglia dei cinque dipendenti non la stravolge affatto; anzi, si potrebbe dire che la preservi, riadattando la norma ad un mutato contesto economico. E certamente questo era l'intento del quesito: tener conto di un sistema produttivo che, essendo oggi profondamente mutato rispetto a mezzo secolo fa, rende ragionevole il superamento dell'originaria distinzione tra imprese agricole e non. In primo luogo perché oggi – a fronte della progressiva meccanizzazione del settore – regge ancor meno che negli anni settanta l'immagine “bucolica” di un'impresa agricola strutturalmente diversa da quella industriale (per tacere di quella commerciale)¹⁴. In secondo luogo perché la precarietà che nel 1970 caratterizzava il lavoro agricolo, legata al solo lavoro stagionale, oggi è diffusa in tutti i settori economici.

Per quanto poi si possa enfatizzare l'importanza della distinzione tra l'impresa agricola e le altre imprese, non è condivisibile la conclusione per la quale sarebbe ammissibile l'azzeramento della soglia per via referendaria e non la generalizzazione della soglia dei cinque dipendenti, in quanto solo nel primo caso si concretizzerebbe un’*“operazione meramente abrogativa di una certa opzione legislativa”*. In realtà ben più fondatamente si può sostenere il contrario, perché davvero (per usare le stesse parole della Corte) l'azzeramento della soglia fa emergere un’*“contenuto normativo mai predisposto dal legislatore”*; crea cioè una regola affatto nuova che supera la logica selettiva ispiratrice dell'intero art. 18, norma *ab origine* concepita per non avere generale applicazione (al pari dell'art. 19). Il che non avverrebbe con il livellamento della soglia dimensionale a cinque dipendenti.

La ragione di questa paradossale conclusione cui giunge la Corte sta evidentemente nel fatto che l'azzeramento della soglia si ottiene abrogando l'intero comma 8 e non ritagliandone una parte. È cioè la tecnica del “ritaglio” che condiziona a monte il giudizio in merito al carattere “propositivo/manipolativo” del quesito. Ma proprio l'irragionevolezza della

dei diritti dei lavoratori, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1972, p. 536; CENTOFANTI, *Il recesso ad nutum e l'art. 35 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 1973, n. 4, I, p. 521.

¹⁴ BIAGI, *La dimensione dell'impresa*, cit., p. 81.

conclusione cui porta un simile ragionamento, puramente formalistico, conferma quanto detto in precedenza in merito all'opinabilità dei principi elaborati dalla Corte. Ne è riprova il fatto che, utilizzando quegli stessi principi (ma rovesciando il ragionamento), l'abrogazione dell'intero comma 8 potrebbe essere qualificata come un'inammissibile operazione di ritaglio sull'art.18, in quanto grazie ad essa si determina uno stravolgimento della *ratio* originaria della norma.

In breve, non si vede quale giustificazione possa trovare il fatto di ammettere il "ritaglio" di un articolo di legge che ne stravolga la *ratio* attraverso l'abrogazione totale di un suo comma, e non ammettere un ritaglio di quel comma che ne abroghi solo una parte senza determinare un analogo mutamento funzionale della norma. È davvero difficile capire come un simile criterio selettivo dei quesiti referendari possa trovare fondamento nei principi costituzionali, tanto più se tali principi si ricavano (come fa la Corte) non solo dall'art.75, ma anche dall'art. 48 Cost., norma posta a presidio della libertà di espressione della volontà popolare.

Ma in questa sede non si vuole entrare nel dibattito intorno al problema dei referendum manipolativi, che da anni impegna i costituzionalisti. Ciò che preme segnalare è come, nella sent. n. 26/2017, l'applicazione degli opinabili criteri selettivi configurati dalla Corte costituzionale abbia portato a delle conclusioni irragionevoli, se lette considerando la *ratio* delle norme di diritto del lavoro oggetto della decisione.

4. *La disomogeneità del quesito*

Ancor meno sintonica con i precedenti è la parte della sent. n. 26/2017 con la quale si nega il carattere omogeneo e univoco del quesito referendario.

Non c'è dubbio che questa volta il quesito fosse particolarmente articolato e toccasse diverse disposizioni, relative a vari profili della disciplina del licenziamento illegittimo e non contenute in un unico testo normativo. Ma leggendo l'argomentazione della Corte nei suoi precedenti giudizi, si ricava che non è questo carattere del quesito (il suo essere cioè "articolato") a renderlo o meno omogeneo.

L'omogeneità è sinonimo di chiarezza, perché un quesito non chiaro non permette all'elettore di esprimersi liberamente. E certamente, un quesito che accorpa assetti normativi affatto diversi può difettare di chiarezza. Ma

nei precedenti giudizi di ammissibilità sui quesiti “statutari”, la valutazione in merito alla loro chiarezza ha riguardato l’obiettivo perseguito con il referendum e gli effetti ad esso conseguenti. Ed è ovvio che l’obiettivo può restare chiaro anche se per perseguirlo si chiede di abrogare varie ed articolate disposizioni normative, relative a diversi profili della disciplina che s’intende modificare¹⁵.

Questa lettura del concetto di “omogeneità” è presente già nella sent. n. 27/1982, dove la Corte invoca la “*necessità che le conseguenze dell’abrogazione siano chiaramente e immediatamente intelligibili al momento del voto, onde realizzare pienamente lo scopo essenziale dell’istituto del referendum, cioè la libera, consapevole e precisa espressione della volontà popolare in ordine ai quesiti proposti*”; ed è ribadita nella sent. n. 1/1994 dove, nel distinguere tra intendimento “massimale” e “minimale” proprio dei due quesiti sull’art. 19, si richiama espressamente la necessità che da entrambi emerga la “*chiarezza dell’intendimento*” dei proponenti. Con parole ancora più chiare la Corte si esprime poi nella sent. n. 41/2003, per valutare il quesito che, investendo l’art. 18 dello Statuto e l’art. 4 della l. n. 108/1990, mirava sia ad eliminare la soglia dimensionale sia ad estendere la tutela reale nelle organizzazioni di tendenza: l’accorpamento in un unico quesito di queste due norme non ne esclude l’omogeneità perché “*l’esistenza di una matrice razionalmente unitaria è garantita dall’obiettivo comune di estendere l’ambito di operatività della garanzia reale*”. Allora come oggi, in linea teorica, era ben possibile scindere l’unico quesito in due distinti, visto che esso riguardava norme “*non indissolubilmente legate*”; ma nel 2003 questo non è stato ritenuto motivo di inammissibilità, nel 2017 sì.

È vero che questa volta, al contrario che nel 2003, il referendum avrebbe interessato non solo l’ambito dimensionale dell’art. 18, ma anche disposizioni che limitano le ipotesi di licenziamento sanzionabile con la reintegra. Ma ciò è la necessaria conseguenza del mutato assetto normativo sul quale i due quesiti referendari intendevano incidere. L’obiettivo di entrambi era identico, ovvero estendere l’ambito di applicazione della tutela reale oltre i limiti originari del 1970. Solo che per raggiungerlo, oggi era necessario abrogare disposizioni diverse rispetto al 2003, che hanno radicalmente ridotto l’accesso a tale forma di tutela. Era cioè necessario modificare non più solo il regime della soglia contenuto nel comma 8 dell’art. 18, ma appunto anche eliminare

¹⁵ Come ancora osserva LUCIANI, *La formazione delle leggi*, cit., p. 436: “*se il fine è chiaro, la disomogenea struttura del quesito non può minimamente ingannare o fuorviare l’elettore*”.

le sopravvenute norme che hanno modificato il regime sanzionatorio per chi sta sopra la soglia dei quindici dipendenti; cioè eliminare sia le modifiche operate dalla riforma Fornero sia l'intero d.lgs. n. 23/2015¹⁶.

Quest'ultimo aspetto del quesito referendario merita particolare attenzione, perché permette di evidenziare un'ulteriore profilo critico nell'argomentazione della Corte.

Una delle caratteristiche innegabili dell'attuale regime sanzionatorio del licenziamento è proprio la sua estrema complessità, frutto del sovrapporsi di normative diverse che hanno alterato l'originaria coerenza sistematica della disciplina statutaria. Dapprima la l. n. 92/2012 ha complicato oltremodo il regime sanzionatorio previsto dall'art. 18, costringendo giudici e dottrina alle note acrobazie interpretative sulla distinzione tra fatto giuridico e fatto materiale, necessarie per dare un senso al nuovo comma 4. Poi il d.lgs. n. 23/2015 ha introdotto in un mercato del lavoro già segnato dalla tradizionale divisione tra lavoratori dipendenti da imprese piccole e medio-grandi, un'ulteriore segmentazione fondata sul dato affatto casuale del giorno di assunzione del lavoratore (il fatidico 7 marzo 2015, giorno di entrata in vigore del decreto).

Ne è derivata una disciplina che non ha equivalenti nel panorama europeo, caratterizzata com'è da una doppia anomalia. Perché è certo un'anomalia quella introdotta con il contratto a tutele crescenti, al punto che per risolverla è stata chiamata in causa – di nuovo – la Consulta¹⁷, e potrebbe esserlo la Corte di giustizia, per l'irragionevole disparità di trattamento che la disciplina configura tra lavoratori di età diversa, che non può evidentemente giustificarsi per finalità occupazionali¹⁸; ma un'anomalia può considerarsi

¹⁶ *Contra* TREU, *La Corte costituzionale*, cit., p. 559 per il quale il quesito è da ritenersi non omogeneo “in quanto richiede l'abrogazione di norme che rispondono a opzioni politiche diverse”; il che si ricaverebbe (di nuovo) dalla “storia” e dal “contesto della normativa”.

¹⁷ Con l'Ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017 è stata sollevata la questione di costituzionalità in relazione al possibile contrasto del d.lgs. 23/15 con gli artt. 3, 4, 35, 76 e 117 Cost.

¹⁸ Come noto il diritto dell'UE giustifica le discriminazioni per età sia dirette che indirette (e tali sarebbero quelle determinate dal discrimine temporale del contratto a tutele crescenti) qualora siano necessarie per il perseguimento di finalità occupazionali e sempre che ciò avvenga con misure proporzionate a tal fine (art. 6, par. 1, direttiva 2000/78 CE del 27 novembre 2000). Ma a tre anni di distanza dall'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, l'incremento dell'occupazione stabile netta non c'è stato; il crollo dei contratti a tempo indeterminato nel 2016 rispetto all'anno precedente (-91%) dimostra poi come l'iniziale crescita del lavoro stabile fosse

anche la preesistente soglia dei quindici dipendenti, sostanzialmente ignota fuori dai nostri confini¹⁹.

Quest'effetto delle recenti riforme è davvero sorprendente, se si considera che a monte ed a giustificazione del processo riformatore (nelle intenzioni degli stessi attori che l'hanno promosso, sia a livello nazionale che europeo) si è posto l'obiettivo della semplificazione delle regole del mercato del lavoro e della riduzione delle sperequazioni esistenti tra categorie di lavoratori²⁰. Ma è ancora più sorprendente che la Corte costituzionale impedisca di chiamare gli elettori a votare per ricondurre la disciplina vigente ad un unico sistema coerente di regole, in ragione del supposto carattere disomogeneo del quesito. Giacché non si vede in che modo un quesito che abbia come obiettivo la semplificazione delle regole in materia di licenziamento possa ledere il diritto degli elettori a esprimersi con un voto consapevole.

Insomma, l'argomento usato dalla Corte per bocciare il referendum andrebbe di nuovo rovesciato: proprio per perseguire un obiettivo chiaro (e quindi rispettoso della volontà dell'elettorato) era opportuno formulare un quesito articolato²¹. La complessità del quesito rispondeva proprio all'esigenza di rispettare la libertà sancita dall'art. 48 Cost., perché solo un quesito così formulato avrebbe permesso ai cittadini di capire quale sarebbe stato l'effetto

da imputare esclusivamente agli sgravi contributivi previsti dalla legge di stabilità 2015 (l. 23 dicembre 2014 n. 190, art. 1, co. 118). In compenso nel primo trimestre del 2017 sono aumentati del 30% i licenziamenti per motivi disciplinari rispetto allo stesso periodo del 2016 (dati INPS, Osservatorio sul precariato, *Report mensile gennaio-marzo 2017*).

¹⁹ Proprio il limite dei cinque dipendenti è invece conosciuto in Germania, ordinamento (a torto o a ragione) spesso preso a modello di regolazione del mercato del lavoro nel nostro paese; per altro anche la rilevanza di tale soglia nel differenziare le tutele per licenziamento illegittimo è stata ridotta dalla recente giurisprudenza (sulla disciplina tedesca vd. GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, F. Angeli, 2014, p. 93 ss.)

²⁰ Come si legge nell'*incipit* della relazione di accompagnamento al decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti, il fine di favorire l'instaurazione di contratti a tempo indeterminato fissato dall'art. 1, co. 7, lett. c) della l. 10 dicembre 2014 n. 183 è perseguito "semplificando, anche mediante l'accorpamento della disciplina delle condizioni di legittimità e delle sanzioni conseguenti alla loro violazione, le regole in materia di licenziamento, al fine di consentirne una chiara e univoca interpretazione e applicazione"; ciò in attuazione della Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 (2011/C 215/02).

²¹ Emerge, sotto questo profilo, il problema (evidenziato dalla dottrina costituzionalistica) della potenziale contraddittorietà della necessità che i quesiti siano al tempo stesso semplici e completi (una "strettoia", la definisce PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di inammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, 2010, p. 171).

del loro voto; posto appunto che tale effetto era già stato considerato legittimo dalla Corte nelle sue precedenti dichiarazioni di ammissibilità relative alla stessa materia. Altrimenti considerando, e seguendo la diversa argomentazione fatta propria dai giudici delle leggi, si deve concludere che quanto più una materia è regolata dal legislatore in maniera confusa e caotica, tanto più è al riparo dal rischio di essere cancellata per via referendaria; quanto meno una normativa è coerente sul piano sistematico, tanto più si restringe il diritto dei cittadini di esprimersi su di essa attraverso gli strumenti di democrazia diretta. Di nuovo, sembra difficile ricavare un simile principio dagli articoli 75 e 48 della Costituzione.

Ben diversi da quello oggetto della sent. n. 26/2017 erano i due unici quesiti sulle norme statutarie precedentemente dichiarati inammissibili, in quanto disomogenei, con le sent. n. 27/1982 e n. 45/2003. Come detto, in entrambi i casi il quesito riguardava l'art. 35 St. lav., norma che nel 1982 definiva anche la soglia dimensionale della tutela reale; ma con il primo caso si chiedeva anche l'abrogazione degli artt. 28 e 37, mentre col secondo sia la parte dell'art. 35 relativa all'ambito di applicazione delle norme del titolo III sull'attività sindacale, sia la parte relativa al personale navigante delle imprese marittime e aeree, prototipo di rapporto di lavoro "speciale" che come noto trova specifica disciplina nel codice della navigazione. Si trattava dunque di quesiti che incidevano su assetti normativi del tutto distinti e privi di relazione e la loro duplicazione avrebbe, in effetti, reso più intelligibile il fine con essi perseguito.

5. *Sindacato e referendum: le ragioni di una sconfitta*

Sin qui si è inteso evidenziare i passaggi argomentativi meno convincenti che hanno determinato il giudizio d'inammissibilità del referendum nella sent. n. 26/2017. Ma al netto delle valutazioni critiche sulla decisione della Consulta, dal suo confronto con i precedenti in materia è possibile trarre due conclusioni difficilmente revocabili in dubbio: la prima, che i criteri giurisprudenziali elaborati dai giudici delle leggi in merito all'ammissibilità dei quesiti referendari consentono ampi spazi di discrezionalità; la seconda, che, nel caso di specie, la Corte ha utilizzato questi spazi per applicare restrittivamente tali criteri.

Ora è evidente che tanto maggiore è l'incertezza dei principi giuridici

sui quali si fonda la decisione della Corte – e dunque ampia è la discrezionalità dei giudici – tanto maggiore è il peso che sulla decisione stessa possono avere ragioni di carattere politico²². Termine, quest’ultimo, da intendere nel senso “alto” evocato da un ex giudice costituzionale all’indomani della sentenza²³, e non riferito alla sorte di questo o quel governo; e termine che rimanda al contesto sociale su cui la decisione è destinata ad incidere e dal quale il giudizio dei Supremi Giudici è inevitabilmente influenzato e condizionato in un determinato momento storico. Insomma, se è vero che la sentenza n. 26/2017 ha un segno diverso rispetto alle precedenti, è da supporre che ciò sia dovuto anche al diverso quadro politico, sociale ed economico nel quale è stata avanzata la proposta referendaria. E certamente quel quadro non poteva essere ignorato dai proponenti, se volevano perseguire con successo la via del referendum; ciò indipendentemente dall’esito del giudizio della Corte.

Queste osservazioni permettono di passare a un secondo piano di riflessione, articolato sempre alla luce delle precedenti iniziative referendarie; piano che riguarda l’evoluzione recente della nostra materia e il ruolo che, in essa, ha svolto e svolge il sindacato come attore sociale e politico.

La storia “referendaria” dello Statuto induce in primo luogo a fare una considerazione che attiene al rapporto tra gli strumenti di democrazia diretta e le forme di democrazia rappresentativa; considerazione abbastanza ovvia, perché parte dalla constatazione di un dato di fatto. Nel 1982 e nel 1990 fu Democrazia Proletaria a proporre il referendum sugli articoli 18 e 19; nel 1994, sull’art. 19, furono i Cobas e Rifondazione Comunista; nel 2000 furono i radicali, in questo caso in chiave “antisindacale” (o per lo meno, anticonfederale); nel 2003 fu un comitato riconducibile sempre all’area politica della sinistra radicale, con l’appoggio della FIOM; nel 2016 è stata la CGIL. È dunque la prima volta che la CGIL come confederazione si fa promotrice di un referendum, chiamando a votare su norme di vitale importanza per l’azione sindacale. Il che è un eloquente segno di come siano cambiati gli equilibri tra gli attori sociali in questi ultimi anni, che hanno visto il definitivo tramonto della stagione della concertazione.

²² Anche SPEZIALE, *Il referendum*, cit., p. 23 e TREU, *La Corte costituzionale*, cit., p. 560 conengono sul “rilievo politico” del giudizio della Corte.

²³ Di “*valutazione politica e istituzionale*” da parte dei giudici delle leggi parla anche FLICK nell’intervista di Claudio Paudice sull’Huffington Post all’indomani della sentenza n. 26/17 (http://www.huffingtonpost.it/2017/01/12/flick-consulta-articolo-18_n_14135846.html).

Si ricorre all'arma referendaria quando non si ha la forza di ottenere un obiettivo in sede parlamentare, perché si è politicamente isolati o comunque minoritari. La scelta referendaria è segnale della condizione di debolezza e d'isolamento politico in cui si è trovato in questi anni il principale sindacato italiano; una debolezza che l'ha spinto a modificare la posizione assunta appena nel 2003, quando fu costretta a sostenere *oborto collo* un'iniziativa altrui, che fu inizialmente criticata dai vertici dell'organizzazione²⁴. L'iniziativa referendaria era allora considerata avventuristica perché la strada per riformare la disciplina del licenziamento doveva essere quella parlamentare, che, infatti, la CGIL perseguì attraverso un disegno di legge d'iniziativa popolare. E la via parlamentare fu sostenuta in contrapposizione anche alle precedenti iniziative referendarie promosse da "sinistra", nel 1990 e nel 1995.

Anche oggi la CGIL propone un proprio disegno di legge d'iniziativa popolare (la Carta dei diritti universali del lavoro²⁵) e il referendum, nella prospettiva dei proponenti, avrebbe dovuto supportare quest'iniziativa legislativa. Ma forse, invece, aver confezionato un quesito che mirava ad ottenere per via diretta una normativa il più possibile coincidente con quella prefigurata nel disegno di legge (e che proprio per questo è stato bocciato), è piuttosto segnale della consapevolezza di come, in assenza di sponde politiche, la via parlamentare sia molto difficile da percorrere con successo.

Anche la seconda considerazione suggerita dai precedenti referendum sullo Statuto muove da una constatazione di fatto: cioè che i referendum sono tutti falliti, seppur per ragioni diverse. Tutti tranne quello del 1995 che ha portato alla riscrittura dell'art. 19. Per la verità anche quello del 1990 ha prodotto degli effetti; non però quelli "radicali" cercati dai proponenti (ovvero l'estensione della tutela reale a tutti i lavoratori), bensì quelli attuati dal Parlamento con la l. n. 108/1990. Legge che segna l'ultimo colpo di coda della legislazione *pro labour* nel nostro paese, perché da allora in poi è iniziata una stagione di arretramento delle tutele che non ha più conosciuto soste; ma un colpo di coda, appunto, ritenuto "sostenibile" dalle forze politiche di

²⁴ "Un errore politico", continuò a considerarla l'ormai ex segretario generale COFFERATI (la Repubblica 18 gennaio 2003); di "una risposta sbagliata ad un problema reale" parlò GHEZZI, *Tutti i guasti di un risultato negativo*, in *RS*, 2003, 18, p. 3, che pur poi sostenne l'iniziativa referendaria, in linea con la segreteria dell'epoca.

²⁵ In merito vd. ANGIOLINI, CARABELLI, *Le ragioni (di un nuovo Statuto) dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2016, 1, I, p. 217 ss.

governo (cioè compatibile con gli esistenti equilibri socio-economici) e non quello voluto da chi il referendum aveva promosso.

La storia dei referendum sulle norme cardine dello Statuto ci restituisce in breve un'immagine del diritto del lavoro come materia strutturalmente "riformista". S'intende dire che la materia per sua natura tende a resistere a ogni tentativo di forzare gli equilibri delle forze in campo (cioè tra gli attori sociali) e che, quindi, è destinato a fallire ogni tentativo di modificare la legislazione esistente senza tener conto di tali equilibri, dei quali questa è inevitabilmente il riflesso.

Non è un caso allora che l'unico referendum di successo sia stato il più "manipolativo", ovvero quello del 1995, grazie al quale sono stati modificati (senza eliminarli) i criteri selettivi per la costituzione delle RSA. Quel referendum s'iscrive in un processo di trasformazione delle dinamiche sindacali in azienda e delle forme di rappresentanza nella realtà dei rapporti di lavoro, prima che nella legge; processo con il quale la Corte costituzionale già si era confrontata e continuerà a confrontarsi negli anni a venire²⁶. Il quesito che ha vinto nel 1995 era cioè se non coerente, comunque sintonico con l'evoluzione del sistema di relazioni sindacali, non più compatibile con la presunzione di rappresentatività assicurata ai sindacati confederali dalla vecchia norma del settanta, come già aveva segnalato al legislatore la stessa Corte²⁷. Il referendum permise di riadattare quella norma al mutamento in atto. Certo, lo fece rozzamente, come può fare appunto un referendum abrogativo. Ma nell'ammettere entrambi i quesiti, la Corte ricordò che, se avesse vinto quello ancora più "rozzo" (cioè il quesito che eliminava qualsiasi filtro di rappresentatività), sarebbe spettato comunque al legislatore dettare poi una "disciplina sostanzialmente diversa da quella abrogata", cioè consona "alle trasfor-

²⁶ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 19 dello Statuto si sofferma diffusamente CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2013, 182.

²⁷ Nel far salva la norma statutaria, la Consulta nella sentenza del 26 gennaio 1990 n. 30 non mancò di rilevare "che, anche a causa delle incisive trasformazioni verificatesi nel sistema produttivo, si è prodotta in anni recenti una forte divaricazione e diversificazione degli interessi, fonte di più accentuata conflittualità; e che anche in ragione di ciò – nonché delle complesse problematiche che il movimento sindacale si è perciò trovato a dover affrontare – è andata progressivamente attenuandosi l'idoneità del modello disegnato nell'art. 19 a rispecchiare l'effettività della rappresentatività"; e per questo invitava il legislatore a "dettare nuove regole idonee ad inervare, nella mutata situazione, i principi di libertà e di pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 Cost."

*mazioni sopravvenute nel sistema produttivo e alle nuove spinte aggregatrici degli interessi collettivi*²⁸.

Ed è estremamente significativo che spetterà alla stessa Corte vent'anni dopo neutralizzare gli effetti del referendum del 1995 con la sent. n. 231/2013, prendendo atto che –di nuovo– il quadro era cambiato e che quanto deciso per via referendaria nel 1995 non poteva più reggere nel 2013, in un sistema sindacale stravolto dalle dinamiche della globalizzazione incarnate nel caso Fiat. Ciò a riprova dell'irriducibile prevalenza dei fatti sulle norme, o, se si vuole, della “struttura” sulla “sovrastuttura”.

In altre parole, dice chiaramente la Corte nei suoi precedenti relativi all'art. 19, l'esito di un referendum, qualsiasi esso sia, non può impedire al legislatore di riformare la materia in maniera sintonica con la successiva evoluzione del sistema di relazioni sindacali. E se non procede in tal senso il legislatore, la stessa Corte può essere chiamata ad intervenire per riadattare la normativa al mutato contesto sul quale essa incide. È vero che su questo piano il parallelo tra l'art. 19 e l'art. 18 non regge, giacché le regole sulla rappresentanza devono necessariamente riflettere il modo con cui gli interessi collettivi emergono e si aggregano nella realtà dei luoghi di lavoro; pena, appunto, la loro irragionevolezza. Ma è indubbio che anche la regolazione della materia del licenziamento, definendo più di ogni altra gli equilibri di potere in azienda, risenta inevitabilmente dei più generali equilibri che caratterizzano i rapporti tra gli attori sociali in un determinato momento storico.

Se quanto detto ha senso, la sent. n. 26/2017 ci riconsegna un'arma referendaria ancora più spuntata rispetto al passato, almeno nell'ambito del diritto del lavoro. L'inadeguatezza dello strumento referendario in ambito lavoristico si accentua oggi, perché la Corte afferma che solo le opzioni “radicalmente” abrogative sono ammissibili. Al punto di suggerire espressamente di proporre l'azzeramento della soglia dimensionale prevista dall'art. 18, invece della sua riduzione; riduzione considerata inammissibile, ma che sarebbe più coerente appunto con le trasformazioni in atto del mercato del lavoro. Così facendo la Corte indica però una strada praticamente impercorribile, che è già stata rifiutata due volte, una dal Parlamento e l'altra dal corpo elettorale, e che è quanto meno rischioso pensare di ripercorrere oggi in un contesto ancora più sfavorevole.

²⁸ Così C. Cost. sentenza del 13 gennaio 1994 n. 1.

Proprio il riferimento a questo contesto conduce all'ultima considerazione suggerita dalla "fallimentare" storia referendaria dello Statuto.

La via del referendum s'intraprende con possibilità di successo quando si è deboli e minoritari politicamente (cioè privi di sponde politiche) ma convinti di essere forti e maggioritari nella società; cioè quando sul tema oggetto di referendum gli equilibri parlamentari non riflettono gli equilibri "sociali". Utilizzando con qualche disinvoltura le note categorie gramsciane, si può dire che un'iniziativa referendaria ha successo quando la "società civile" prevale sulla "società politica"²⁹, come è avvenuto in tempi recenti con il referendum del 2011 sulla privatizzazione dei servizi idrici³⁰. In questo senso il referendum funziona come correttivo degli strumenti di democrazia rappresentativa, vitale in un sistema democratico. E tanto più forti ovviamente è necessario essere nella società, quanto più isolati si è politicamente.

Nel 2003 il referendum sull'art. 18 fallì, nonostante seguisse l'imponente manifestazione del Circo Massimo, ultimo segnale di una rinascita del movimento sindacale nella storia nazionale recente. Tuttavia quella rinascita non fu tale da trasformarsi in un movimento di opinione prevalente ("egemonico", per continuare a evocare Gramsci) nell'elettorato. C'è da chiedersi quindi se vi fossero segnali tali da far ritenere oggi il contesto sociale cambiato in senso più favorevole al sindacato.

Certamente rispetto al 2003 (e ancora più rispetto agli anni novanta) è cambiato il quadro sovranazionale – ed europeo in particolare – in senso meno favorevole per il sindacato. E questo rende oggi ancora più sbilanciato l'equilibrio tra gli attori sociali. La sconfitta referendaria del 2003 si consumò infatti in un contesto europeo nel quale le istituzioni di Bruxelles non giocarono (almeno in apparenza) alcun ruolo attivo. La materia del licenzia-

²⁹ Il riferimento è all'idea gramsciana di Stato come "equilibrio della Società politica con la Società civile (o egemonia di un gruppo sociale sull'intera società nazionale esercitata attraverso le organizzazioni così dette private, come la chiesa, i sindacati, le scuole ecc.)" (GRAMSCI, Lettera a Tatiana del 7 settembre 1931, in *Lettere dal carcere*, Einaudi, 1971, p. 164). Il pensiero di Gramsci è come noto oggetto di una diffusa riscoperta nell'ambito degli studi sui movimenti sociali, proprio per le sue riflessioni sul rapporto tra Stato e società civile; a Gramsci quindi non è fuori luogo tornare nel riflettere sul tipico strumento attraverso il quale le istanze sostenute dai movimenti sociali si traducono in iniziativa politica che incide direttamente sull'ordinamento giuridico statale.

³⁰ Sul referendum promosso dal Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua come esempio di virtuosa (e vincente) cooperazione tra movimenti sociali e sindacati, vd. HYMAN, *Austeritarianism in Europe: what options for resistance?*, in NATALI, VANHERCKE (eds.), *Social policy in the European Union: state of the play 2015*, ETUI, 2015, p. 112.

mento non rientrava nel loro terreno di azione e si collocava al di fuori dall'ambito d'intervento legislativo dell'Unione, visto che, come noto, la possibilità di adottare direttive in materia di "*protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro*" (oggi prevista dall'art. 153, lett. d), TFUE) non era stata sfruttata (né d'altra parte probabilmente mai lo sarà³¹).

Con il sopravvenire della crisi economico-finanziaria, proprio la disciplina del licenziamento è stata posta al centro delle politiche di riaggiustamento strutturale suggerite dalle istituzioni europee ai paesi in condizioni di squilibrio macroeconomico. "Suggerite" non è per la verità la parola giusta, perché grazie al nuovo assetto istituzionale disegnato nel 2011, le raccomandazioni specifiche agli Stati membri adottate dal Consiglio sono diventate di fatto "vincolanti". E se l'Italia non è stata commissariata dalla c.d. Troika, è anche perché ha prontamente recepito le ricette sulle riforme del mercato del lavoro dettate dalla Commissione e dal Consiglio e sollecitate con la famosa lettera della BCE dell'8 agosto 2011: prima tra tutte appunto la cancellazione dell'art. 18 nell'originaria versione statutaria³².

Il superamento della tutela reale ha assunto, in tale prospettiva, un'importanza centrale nel quadro delle politiche di consolidamento fiscale promosse dall'UE, perché è funzionale a garantire la certezza dei costi del licenziamento considerata necessaria – specie negli Stati dell'Europa mediterranea – per far recuperare competitività alle imprese. E non è un caso che proprio la certezza delle regole in materia di licenziamento sia stata ricondotta dalla Corte di giustizia tra gli elementi che definiscono il contenuto essenziale della libertà (fondamentale) d'impresa, riconosciuta dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE)³³.

³¹ Sul punto si sofferma PEDRAZZOLI, 30. *Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in (a cura di) AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Giuffrè, p. 584 ss.

³² In merito all'influenza della *governance* economica europea sulle recenti riforme del diritto del lavoro nazionale si rinvia, per tutti, alla puntuale ricostruzione di CHIECO, "*Riforme strutturali*" del mercato del lavoro e diritti fondamentali nel quadro della nuova *governance* economica europea, in *DLRI*, 2015, 3, p. 359 ss.

³³ C. Giust. del 21 dicembre 2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis* nella quale i giudici di Lussemburgo hanno censurato la normativa greca in materia di licenziamenti collettivi per contrasto con l'art. 49 TFUE, letto alla luce dell'art.16 della CDFUE, in quanto il controllo sulla loro ammissibilità (nel caso preventivamente rimesso alla pubblica autorità) non permetteva ai datori interessati di conoscere "*in quali circostanze specifiche e oggettive tale potere è applicabile, giacché le situazioni che ne consentono l'esercizio sono potenzialmente numerose, indeterminate e indeter-*

La posta in gioco sul referendum in materia di licenziamento era insomma altissima e certo non paragonabile a quella sottesa agli altri due quesiti referendari. E, soprattutto, su questo quesito la partita non si giocava più solo sul piano nazionale, come ancora si poteva ritenere nelle precedenti tornate referendarie. Con il quesito bocciato dalla sent. n. 26/2017 si mirava a smontare uno dei cardini della *governance* economica europea e, se non l'unica, certo una delle principali riforme strutturali che il governo italiano è stato in grado di offrire all'altare dell'austerità. E si trattava di farlo in un contesto che, proprio nei giorni in cui la Corte è stata chiamata a decidere, vedeva lo stesso governo impegnato in un difficile e teso confronto con Bruxelles sui conti pubblici.

In questo quadro di vincoli sovranazionali, la CGIL, isolata e indebolita anche da divisioni interne, non è stata in grado di opporsi né alla riforma Fornero né al Jobs Act. Se nel primo caso il clima d'emergenza nazionale ha sedato all'origine la mobilitazione sindacale, nel secondo la reazione si è tradotta nello sciopero generale del 12 dicembre 2014: alla prova dei fatti, poco più che un passaggio rituale. Difficile pensare che questa drammatica debolezza mostrata davanti a processi di riforma così radicali e profondi e mossi da interessi così preponderanti (debolezza per altro condivisa con le centrali confederali di altri paesi europei)³⁴, potesse attraverso la via referendaria trasformarsi in una forza in grado di sovvertire equilibri oggi diventati ancora più sfavorevoli.

Queste osservazioni non portano alla conclusione che ogni processo di riforma legislativa lavoristica debba passare dal conflitto sociale e presupponga un riassetto dei rapporti di forza nei luoghi di lavoro. E neppure che non sia più praticabile la via referendaria, magari non nel senso suggerito dalla Corte,

minabili e lasciano all'autorità di cui trattasi un ampio margine discrezionale difficilmente controllabile" (sulla sentenza vd. le opinioni di COUNTOURIS, KOUKIADAKI, *The glass half full: collective redundancies, public interest, and the (unfulfilled) potential of Europe's "highly competitive social market economy"* e di ORLANDINI, *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento "sbilanciato" tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *DLRI*, 2017, 1, p. 193 ss. ed il commento di LO FARO, *La Corte di giustizia, la libertà d'impresa e le discipline nazionali del lavoro: un altro passo verso un prevedibile epilogo*, in *RGL*, 2017, 2, II, p. 21755 ss.

³⁴ Che le tradizionali forme di azione sindacale siano risultate inefficaci nei paesi oggetto delle politiche di austerità è un dato pacifico ed evidenziato nella letteratura sociologica (oltre a HYMAN, *Austeritarianism in Europe*, cit., p. 97 ss. vd. tra gli altri VANDAELE, *Interpreting strike activities in western Europe in the past 20 years: the labour repertoire under pressure*, in *Transfer*, 2016, 3, p. 277).

quanto piuttosto per abrogare il solo d.lgs. n. 23/2015. Ma la storia referendaria dello Statuto dimostra quanto meno che qualsiasi iniziativa e strategia d'azione sindacale attuata con gli strumenti della democrazia diretta richieda grande attenzione e prudenza, per non rivelarsi fallimentare o perfino controproducente.

6. *C'è vita oltre il referendum*

Se è vero che la partita si gioca al di fuori dei confini nazionali, giova allora riflettere su quali iniziative siano realisticamente praticabili sul piano sovranazionale per favorire una modifica dell'attuale disciplina sui licenziamenti.

Tra queste c'è certamente la strada intrapresa dalla CGIL con la presentazione di un reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali, deputato a valutare il rispetto della Carta Sociale Europea (CSE) da parte degli Stati aderenti. L'Italia, aderendo integralmente alla versione della Carta riveduta nel 1996, si è vincolata al rispetto dell'art. 24 e dunque al principio per il quale in caso di licenziamento illegittimo al lavoratore spetta “*un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*”. Le precedenti decisioni del Comitato, relative ad altri Stati, rendono probabile la conclusione che il regime sanzionatorio associato dal d.lgs. n. 23/2015 al contratto a tutele crescenti configuri una violazione degli standard deducibili dalla CSE. Nella recente decisione su un ricorso collettivo relativo alla Finlandia, il Comitato ha riconosciuto la violazione dell'art. 24 nel fatto che la legislazione nazionale prevedesse un mero indennizzo non superiore a 24 mensilità di retribuzione a compensazione di un licenziamento illegittimo³⁵. La sanzione – ha ricordato il Comitato sulla scia dei propri precedenti³⁶ – qualora non consista in una reintegra, deve comunque garantire un effettivo risarcimento a ristoro dei danni subiti dal lavoratore e configurare un deterrente nei confronti del datore. Da ciò consegue che non sono ammessi limiti all'indennizzo fissati

³⁵ European Committee of Social Rights, *Decision on the admissibility and the merits, Finnish Society of Social Rights v. Finland*, complaint No. 106/2014, 8.9.2016.

³⁶ Per un'analisi delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali sull'art. 24 vd. SCHMITT, *Article 24: The Right to Protection in Cases of Termination of Employment*, in BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT (eds.), *The European Social Charter and Employment Relation*, Hart Publishing, 2016.

per legge. Difficile immaginare che il regime sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 23/2015 possa ritenersi rispettoso di questi principi, posto che esso non solo prevede dei limiti all'indennizzo ma permette perfino di determinarlo a monte e preventivamente agganciandolo all'anzianità di servizio.

Certo, una censura del Comitato rappresenta un obiettivo assai meno ambizioso rispetto a quello perseguito con il referendum, ma forse proprio per questo più realistico. Ed il riconoscimento che il d.lgs. n. 23/2015 contrasta con gli standard internazionali di diritto del lavoro potrebbe avere un impatto comunque molto rilevante sia sull'ordinamento interno che su quello euro-unitario.

Sotto il primo profilo, se le decisioni del Comitato non hanno diretta efficacia giuridica negli ordinamenti interni, sono però valorizzabili dalle Corti nazionali. In primo luogo dalla stessa Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità del d.lgs. n. 23/2015 proprio considerando la possibile violazione degli standard deducibili dall'art. 24³⁷. La Corte costituzionale nella sent. n. 46/2000, decidendo sull'ammissibilità del referendum "radicale", ha infatti già attribuito all'art. 24 CSE valore di fonte d'interpretazione dell'art. 4 Cost. In quella sentenza la Corte ha negato che la reintegra sia una sanzione costituzionalmente necessaria ed ha incidentalmente affermato che la tutela obbligatoria prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966 sarebbe sufficiente a garantire il rispetto del diritto al lavoro, letto "*alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea*". Un inciso, questo, che oggi meriterebbe di essere approfondito con una più articolata argomentazione, tenendo conto della normativa sopravvenuta e del modo con cui il Comitato interpreta l'art. 24.

Sul piano dell'azione politica poi, la decisione del Comitato permetterebbe di supportare l'iniziativa promossa attraverso la Carta dei diritti universali o comunque di riaprire il confronto parlamentare intorno alla reintegra come rimedio "effettivo", se non imposto dalle fonti internazionali, senz'altro con esse pienamente coerente e sintonico.

Il consolidarsi di principi di diritto internazionale che investono il regime sanzionatorio del licenziamento può poi contribuire a superare le politiche di austerità che, come detto, hanno avuto uno dei loro elementi

³⁷ La terza questione di costituzionalità sollevata dall'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, relativa all'art. 117 Cost., riguarda proprio il possibile contrasto del d.lgs. 23/15 con l'art. 24 CSE, in ragione appunto del carattere inadeguato delle tutele che esso garantisce al lavoratore illegittimamente licenziato.

caratterizzanti proprio nell'indebolimento delle tutele per licenziamento illegittimo. I principi dedotti dall'art. 24 della Carta sociale sono rilevanti anche per interpretare l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; non solo perché la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza da sempre tiene conto della fonte del Consiglio d'Europa per definire il contenuto dei diritti sociali fondamentali riconosciuti dall'Unione, ma perché all'art. 24 CSE fanno espresso riferimento le Spiegazioni alla Carta dei diritti³⁸.

A fronte di un'univoca "giurisprudenza" del Comitato europeo dei diritti sociali, si giustifica sempre meno la lettura riduttiva che, escludendo i profili sanzionatori dal diritto "sovranaazionale" alla tutela per licenziamento ingiustificato, rischia di svuotarne di fatto la portata nell'ordinamento dell'UE³⁹. Il superamento di una simile interpretazione dell'art. 30 della Carta dei diritti permetterebbe di mettere in discussione l'idea per la quale i rimedi in caso di licenziamento illegittimo non debbano mirare ad assicurare una tutela "effettiva" per il lavoratore (indennitaria o reale che sia), ma piuttosto essere determinati in modo da garantire la massima certezze e prevedibilità dei costi per il datore, secondo la logica del *firing cost*⁴⁰. Questa logica è legittimata e promossa dalle istituzioni europee nell'ambito della *governance* economica. Ma è una logica incompatibile con gli standard internazionali

³⁸ Come prevede espressamente l'art. 6, par. 3 Tratt. Ue "I diritti della Carta sono interpretati [...] tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni"; e con riferimento all'art. 30 nelle spiegazioni si legge che "quest'articolo si ispira all'art. 24 della Carta sociale riveduta". Negare valore giuridico (cioè vincolante) alle spiegazioni (sulla questione vd. PEDRAZZOLI, *Tutela dei lavoratori*, cit., pp. 576-578) non significa naturalmente escludere che i giudici (europei e nazionali) debbano considerare le fonti "esterne" all'UE da esse indicate per chiarire la portata dei diritti riconosciuti dalla CDFUE (lo ricorda ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee: quali limiti ed obblighi per il legislatore nazionale?*, in *RDInt*, 2015, 4, p. 1129).

³⁹ Da ultimo, ALES, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2016, 129, p. 15 (che pur propone una lettura tesa a valorizzare la portata precettiva della Carta dei diritti) per il quale "l'assenza di una previsione esplicita in materia di sanzioni/conseguenze, pone l'art. 30 perfettamente in linea con la scelta usualmente operata dal legislatore comunitario in ambito sociale, di lasciare a quello nazionale la definizione degli apparati sanzionatori, sia pure nel rispetto dei principi sanciti dalla stessa Corte di giustizia".

⁴⁰ Come noto, in Italia, è stato in particolare ICHINO (già in *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 120 ss.) un convinto sostenitore della necessità di ridefinire la disciplina del licenziamento ispirandosi alla logica del *firing cost*.

perché contraddice la *ratio* di fondo del regime dei licenziamenti, che risiede – giova sempre ricordarlo – nell’esigenza di assicurare la stabilità dell’occupazione contro l’esercizio arbitrario del potere datoriale.

Annamaria Poggi

La difficile vita dei quesiti referendari sull'art. 18 nel giudizio di ammissibilità davanti alla Corte costituzionale

Sommario: **1.** Il quesito sull'art. 18 e la sua carica di "politicità". **2.** I "nodi" insiti nel referendum sull'art. 18 dal punto di vista del diritto "costituzionale" del lavoro. **3.** La giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum "parziali" e/o "manipolativi" in materia di Statuto dei lavoratori: coerenza? **4.** L'inevitabile (originaria) incoerenza della giurisprudenza costituzionale sui referendum propositivi come conseguenza della sent. n. 16 del 1978. **5.** La sentenza n. 26 del 2017: ancora una pronuncia insoddisfacente che chiude la vicenda referendaria sull'art. 18 ma lascia aperti molti problemi sui giudizi di ammissibilità dei referendum manipolativi.

1. Il quesito sull'art. 18 e la sua carica di "politicità"

La vicenda referendaria che si è sviluppata sull'art. 18 St. lav. tra il 2016 e il 2017 presenta significative differenze rispetto alle tornate referendarie precedenti che avevano investito la medesima norma e in particolare almeno due: l'essere stata innescata da un Sindacato di categoria (la Cgil) e il fatto che tale proposta (e la consistente raccolta di firme che ne era scaturita) erano conseguenza di un braccio di ferro tra Sindacato e Governo sulla riforma del lavoro (c.d. *Jobs Act*) di cui l'art. 18 costituiva una dei punti più problematici.

In estrema sintesi va rammentato come l'art. 18 della legge 300/1970 (così come modificato dalla legge n. 92 del 2012) ha ridotto le ipotesi di tutela reale, conseguita tramite la reintegrazione nel posto di lavoro, e ha esteso, invece, i casi di tutela obbligatoria, affidata alla sola indennità risarcitoria. Successivamente, il d.lgs. 23/2015 ha modificato, con riferimento ai lavoratori assunti a decorrere dalla sua entrata in vigore, il regime di garanzia del lavoratore stesso in caso di licenziamento individuale illegittimo, restrin-

gendo ulteriormente le ipotesi di tutela reale, con la correlativa espansione della tutela obbligatoria. La disciplina di cui all'art. 18, peraltro, è intervenuta in un impianto normativo fondato sull'applicazione generale a tutte le realtà lavorative con più di quindici dipendenti, più di cinque se si tratta di una impresa agricola.

Gli effetti di tale modifica sono stati oggetto di un serrato dibattito in dottrina, oltretutto nelle sedi politico-istituzionali, tra quanti ritengono che con tali modifiche si sia finalmente rimossa una peculiarità negativa del nostro Paese, per cui ogni licenziamento generava automaticamente una controversia giudiziale¹ e quanti, invece, sostengono che in tal modo si sono smantellate le protezioni di uno dei più classici dei diritti dello Stato sociale². Naturalmente, ma non è certo questa la sede per approfondire tali aspetti, il dibattito tra contrari e favorevoli riguarda tutti gli aspetti salienti della legge stessa.

Sul fronte politico-istituzionale la riforma della norma sui licenziamenti ha prodotto una situazione di contrapposizione frontale tra Sindacati e Governo che ha portato, per la prima volta nella storia dell'istituto referendario un Sindacato di categoria a farsi promotore del referendum stesso.

Dopo che il 23 marzo 2016 i quesiti referendari vennero pubblicati nella Gazzetta Ufficiale (la n. 69), il 9 aprile il sindacato iniziò la raccolta di firme (che, oltre ai tre quesiti riguarda anche un disegno di legge di iniziativa popolare a sostegno del diritto al lavoro); il 1 luglio furono depositate 1.100.000 firme per ognuno dei tre quesiti, infine il 10 dicembre l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di cassazione accertò la legittimità delle richieste, passando la palla per la parola "finale" alla Corte costituzionale.

Per quanto riguarda l'aspetto che qui interessa, il referendum sull'art. 18 è stato proposto nei confronti del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (recante "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*"), per la sua abrogazione totale, e nei confronti dell'art. 18 Legge 20 maggio 1970, n. 300 ("*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*"), per l'abrogazione parziale di frammenti dei commi 1, 4, 6, 7 e 8, e del comma 5 nella sua interezza, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 42, della Legge 28 giugno 2012, n. 92.

¹ Così ICHINO, *Licenziamenti: il crollo del contenzioso giudiziale*, in www.pietroichino.it.

² Così ultimamente ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. Jobs Act*, in www.costituzionalismo.it, 2015, I, *passim*, ed ivi ulteriore bibliografia.

Lo scopo dei promotori del referendum era, dunque, di rimuovere gli effetti incrementali delle riforme del 1992 e del 2015 con la conseguenza di tornare alla normativa che prevedeva il reintegro nel posto di lavoro in caso di licenziamento disciplinare giudicato illegittimo, estendendolo anche alle aziende sotto i 15 dipendenti, sino a 5 dipendenti. Nelle aziende con meno di 5 addetti, l'abrogazione richiesta avrebbe sortito l'effetto per cui il reintegro non sarebbe stato automatico, ma a discrezione del giudice. Inoltre, in caso di reintegro, sarebbe poi stato il lavoratore a scegliere tra rientro o risarcimento congruo.

Secondo i promotori tale richiesta si presentava chiara, omogenea e ancorata a una matrice razionalmente unitaria, in quanto il sì al quesito avrebbe lasciato in vigore, quale normativa di risulta, una disciplina precisa e rigorosamente unitaria, incentrata sulla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro per la generalità dei licenziamenti illegittimi, in tutti i casi in cui il datore di lavoro avesse occupato alle sue dipendenze più di cinque lavoratori. Nella medesima prospettiva si giustificava la richiesta di abrogazione parziale delle disposizioni dell'ottavo comma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, volta a rendere applicabile nei confronti di tutti i datori di lavoro (con più di cinque dipendenti) il regime di tutela reale nel caso di licenziamento illegittimo. Questa richiesta secondo i promotori, senza creare alcuna norma nuova o estranea alla trama del testo attuale dell'ottavo comma dell'art. 18, mirava all'abrogazione della clausola generale che, per l'applicazione del regime della reintegrazione, identifica la soglia dimensionale generale di "*più di quindici dipendenti*", lasciando in vigore, quale unica soglia dimensionale quella di "*più di cinque dipendenti*", prevista per l'impresa agricola.

Quest'ultimo punto è particolarmente rilevante (come dimostrerà successivamente la sentenza di inammissibilità della Corte) e dunque merita di essere ulteriormente specificato.

In sostanza, secondo i promotori, l'abrogazione parziale richiesta avrebbe rimosso limiti connessi per legge a una clausola considerata speciale solo per essere riferita a un novero più circoscritto di imprese (quelle agricole), ma dotata della medesima funzione di limite alla reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati, nel caso di organizzazioni imprenditoriali di minori dimensioni. In altri termini, in questa impostazione, la norma riferita a "cinque" non sarebbe una norma speciale, bensì la stessa norma generale diversamente declinata, in ragione della dimensione produttiva dell'azienda considerata.

Secondo altri, invece, il quesito referendario, oltre a non presentare il requisito dell'omogeneità e unitarietà, non aveva ad oggetto l'abrogazione di una norma, ma l'emanazione di una norma nuova scaturita all'ibridazione tra una parola del comma ottavo dell'articolo 18 (la parola “cinque” riferita nel testo originario al numero dei dipendenti delle imprese agricole cui l'articolo 18 si applica) e la norma che si applica alla generalità dei datori di lavoro non agricoli. In tal modo, secondo quest'altra prospettiva, non sarebbe stato soltanto abrogato un insieme di norme, ma ne sarebbe stata creata una nuova, prima inesistente. Conclusione che sarebbe stata confermata dal fatto che l'esito positivo del referendum avrebbe provocato l'estensione della norma del reintegro a “centinaia di migliaia di imprese e circa due milioni di rapporti di lavoro”³ e, avrebbe inoltre “interrotto bruscamente il processo, avviato quasi vent'anni fa con il c.d. ‘pacchetto Treu’, tendente a rendere il nostro Paese più attrattivo per gli imprenditori e gli investitori (...) rendendo il nostro mercato del lavoro più fluido”⁴.

2. *I “nodi” insiti nel referendum sull'art. 18 dal punto di vista del diritto “costituzionale” del lavoro*

È evidente a questo punto la reale dimensione della questione insita nel quesito sull'art. 18, sia dal punto di vista del diritto costituzionale (relativo alla sua classificazione tra i referendum c.d. propositivi, esclusi dal panorama degli istituti di democrazia diretta), sia dal punto di vista del diritto del lavoro (concernente l'ipotetico ritorno ad una tutela reale piena del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, rispetto ad uno sviluppo legislativo tendente, invece, al suo superamento).

Con riguardo a questo secondo aspetto non si può non sottolineare la valenza che l'art. 18, a torto o a ragione, ha assunto quale istituto cardine del diritto dei lavoratori: la tutela reale che esso introdusse nel nostro sistema (sostituendo la precedente norma civilistica che prevedeva unicamente il preavviso) ha acquistato “una rilevanza tecnico-giuridica, politico-sindacale e simbolica assolutamente centrale”⁵.

Una tutela autorevolmente considerata “peculiare”, sia nel contesto co-

³ ICHINO, *Referendum sul Jobs Act: un'arma impropria*, in www.pietroichino.it.

⁴ *Ibidem*.

⁵ CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2003, 1, p. 36.

munitario che in quello del diritto comparato⁶, al punto che la giurisprudenza ne ha concretamente delimitato i contorni fermandosi alla soglia dell'effettiva riammissione al lavoro, sostituendola con la corresponsione dello stipendio o del salario per l'impossibilità di costringere il datore di lavoro a riammettere il lavoratore prima licenziato⁷. Una normativa, dunque, che teoricamente “*ha dato all'Italia un primato per quanto attiene alla rigidità normativa in uscita*”⁸, ma che dal punto di vista pratico diveniva con sempre più evidenza giudiziaria una tutela obbligatoria di tipo risarcitorio. Come noto, poi, nel passaggio dagli anni Settanta agli anni Ottanta del secolo scorso a tale rigidità in uscita si è affiancata, secondo un fenomeno presto divenuto europeo, una flessibilità in entrata (contratti di formazione lavoro, di apprendistato, a termine, part-time, lavoro interinale...) che ha condotto economisti e giuristi a trovare soluzioni di equilibrio che si sono tradotte in una serie di proposte politiche, anche concernenti la rivisitazione dell'art. 18⁹.

Da quegli anni, in sostanza, il dibattito sull'art. 18 si ampliava, per un verso introducendo alcune eccezioni alla sua applicabilità, per altro verso mutando contesto e dirigendosi prevalentemente alla ricerca di tutele individuali e collettive minime a favore dei molti “non” coperti dallo Statuto dei lavoratori, e contrassegnati da una storia lavorativa composta di molti frammenti.

Ma è nel 2001 che si entra decisamente nel vivo sulle discussioni per la modifica dell'art. 18 con il primo disegno di legge governativo chiaramente finalizzato alla sua modifica (n. 848)¹⁰ che produce la prima vera spaccatura nel sindacalismo italiano, con la Cgil da una parte (che pone come pregiudiziale il ritiro di qualunque ipotesi di modifica dell'art. 18) e Cisl e Uil dall'altra (che, invece, continuano il dialogo con il Governo finalizzato alla

Sull'importanza di tale passaggio e più in generale sull'intera vicenda dei licenziamenti individuali e collettivi v., tra gli altri, GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2002, p. 353 e ss.; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995, p. 325 ss.; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2002, p. 143 ss.

⁶ CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18...*, cit., p. 37.

⁷ Sul punto e in generale sull'istituto della reintegra v., tra tutti, D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979.

⁸ CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18...*, cit., p. 38.

⁹ Su questo dibattito v., tra gli altri, BIAGI, *Le ragioni a favore di uno “statuto dei nuovi lavori”*, in *IS*, 1998, p. 41; TREU, *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale*, in *LD*, 1999, n.?, p. 191.

¹⁰ Su cui v. TREU, *Il Libro Bianco e la delega del Governo*, in *DRI*, 2002, n.?, p. 115.

riforma del mercato del lavoro). Spaccatura mai completamente ricucita che vede la sola Cgil sostenere una sorta di impossibilità di abrogare l'art. 18 dello Statuto, in quanto norma a contenuto costituzionalmente vincolato, la cui eventuale abrogazione si tradurrebbe in una lesione di principi costituzionali.

Come è stato dimostrato, in realtà, gli articoli 4 e 35 della Costituzione se impongono al legislatore di introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, lo lasciano libero di scegliere le forme di tutela: reale o obbligatoria con la conseguenza che “*nulla impedisce l'eventuale abrogazione referendaria dell'art. 18, cioè della tutela reale, perché il vuoto così lasciato, sarà riempito dalla vis espansiva della tutela obbligatoria*”¹¹.

Giuridicamente, dunque, la questione potrebbe trovare differenti soluzioni costituzionalmente compatibili, il che enfatizza, e non potrebbe essere diversamente, il ruolo di baluardo “politico” dell'art. 18 come è giusto che sia, in una dinamica di relazioni Governo-Sindacati che è tutta evidentemente segnata dalla “politica”. Ed infatti, mentre la dottrina è unanime sul fatto che occorrerebbe un intervento razionalizzatore sulla norma, si divide poi sulle soluzioni¹², a riprova di una politicità ineliminabile nella scelta tra tutela reale ed obbligatoria, resa evidente dal fatto che l'introduzione dello Statuto dei lavoratori, prima che introduzione di una normativa tecnicamente ben riuscita fu, in realtà, l'esito di una battaglia politica.

In ogni caso ciò che pare evidente è che la Costituzione non assegna un contenuto costituzionalmente vincolato alla normativa sul recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro, esclusa ovviamente l'inesistenza di una causa effettiva del recesso. In altri termini l'art. 18, così come formalizzato nello Statuto dei lavoratori, non ha un contenuto vincolato dagli articoli costituzionali sul lavoro, sebbene è indubbio che esso condensi “*le acquisizioni e la complessiva tradizione giuslavoristica italiana degli ultimi quarant'anni*”¹³.

¹¹ CARINCI, *Discutendo intorno all'art. 18...*, cit., p. 51, il quale giustamente aggiunge che il limite casomai è l'irragionevolezza delle scelte, almeno sulla base del costante indirizzo della nostra Corte.

¹² Nell'amplessima letteratura v. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiore*, Giuffrè, 1996, p. 1 ss.; AA.VV., *Il post referendum dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 2000, , p. 405 ss.; AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2000, n. 3, p. 283 ss.; LIEBMAN, *La disciplina del licenziamento*, in *DRI*, 2002, n. 3, p. 378 ss.; TREU, *Il diritto del lavoro in Italia: le novità del 2015*, 10 marzo 2016, in *www.astrid.it*.

¹³ F.ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. Jobs Act*, in *www.costituzionalismo.it.*, 2015, 1, *passim*.

Le argomentazioni che parte della dottrina vorrebbe portare verso la conclusione opposta, fondate sulla debolezza del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, pur indubbiamente fondate, paiono in realtà assai esili a sostegno di un contenuto costituzionalmente vincolato dell'art. 18, nella sua formulazione originaria¹⁴. Anche la giurisprudenza costituzionale sul punto è ferma: i referendum sull'art. 18 sono teoricamente ammissibili, il problema è, per la Corte, come vengono costruiti¹⁵.

3. *La giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità dei referendum "parziali" e/o "manipolativi" in materia di Statuto dei lavoratori: coerenza?*

L'unico punto certo che si trae dalla giurisprudenza costituzionale, dunque, è che la tutela reale predisposta dall'art. 18 non ha un contenuto costituzionalmente vincolato e, dunque, può essere abrogata, sia dal legislatore, sia con il referendum.

Molto meno lineare, invece è la giurisprudenza costituzionale sul "come" può essere abrogata tramite referendum tale garanzia.

Nonostante parte della dottrina veda una linearità nelle posizioni della Corte e soprattutto una coerenza tra l'ultima sentenza n. 26 del 2017 con la precedente giurisprudenza¹⁶, in realtà come ora si cercherà di dimostrare, tale coerenza è ben difficilmente rinvenibile.

La prima sentenza a venire in questione sul punto è la n. 27 del 1982. Qui la Corte dichiara inammissibile un'unica richiesta referendaria volta all'abrogazione di ben tre norme distinte della legge n. 300 del 1970. Non interessa entrare nel merito delle argomentazioni allora esposte dalla Corte se non per un punto specifico del Considerato in diritto (il n. 5). In esso la

¹⁴ In questo senso ANGELINI, *op. ult. cit.*

¹⁵ Con la sentenza n. 46 del 2000 la Corte prende chiaramente posizione sul punto: "è tuttavia da escludere che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali (artt. 4 e 35, *nda*), concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi".

¹⁶ Così MORRONE, *Oltre l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Non un quesito abrogativo, ma un referendum propositivo inammissibile*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 21 dicembre 2016 secondo cui una consolidata giurisprudenza costituzionale escluderebbe i referendum propositivi. Nello stesso senso TREU, *Note sul referendum sul Jobs Act*, in *www.astrid.it* secondo cui la tecnica manipolativa sarebbe sempre stata esclusa dalla Corte sin dalla sentenza n. 36 del 1997.

Corte si sente in dovere di giustificare l'inammissibilità appena dichiarata rispetto ad una ammissibilità precedente su tutt'altra materia (ordine pubblico) che, evidentemente, presentava le stesse caratteristiche. Sorprendentemente la Corte afferma che al di là dell'intenzione dei promotori del referendum e del modo in cui avevano proposto i quesiti (evidentemente non omogenei) essa aveva ritenuto poter intravedere in essi un *“comune intento di garanzia dell'ordine pubblico e della difesa della libertà democratica contro la delinquenza perseguita dalle leggi complessivamente sottoposte a referendum e della correlativa unitarietà delle proposte abrogative che le concernevano”*.

Le parole “comune intento” e “complessivamente” servono ad esprimere un concetto: al di là del modo in cui i quesiti vengono formulati, la loro disomogeneità originaria può essere sanata interpretativamente dalla Corte.

Ancora più significativa è la sentenza n. 65 del 1990 con cui la Corte dichiara l'ammissibilità di un referendum “parziale” di una disposizione dello Statuto dei lavoratori. I proponenti il referendum chiedevano di abrogare le parole “dell'art. 18” dall'art. 35 che così statuiva: *“Per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni dell'art. 18 del Titolo III, ad eccezione del primo comma dell'art. 27, della presente legge, si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di 15 dipendenti”*.

Il referendum è dichiarato ammissibile in quanto con l'abrogazione “parziale” i promotori intendono *“ampliare la tutela dei lavoratori nelle unità produttive indipendentemente dal numero dei relativi dipendenti”* (Considerato in diritto).

Dunque, l'esito del referendum (che poi fu positivo) avrebbe prodotto una norma “nuova” prima inesistente, poiché il legislatore aveva posto un limite numerico che il referendum annullava.

Di qui la conferma dell'esattezza delle conclusioni a cui parte della dottrina è giunta: non c'è nessuna differenza, né teorica, né pratica tra il referendum parziale e quello manipolativo, poiché entrambi possono produrre norme prima inesistenti, in caso di esito positivo¹⁷.

Per cui la successiva sentenza n. 46 del 2000, con cui si dichiarava ammissibile il referendum abrogativo dell'intero art. 18 (che poi non raggiunse il quorum) motivando la decisione con il fatto che l'esito del referendum sarebbe stato abrogativo e non manipolativo, si assestava su una poco com-

¹⁷ BIN, *Scivolando sempre più giù*, in www.robertobin.it, 2 marzo 2017.

prensibile e teoricamente discutibile assunzione rispetto agli effetti dell'abrogazione.

La sentenza n. 41 del 2003 segna un ulteriore *revirement* solo apparentemente poco comprensibile.

La richiesta referendaria riguardava l'estensione della tutela reale ai lavoratori di qualunque azienda, a prescindere dalla soglia dei dipendenti occupati, quindi anche con uno solo. La Corte, con la sentenza n. 41, la dichiara ammissibile. Un'estensione ben più ampia, dunque, di quella che si sarebbe verificata con l'ammissibilità del quesito proposto più recentemente dalla Cgil, e in un contesto politico non meno delicato di quello attuale, perché proprio in quel periodo il Senato stava discutendo il d.d.l. delega per la sospensione sperimentale per tre anni dell'articolo 18 nei confronti delle aziende che, assumendo, superassero i 15 dipendenti (la delega recepiva l'accordo raggiunto tra il Governo, Cisl e Uil, con il Patto per l'Italia).

La motivazione della Corte in proposito merita essere rammentata: "*Tra-
mite la soppressione delle disposizioni e delle parti di disposizioni indicate nell'espo-
sizione del fatto, il referendum abrogativo (...) è rivolto in primo luogo all'estensione
della garanzia reale contro i licenziamenti ingiustificati ai lavoratori che attualmente,
in conseguenza dei limiti numerici sopra ricordati, godono esclusivamente della garan-
zia obbligatoria. Questo obiettivo è perseguito, da un lato, attraverso l'eliminazione
dei limiti numerici che impediscono attualmente alla garanzia reale di operare in favore
dei lavoratori impiegati nelle piccole strutture produttive (...)*" (Considerato in di-
ritto n. 2.3).

Anche qui la Corte si sente in obbligo di giustificare una decisione chiaramente non coerente rispetto ai precedenti con l'affermazione secondo cui "*l'esistenza di una matrice razionalmente unitaria è comunque assicurata dall'obiettivo comune di estendere l'ambito di operatività della garanzia reale in settori nei quali essa attualmente non opera*" (Considerato in diritto n. 3.3.). Dove quel "comunque" non ha bisogno di ulteriori commenti.

Il referendum non raggiunse il quorum, ma quella sentenza è considerata un precedente importante. In quell'occasione la Corte ritenne che il quesito fosse "omogeneo" e che avesse una "*matrice razionalmente unitaria*" assicurata "*dall'obiettivo comune di estendere l'ambito di operatività della tutela reale in settori nei quali attualmente non opera*", proponendo "*al corpo elettorale un'alternativa netta tra il mantenimento dell'attuale disciplina, caratterizzata dalla coesistenza di due parallele forme di tutela, quella obbligatoria e quella reale, e l'estensione della seconda*".

4. *L'inevitabile (originaria) incoerenza della giurisprudenza costituzionale sui referendum propositivi come conseguenza della sent. n. 16 del 1978*

In realtà già dalla sentenza n. 16 del 1978 la Corte pose le premesse per l'ingresso di referendum manipolativi, nel momento in cui ammise la possibilità di abrogare anche solo frammenti di disposizioni.

Criticando la lacunosità della l. n. 352/70 la Corte evidenziò come l'art. 27 comma 1 della legge attuativa, “*pur prescrivendo l'indicazione dei termini del quesito che si intende sottoporre alla votazione popolare, si limita in sostanza a prevedere che la formula 'volete che sia abrogata' sia completata richiamando gli estremi della legge in discussione, citando il numero dell'articolo o degli articoli specificamente interessati, nonché trascrivendo i soli testi dei commi o dei frammenti eventualmente messi in gioco (ma non gli integrali disposti degli articoli stessi)*”.

In tal modo essa modificava l'oggetto dell'abrogazione parziale. Mentre nell'art. 27 l. n. 352/70 compare la dizione “*disposizioni di legge delle quali sia proposta l'abrogazione*”, da indicare nel quesito referendario, la sentenza si riferiva, invece, a “*frammenti eventualmente messi in gioco*”.

Tale posizione si esplicita definitivamente con la sentenza n. 47 del 1991 in cui la Corte chiamata a decidere della ammissibilità di quesiti referendari in materia elettorale, non solo parla di frammenti di legge ma addirittura considera doveroso farvi ricorso. Per la prima volta, peraltro, si introduceva la possibilità di concepire, ed ammettere, una fattispecie referendaria “*propositiva*”, laddove l'esito positivo del referendum avesse dato adito alla ricostruzione di una normativa di risulta.

Il punto della sentenza che marcava il passaggio era assolutamente inequivocabile: “*il sicuro permanere della normativa di risulta all'interno del sistema configurato dal legislatore, senza che se ne renda necessario un intervento per superare l'inevitabile paralisi del funzionamento dell'organo, contribuisce alla linearità ed inequivocità della scelta adottata dai promotori*” (Considerato in diritto n. 6).

Va solo rammentato che qui il referendum proposto era chiaramente propositivo almeno su una questione, e cioè quella delle preferenze, poiché i promotori proponevano un referendum che avrebbe prodotto l'abrogazione delle preferenze multiple, lasciandone sopravvivere solo una.

Anziché, dunque, proporre l'abrogazione di tutte le preferenze (effetto abrogativo totale) proponevano come normativa di risulta la permanenza di una sola preferenza, prefigurando in tal modo una norma prima inesistente. Tutto ciò al fine di rendere univoco e omogeneo il quesito. L'univocità e

l'omogeneità possono richiedere la manipolazione e dunque l'innovatività del referendum: *“Una volta riconosciuto (...) che con il ridurre le preferenze consentite da quattro ad una, i promotori perseguono l'intento, se non di evitare, almeno di ridurre le possibilità di brogli e pratiche elettorali non corrette collegati al dosaggio dei voti di preferenza, non si può, in pari tempo, disconoscere che, per favorire la realizzazione di tale intento, gli stessi promotori abbiano, nel segno della massima coerenza, perseguito anche l'abrogazione di tutto ciò che, altrimenti sopravvivendo nel contesto della normativa, rischierebbe in qualche modo di togliere chiarezza alla sola preferenza che sarebbe consentita nel caso di esito favorevole del referendum”*.

Nella sentenza n. 32 del 1993 la Corte ribadisce inequivocabilmente le posizioni espresse nel 1991 affermando che affinché leggi elettorali relative ad organi costituzionali o di rilevanza costituzionale possano essere assoggettati a referendum popolare, deve preliminarmente riscontrarsi la presenza di *“una duplice condizione, che i quesiti siano omogenei e riconducibili a una matrice razionalmente unitaria, e ne risulti una coerente normativa residua, immediatamente applicabile, in guisa da garantire, pur nell'eventualità di inerzia legislativa, la costante operatività dell'organo. Quando siano rispettate tali condizioni, è di per sé irrilevante il modo di formulazione del quesito, che può anche includere singole parole o singole frasi della legge prive di autonomo significato normativo (...)”*. La successiva sentenza n. 5 del 1995 (richiesta di abrogazione parziale di leggi recanti *“Norme per l'elezione della legge della Camera dei Deputati”*), richiamate nello specifico le condizioni necessarie affinché una legge elettorale possa essere oggetto di consultazione popolare, espresse nella precedente sent. 32/93, aggiunge che possono allora essere *“incluse anche porzioni del testo legislativo (frasi o parole) brevissime e prive di autonomo significato normativo, qualora ciò sia imposto dall'imprescindibile esigenza di chiarezza, univocità ed omogeneità del quesito medesimo, a sua volta dettata dalla necessità di garantire agli elettori l'espressione di un voto consapevole”*.

Certo si potrebbe obiettare che nel caso della legge elettorale non si può non avere una normativa di risulta applicabile in qualunque momento.

Argomento che prova troppo, evidentemente. Perché mai il Parlamento non dovrebbe intervenire a modificare la legge non contraddicendo l'esito del referendum? Perché il Presidente della Repubblica non potrebbe adoperarsi affinché il Parlamento intervenga? Perché, infine, le forze politiche non dovrebbero giungere ad una nuova legge elettorale, che peraltro è lo strumento principe per la raccolta del consenso?

La verità è che non vi è nessun motivo teorico veramente convincente

per non estendere a tutte le altre leggi ciò che la Corte afferma per le leggi elettorali. Occorrerebbe, infatti, “*una rigida coerenza applicativa: i referendum o non possono essere mai manipolativi o lo possono essere sempre*”¹⁸, o, meglio, occorrerebbe prendere atto che “*i referendum manipolativi sono, non solo ammissibili, ma assai spesso necessari – nel senso che il referendum può essere giudicato ammissibile solo se è manipolativo*”¹⁹. È infatti la richiesta di omogeneità a “*pretendere che l’oggetto della richiesta di abrogazione siano le disposizioni riconducibili ad un principio unitario – principio che, dunque, viene abrogato insieme alle disposizioni che lo incarnano*”²⁰.

5. *La sentenza n. 26 del 2017: ancora una pronuncia insoddisfacente che chiude la vicenda referendaria sull’art. 18 ma lascia aperti molti problemi sui giudizi di ammissibilità dei referendum manipolativi*

Per questi motivi la sentenza di inammissibilità del quesito referendario sull’art. 18 è insoddisfacente, ed anzi, contribuisce ad ingrossare le fila di quanti da tempo hanno manifestato insoddisfazione sulla struttura del giudizio di ammissibilità del referendum e correlativamente sull’assetto legislativo dell’istituto in generale²¹.

Con essa la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile il referendum proposto nei confronti del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (recante “*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”), per la sua abrogazione totale, e

¹⁸ CARAVITA, *Non disturbare il manovratore. Ideazione*, Marzo-Aprile, 1997, 1.

¹⁹ BIN, *Scivolando sempre più giù*, cit.

²⁰ *Ibidem*. Aspetto meno indagato in dottrina è quello relativo all’omogeneità del quesito nel referendum di cui all’art. 138 Cost. su cui v. STAIANO, *Una sola moltitudine. Il quesito referendario e il suo oggetto nella revisione in corso*, in *www.federalismi.it*, 2016, 4, *passim*.

²¹ Sulla problematica, anche in correlazione al ruolo giocato dalla Corte v. LUCIANI, *Omogeneità e manipolatività delle richieste di referendum abrogativo tra libertà del voto e rispetto del principio rappresentativo*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giuffrè, 1998, p. 75 ss.; MODUGNO, CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sentenza n. 16 del 1978*, in *GI*, 1997, IV, p. 98 ss.; MODUGNO, *Referendum abrogativo e decreto legge a confronto, oggi*, in *Rass. Parl.*, 1998, p. 70 ss.; F. SORRENTINO, *Referendum elettorali e omogeneità*, in *GC*, 1991, 2, p. 1535 ss.; BIN (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell’ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Utet, 1999; SALERNO, *Alcune considerazioni in tema di effetti consequenziali del referendum “di principio” in materia elettorale*, in *GI*, 1996, 4, p. 285 ss.

nei confronti dell'art. 18 legge 20 maggio 1970, n. 300 ("Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento"), per l'abrogazione parziale di porzioni dei commi 1, 4, 6, 7 e 8, e del comma 5 nella sua interezza, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 42, della legge 28 giugno 2012, n. 92.

L'inammissibilità del quesito è stata motivata da due ordini di ragioni. La prima è che esso si dimostrava "propositivo", in quanto tale in contrasto con la funzione abrogativa assegnata al referendum dall'art. 75 della Costituzione. La seconda perché esso mancava di univocità e di omogeneità.

Indubbiamente il quesito poneva almeno tre domande diverse: 1) "*volete voi abrogare la parte del Jobs Act relativa ai licenziamenti, applicabile agli assunti dal marzo 2015?*"; 2) "*per gli assunti prima del marzo 2015, volete voi abrogare le modifiche dell'articolo 18 contenute nella legge Fornero del 2012?*"; infine, 3) "*volete voi che il vecchio articolo 18, così ripristinato, si applichi a tutti i datori di lavoro che abbiano almeno sei dipendenti?*".

Rispetto, invece, al punto dell'innovatività del referendum, la motivazione della sentenza mostra tutte le contraddizioni già evidenziate con riguardo alla giurisprudenza precedente, dal momento che si limita (come se non esistessero precedenti in materia) a ribadire la differenza tra abrogazione parziale e manipolazione: "*Il quesito manipola il testo vigente dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 attraverso la tecnica del ritaglio (...). Questa tecnica, risolvendosi anch'essa in una abrogazione parziale della legge, non è di per sé causa di inammissibilità del quesito (ex plurimis), e anzi si rende a volte necessaria per consentire la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum (e , e ,). Altra cosa invece è la manipolazione della struttura linguistica della disposizione, ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. Ne discende che tale assetto, trovando un mero pretesto nel modo con cui certe norme sono state formulate sul piano lessicale, sarebbe da imputare direttamente alla volontà propositiva di creare diritto, manifestata dal corpo elettorale. In questo caso si realizzerebbe uno stravolgimento della natura e della funzione propria del referendum abrogativo*".

Ma il punto davvero sorprendente della motivazione è quello in cui la Corte sostiene che il quesito sarebbe stato ammissibile se "*avesse chiesto la integrale abrogazione del limite occupazionale, perché in questo caso si sarebbe mirato al superamento della scelta stessa del legislatore di subordinare la tutela reale ad un bilanciamento con valori altri, nell'ambito di un'operazione meramente demolitoria di una certa opzione legislativa (...)*".

Sorprende, infatti, che non ci sia sentiti in obbligo di confrontarsi con la contraria motivazione contenuta nella sentenza n. 47 del 1991 in cui la stessa Corte affermava: “*Proprio il fatto, da taluno contestato, che non sia stata resa oggetto della proposta referendaria l’eliminazione di tutte le preferenze, perseguendosi, invece, la riduzione di esse ad una soltanto, ne è valida conferma, siccome ascrivibile, prima ancora che a motivi di ordine tecnico (l’art. 59, secondo comma, prima di parlare di ‘tre’ o di ‘quattro’ preferenze, si riferisce all’elettore che ‘può manifestare la preferenza’, mentre l’art. 59, terzo comma, e l’art. 60, primo comma, proseguono parlando di ‘voto di preferenza’), al proposito di non incidere sulla legge al di là di ciò che è strettamente necessario, nel rispetto di una delle caratteristiche di fondo – quella, appunto, basata sulla possibilità per l’elettore di ‘manifestare la preferenza esclusivamente per candidati della lista da lui votata’ – del sistema elettorale in questione*”.

Indubbiamente la decisione della Corte è stata preceduta da un’attesa mediatica eccessiva, motivata sia dal fatto che il quesito fosse stato proposto (per la prima volta nella storia dei referendum) da un sindacato di categoria sia dalla correlazione che molti commentatori intravedevano tra eventuale esito positivo del referendum e sorte del Governo,

Altrettanto indubbiamente non è stata una sentenza “facile” come dimostra la vicenda del cambio di relatore della sentenza, motivata dall’essere il relatore (anzi la relatrice) inizialmente individuata, trovatasi successivamente in minoranza nella votazione finale.

In realtà si tratta di tutte concause che non debbono comunque far perdere di vista la vera questione: l’insoddisfacente esito della legislazione e della giurisprudenza costituzionale in materia di ammissibilità dei referendum manipolativi.

L’insoddisfazione rispetto a tali esiti è risalente e trova fondamento in ciò che autorevole dottrina espresse in maniera assai lineare all’inizio degli anni Novanta del secolo scorso: “*il referendum ha scardinato il tradizionale argomento normativista secondo cui l’abrogazione sia qualitativamente diversa dalla legislazione e che possa esservi atto abrogativo che non sia, nel medesimo tempo, atto di positiva legiferazione*”, concludendo che proprio perciò “*il momento è forse opportuno affinché la Corte si adoperi per tentare un nuovo innesto del referendum che è forse più appropriato al ruolo che spetta alla giustizia costituzionale nel presente momento storico: l’innesto nel sistema dei valori, affinché il referendum si attenga sempre al contenuto della volontà popolare (...)*²²”.

²² MEZZANOTTE, *Referendum e legislazione*, Relazione al Convegno AIC su Democrazia maggioritaria e referendum, Siena, 3-4 novembre 1993.

In conclusione, se non vi fosse stato l'altro motivo (fondato) di inammissibilità per mancanza di univocità del quesito, meglio avrebbe fatto la Corte a dichiarare ammissibile il referendum sull'art. 18, iniziando così a sottrarsi alle logiche dell'inevitabile politicità non solo di quel referendum, ma in generale dei referendum manipolativi, ricollocandoli nella loro sede opportuna: quella della volontà popolare.

sezione seconda

Referendum e iniziativa legislativa

Vincenzo Cocozza
Poteri del legislatore
e diritti dei referendari

Sommario: **1.** Lo spazio per una nuova disciplina legislativa in pendenza di richiesta referendaria. **2.** Il “metodo d'interpretazione”, fissato dall'Ufficio centrale per il referendum, per valutare un tale intervento del legislatore. **3.** Il referendum sulla responsabilità solidale in materia di appalti e la sentenza n. 27/2017. **4.** La “finalità autenticamente abrogativa” del referendum sui *voucher* nella sentenza n. 28/2017.

1. Lo spazio per una nuova disciplina legislativa in pendenza di richiesta referendaria

Ho utilizzato, nel titolo, una espressione che si rinviene nella pronuncia dell'Ufficio centrale per il referendum relativamente alla tornata referendaria sulle Centrali per la produzione di energia nucleare, in quanto, a mio avviso, riassuntiva, con efficacia, delle tematiche racchiuse nel possibile intervento del legislatore, dopo che vi sia stata una richiesta di referendum abrogativo.

Essa coglie un dato insuperabile di sistema. Il referendum abrogativo è contropotere legislativo e l'esito di abrogazione incide sull'atto politico-legge in maniera proporzionale al contenuto di essa, come espressione di un certo indirizzo politico. Di qui il variabile interesse da parte del Parlamento ad evitare la ricaduta, in termini politici, di una pronuncia referendaria favorevole all'abrogazione. Tale variabilità può esprimersi in una accettazione di quello che sarà il voto del corpo elettorale, salvo, poi, intervenire successivamente con leggi che incidono, in tutto o in parte, sulla materia all'esito della consultazione. Ovvero in un tentativo di impedire lo svolgimento del referendum. In questa seconda ipotesi si misura anche l'interesse a tentare, co-

munque, di conservare una disciplina della materia (seppure cambiandola) o anticipare il referendum con una legge meramente abrogativa.

Non vi è alcun dubbio che le situazioni in concreto verificabili sono molteplici e che la tentazione per il legislatore che rimanga una disciplina in qualche maniera ad esso gradita, con interventi solo apparentemente abrogativi, è inevitabile.

Si coglie tutto il problema che ha rinvenuto soluzioni normative, opportunamente corrette da interventi giurisprudenziali.

Il ruolo della Corte Costituzionale e della Cassazione è divenuto, così, centrale per fissare i punti ai quali si deve ancorare la garanzia dei diritti dei referendari, pur senza sottrarre al legislatore quel margine di intervento che può consentire, indubbiamente, un risultato auspicabile di sistema, di evitare un vuoto di disciplina, che un intervento di mera abrogazione comporta.

Sono, pertanto, le decisioni del Giudice delle leggi e di quello della regolarità-legittimità referendaria, in uno con le argomentazioni utilizzate, ad offrire il quadro di tenuta per cogliere gli spazi di un eventuale intervento legislativo nella attuale vicenda dei referendum abrogativi nei confronti dei c.d. *voucher* e della regolamentazione delle tutele dei lavoratori negli appalti. Operazione complessa dal momento che, per pervenire a soddisfacenti esiti ricostruttivi, si devono applicare categorie di giudizio, comunque duttili, e cogliere tratti caratterizzanti di non sempre agevole identificazione.

Come è noto, il legislatore del 1970, tra le tante insufficienze della disciplina in tema referendum contenuta nella legge n. 352, aveva contemplato un art. 39 del tutto allineato alla propria esigenza di contrastare la richiesta del referendum, strutturato in modo da vanificare i diritti dei referendari.

Quando la Corte Costituzionale interviene nel 1978 con la sentenza n. 68, attraverso un accoglimento parziale in funzione additiva, viene ripristinato un certo equilibrio fra poteri (Parlamento e Comitato dei promotori) e fra potere e diritti, assumendo come fondamento, per la decisione, la necessità del rispetto pieno della sovranità popolare.

Come si ricorderà, in quella decisione la Corte Costituzionale ha fissato molti punti meritevoli di essere attentamente considerati.

Innanzitutto, che non può essere condiviso l'assunto secondo il quale la legislazione ordinaria rimanga paralizzata o limitata nel corso del procedimento referendario, in quanto la funzione legislativa, ai sensi dell'art. 70 Cost., è potenzialmente inesauribile e non vi è alcuna eccezione al principio di continuità della funzione e del potere legislativo. D'altro canto, può ben

ritenersi che vi sia l'esigenza di corrispondere a nuovi bisogni o problemi con adeguata normazione.

Nel contempo, però, occorre valutare quale è stata l'intenzione del legislatore con il nuovo intervento. Se essa (intenzione) è rimasta confermativa della precedente scelta, pur con la introduzione della nuova regola legislativa, non è concepibile il blocco della richiesta referendaria perchè, a tal punto, la sovranità del popolo sarebbe mera apparenza.

Va, a tal riguardo, sottolineato che il Giudice delle leggi ha distinto fra la richiesta abrogativa coinvolgente nella sua interezza una legge o atto equiparato alla legge o un organico insieme di disposizioni, altrimenti individuate dal legislatore, e quella che invece coinvolge disposizioni specifiche.

Nel primo caso, la Corte Costituzionale ha stabilito che la valutazione non possa essere soltanto quella di verificare le affinità o le divergenze fra le singole previsioni della precedente e della nuova legislazione. Occorre indagare operando un raffronto fra i principi ai quali sono collegate, nel loro complesso, l'una o l'altra disciplina; con la conseguenza che, se vi è stato un nuovo proporsi dei principi stessi, vi può essere il blocco delle relative operazioni referendarie. Questo seppure residuo, nella nuova disciplina dell'intera materia, contenuti normativi che già vi erano nell'ordinamento precedente. Nel contempo la modificazione di singole previsioni legislative può determinare l'interruzione del procedimento nella parte concernente le previsioni medesime, laddove si verifica che i principi informatori di tali previsioni non siano più quelli della complessiva disciplina originaria.

Nel secondo caso, invece, la Corte Costituzionale ha ritenuto decisivo il confronto fra i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti e non rivelano i principi dell'intera disciplina nella quale essi sono inseriti. Conclusione basata sulla circostanza che, in tal caso, i promotori ed i sottoscrittori delle richieste di referendum non intendevano ottenere l'abrogazione di tutto il complesso regolativo considerato nella sua ragione d'intervento.

Sono queste caratteristiche d'impianto della sentenza costituzionale ad incidere sull'atteggiamento assunto dall'Ufficio centrale per il referendum, che valorizza quale contenuto essenziale, da valutare nella nuova disciplina, che accompagna l'abrogazione della precedente, quanto la Corte Costituzionale ha individuato nella necessità di modificare i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente e i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti.

2. *Il “metodo d’interpretazione”, fissato dall’Ufficio centrale per il referendum, per valutare un tale intervento del legislatore*

Tali due elementi, caratterizzanti la decisione e la struttura argomentativa del Giudice costituzionale costituiscono, in tal maniera, per l’Ufficio centrale, un metodo dell’interpretazione. Esso impone che si debba cogliere, nel testo, la lettera delle disposizioni, la struttura ordinante ed i principi informativi. Questi ultimi sono, infatti, essenziali per individuare il complesso assetto regolativo, gli obiettivi e la portata cogente.

Una analisi, dunque, completa che deve in qualche modo operare un confronto fra intenzione dei referendari e intenzione del legislatore quando interviene a procedura referendaria aperta. Solo la diversità, nei termini rappresentati, può essere alla base di un’abrogazione reale che, come tale, impedisce lo svolgimento delle operazioni referendarie.

Emerge, in tal modo, il fine abrogativo quale indicato dalla Corte Costituzionale nel giudizio di ammissibilità.

Una applicazione molto chiara di questo meccanismo di giudizio si può, così, riscontrare nella pronuncia dell’Ufficio centrale del 3 giugno 2011, riferita alle disposizioni legislative concernenti la localizzazione e costruzione di nuove centrali nel territorio nazionale italiano per la produzione di energia nucleare.

Il quesito referendario viene, infatti, inciso dal decreto legge 21 marzo 2011, n. 34, convertito nella legge 26 maggio 2011, n. 75, che, recando una nuova normativa nel settore, abrogava espressamente le norme interessate dalla richiesta di referendum.

In quella occasione l’Ufficio centrale ha individuato il fine abrogativo, desumibile dalla sentenza della Corte Costituzionale 29 gennaio 2011, n. 28 che si è pronunciata sull’ammissibilità di quella richiesta referendaria. Ha analizzato le singole nuove disposizioni dal punto di vista letterale. Ha tratto, dalla valutazione congiunta delle norme, i principi alla stregua dei quali ha conseguito la conclusione che era necessario trasferire il referendum sulla nuova disciplina, riformulando il quesito.

Si considerino i seguenti passaggi sul reale intento di impedire la realizzazione e la gestione di tali centrali, mediante l’abrogazione di tutte le norme che rendono possibile qualsiasi effetto progettuale, realizzativo e gestionale che riguardi le centrali nucleari.

“Questa disciplina della sospensione è in realtà regolativa di un rinvio

(non di una abrogazione o eliminazione della scelta nucleare) libero da qualsiasi vincolo temporale e rimette la ripresa del nucleare, secondo quanto si afferma nel successivo art. 5 co. 8 d.l. 31 marzo 2011, n. 34, come novellato da art. 1, co. 1, l. 26 maggio 2011, n. 75, ad un provvedimento adottabile dal Consiglio dei Ministri entro il termine di dodici mesi. L'espressione entro dodici mesi è spazio di tempo che non a caso ripropone il tempo di moratoria contemplato dal decreto legge modificato, rivelando con ciò una costanza di intenti energetici nuclearisti e di tempi di loro realizzazione tra normative abrogate e normative abroganti/sostitutive”.

“Le direttrici economiciste riferite alla competitività e al mercato, la riduzione della sostenibilità ambientale unicamente focalizzata sulla riduzione della emissione di gas ad effetto serra evidentemente legata alle centrali termiche a combustione tradizionale (si legge nell'art. 5 co. 8 più volte richiamato il miglioramento della competitività del sistema energetico nazionale e lo sviluppo delle infrastrutture nella prospettiva del mercato interno europeo..., la sostenibilità ambientale nella produzione e negli usi dell'energia, anche ai fini della riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, la valorizzazione e lo sviluppo di filiere industriali nazionali) evidenziano la reiterazione di una opzione legislativa nuclearista incompatibile con gli obiettivi del referendum indetto”.

3. *Il referendum sulla responsabilità solidale in materia di appalti e la sentenza n. 27/2017*

Sono, dunque, complessi e strutturati gli elementi alla stregua dei quali va effettuata una indagine sul possibile spazio concesso al legislatore. Se questo vale in termini di ricostruzione generale, forse ancor di più si mostra per quanto attiene alle pronunce di ammissibilità che hanno interessato le richieste di referendum sulla responsabilità solidale (sentenza n. 27/2017) e sui c.d. *voucher* (sentenza n. 28/2017).

Osservando, in particolare, questi referendum si tratta, allora, di indagare i tratti caratterizzanti la disciplina, evidenziandone gli elementi rilevanti alla stregua delle indicate conclusioni del Giudice della regolarità, e quanto emerge, sulla finalità, dalle sentenze della Corte Costituzionale.

Sul primo punto, vi è un elemento che accomuna le due discipline, e cioè, la profonda trasformazione che hanno subito nel tempo.

Per l'una, si ricorda che la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30), limitatamente alle parole "Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti" e alle parole "Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori". E che la richiesta è stata dichiarata legittima, con ordinanza del 9 dicembre 2016, dall'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, che ha attribuito al quesito il seguente titolo: "abrogazione disposizioni limitative della responsabilità solidale in materia di appalti".

Ebbene, l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, nella sua attuale formulazione – frutto di numerosi interventi di modifica, tra cui quello dettato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), disciplina il regime di tutela della complessiva posizione giuridica dei lavoratori impiegati in appalti di opere o di servizi.

In particolare, il comma 2, interessato dalla richiesta di abrogazione referendaria, reca la disciplina della responsabilità solidale di committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori (ma rispetto a questi ultimi soltanto nel limite, decadenziale, di due anni dalla cessazione dell'appalto) per i crediti retributivi, previdenziali e assicurativi dei lavoratori impiegati in appalti di opere o di servizi.

Sulla base di tale comma 2, la responsabilità solidale è del committente imprenditore o datore di lavoro, con esclusione, quindi, delle ipotesi in cui il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale (come disposto dal successivo comma 3-ter).

Come stabilito dall'art. 9, comma 1, del decreto-legge 28 giugno 2013,

n. 76, recante “Primi interventi urgenti per la promozione dell’occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti”, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99 – il comma 2 dell’art. 29 non è applicabile in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

L’art. 9 (d.l. n. 76 del 2013) ha esteso il regime della solidarietà anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo.

Il comma 2 dell’art. 29 detta, poi, la disciplina processuale della solidarietà, per le obbligazioni anzidette, di committente e appaltatore, i quali devono essere convenuti “unitamente” in giudizio, con la facoltà del committente di eccepire, nella prima difesa, il *beneficium excussionis* in relazione al patrimonio dell’appaltatore (o degli eventuali subappaltatori). Verificata la tempestività dell’eccezione, il giudice accerta la responsabilità di tutti gli obbligati, ma il lavoratore non potrà agire in *executivis* contro il committente prima di aver escusso infruttuosamente il patrimonio dell’appaltatore (e degli eventuali subappaltatori).

Volendo operare seguendo quanto ha concluso l’Ufficio centrale, sulla base delle argomentazioni consegnate dal Giudice delle leggi, occorre prestare attenzione al succedersi di queste norme e a quanto si ricava dalla pronuncia di ammissibilità.

Nella sentenza n. 27, riferita alla responsabilità solidale, la Corte precisa “In altri termini, l’ablazione riguarda la deroga al regime di responsabilità solidale consentita alla contrattazione collettiva nazionale e la articolata disciplina processuale dell’azione esperibile dal lavoratore; mentre, ciò che rimane in vita, secondo il quesito, è la disciplina sostanziale della responsabilità solidale negli appalti, comprensiva degli obblighi tributari e dell’azione di regresso del committente. Sicché, l’elettore è chiaramente posto nell’alternativa di mantenere ferma l’attuale disciplina del comma 2 dell’art. 29, ovvero depurarla, seccamente, dei profili anzidetti, per lasciare intatta soltanto la disciplina sostanziale sulla responsabilità solidale di committente (imprenditore o datore di lavoro) e appaltatore e eventuali subappaltatori, ristabilendo, sostanzialmente, il testo della norma come scritto dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, recante “Di-

sposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)”, poi rimodulato dai successivi interventi novellatori”.

Sulla base di questa osservazione congiunta, vanno ricavati gli spazi di un eventuale intervento del legislatore. A tal fine non può essere sottaciuto che in questa decisione la Corte Costituzionale non adopera il concetto che sarà poi utilizzato, come si vedrà, nella coeva sentenza n. 28, di una finalità referendaria “autenticamente abrogativa”.

4. *La “finalità autenticamente abrogativa” del referendum sui voucher nella sentenza n. 28/2017*

Per l'altra disciplina, e cioè quella relativa ai c.d. *voucher*, va osservato che essi sono stati previsti per disciplinare l'istituto del “lavoro accessorio”, introdotto nell'ordinamento dagli artt. da 70 a 73 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30).

In particolare, l'art. 70, comma 1, del citato d.lgs. n. 276 del 2003 definiva le prestazioni occasionali di tipo accessorio, come “attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito: a) dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa l'assistenza domiciliare a bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap; b) dell'insegnamento privato supplementare; c) dei piccoli lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; d) della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; e) della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà”.

Il comma 2 dello stesso art. 70 disponeva poi che la durata di tali attività lavorative non dovesse superare trenta giorni nel corso dell'anno solare e comunque dar luogo nello stesso anno a compensi superiori a 3 mila euro, sempre nel corso di un anno solare.

A sua volta l'art. 71 stabiliva le caratteristiche soggettive dei prestatori di lavoro accessorio, individuandoli: nei disoccupati da oltre un anno, nelle casalinghe, studenti e pensionati, nei disabili e soggetti in comunità di recu-

pero, nei lavoratori extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

L'art. 72 introduceva innovative modalità di pagamento, prevedendo un carnet di buoni per prestazioni di lavoro accessorio del valore nominale di 7,50 euro, con un onere contributivo a fini previdenziali pari a 1 euro da versare alla Gestione separata Inps di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), e di 0,50 euro all'Inail per fini assicurativi contro gli infortuni sul lavoro. La disposizione prevedeva l'esenzione fiscale del compenso corrisposto al lavoratore e la sua non incidenza sullo stato di disoccupato o inoccupato del lavoratore medesimo.

Infine, l'art. 73 del medesimo d.lgs. n. 276 del 2003 dettava disposizioni in tema di coordinamento informativo ai fini previdenziali, prevedendo modalità per la verifica dell'andamento delle prestazioni di carattere previdenziale e delle relative entrate contributive, "conseguenti allo sviluppo delle attività di lavoro accessorio".

In buona sostanza una significativa virata rispetto all'idea originaria si mostra con la legge n. 92 del 2012 quando viene escluso qualsiasi vincolo di natura soggettiva ed oggettiva all'applicazione dello strumento perchè, di fatto, viene a modificarsi l'idea di lavoro accessorio.

Tenendo conto di questo quadro regolativo, si possono osservare alcuni passaggi della sentenza n. 28/2017.

Innanzitutto il Giudice dell'ammissibilità ricorda l'intervento conformativo del quesito referendario ad opera dell'Ufficio centrale. Viene segnalato che, nella sede della verifica sulla legittimità-regolarità, è emerso che nelle more della procedura referendaria una parte della normativa oggetto di referendum è stata modificata (art. 49, co. 3, del d. lgs. 15 febbraio 2015, n. 81 modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b), del d. lgs. 24 settembre 2015, n. 185) e, pertanto, che vi poteva essere un problema di permanenza dell'interesse a continuare nel procedimento. Interesse che è stato, così, confermato dai promotori, giacché l'appena richiamato intervento modificativo è stato ritenuto limitato a modalità applicative dell'istituto, senza incidere sulla sostanza dello stesso. Per tale ragione il quesito referendario ha subito una integrazione attraverso il riferimento espresso in esso alla modifica apportata dal d. lgs. 185/2015. Ed è risultata chiara, già in tale sede, che la volontà dei promotori, ribadita innanzi alla Corte Costituzionale, è quella di abrogare l'intera disciplina.

L'Ufficio centrale ha, poi, ritenuto di dover inserire nel quesito il termine *voucher* per individuare in maniera più chiara l'oggetto dell'abrogazione.

Non può essere del tutto trascurato, poi, che la difesa della legge innanzi alla Corte Costituzionale aveva sostenuto la tesi dell'inammissibilità del referendum invocando il carattere di norma costituzionalmente necessaria relativamente a tale disciplina. Eccezione, invero, opinabile in quanto il carattere di disciplina costituzionalmente necessaria va ancorata a quella che è indispensabile per attuare un precetto costituzionale che rimarrebbe, diversamente, privo di base applicativa. E questo elemento non sembra ricorrere nel caso di specie, ma il rilievo merita approfondimento giacché il Giudice costituzionale non lo ha analizzato, e ciò contribuisce a rendere il quadro ancora più complesso.

Il succedersi della disciplina, così articolata e distribuita nel tempo nelle sue implementazioni e diversità, si riflette nel quesito e dà modo alla Corte Costituzionale di indicare l'intenzione dei referendari nel differente proporsi e modularsi.

Nella sentenza n. 28, riferita ai *voucher*, la Corte utilizza, così, come anticipato, un'espressione diversa, " ... essendo l'intento referendario quello di abrogare nella sua interezza l'attuale disciplina del "lavoro accessorio. Il quesito, difatti, ha una finalità autenticamente abrogativa, così da comportare, in caso di esito positivo della consultazione, l'eliminazione dall'ordinamento della disciplina in esame".

Alla stregua di tutto quanto emerso, si mostra la notevole articolazione problematica dei temi sui quali riflettere per una osservazione mirata ed approfondita tesa a valutare gli spazi consentiti al legislatore in un equilibrato rapporto tra decisione parlamentare e volontà referendaria.

Antonello Zoppoli

L'eloquente (ancorché circoscritta) vicenda referendaria su responsabilità negli appalti e lavoro accessorio*

Sommario: **1.** Due quesiti: non mere comparse. **2.** Il fuorviante mantra economico e quindici anni di interventi legislativi. **3.** La responsabilità solidale negli appalti e il ruolo derogatorio della contrattazione collettiva: vecchi e nuovi problemi. **4.** *Segue:* le contraddittorie regole processuali sul *beneficium excussionis*. **5.** Il lavoro accessorio: il singolare percorso normativo e fattuale. **6.** *Segue:* il dibattito sulla necessaria riforma. **7.** Lavoro occasionale e subordinazione nella nuova disciplina: un cruciale nodo non superato. **8.** *Segue:* l'ennesima controproducente scorciatoia.

1. *Due quesiti: non mere comparse*

Questo scritto si occupa, con finalità essenzialmente introduttive dei contributi che seguono nel volume, dei referendum ammessi dalle pronunce della Corte costituzionale n. 27 e n. 28 del 27 gennaio 2017, concernenti – rispettivamente – alcuni profili della responsabilità solidale (retributivo-contributiva) negli appalti e il cd. lavoro accessorio, nel linguaggio comune più spesso denominato “voucher”.

Neanche questi due referendum, come quello sulla disciplina dei licenziamenti, hanno avuto (è noto) svolgimento, giacché il d.l. 17 marzo 2017 n. 25, conv. in l. 20 aprile 2017 n. 49, ha abrogato le norme oggetto dei quesiti. Nondimeno, entrambe le iniziative referendarie non sembravano da sottovalutare all'indomani delle suddette pronunce della Consulta e non sembra lo siano ora.

* Lo scritto trae origine dall'introduzione al convegno “Il diritto del lavoro alla prova dei referendum”, svoltosi il 3 marzo 2017 nell'Università di Napoli Federico II.

La sentenza 26 gennaio 2017 n. 26 della Corte costituzionale, dichiarando inammissibili i quesiti sulla disciplina dei licenziamenti – chi scrive, sia detto qui per inciso, è tra coloro che non hanno condiviso la decisione –, aveva indubbiamente privato la scena del suo interprete principale, di certo in possesso dei requisiti per occuparne il centro. Tuttavia, le richieste ammesse, dal tenore piano e compatto, non potevano essere relegate al ruolo di mere comparse¹. Più d'uno, e tutti di respiro, sono i motivi che le rendevano di sicuro interesse, per non dire comunque emblematiche. Del resto, la vicenda referendaria, nonostante la grave perdita del quesito sul licenziamento, ha continuato a mantenere alte attenzione e tensione un po' in tutti i contesti: a cominciare dall'agone politico-sociale, dove il significato assunto soprattutto dalla questione “voucher” ha condotto, prima, al citato d.l. n. 25/2017 e, poi, all'art. 54-bis del d.l. 24 aprile 2017 n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017 n. 96, che ha introdotto una nuova disciplina del lavoro occasionale. Questo risalto – è appena il caso di osservarlo – riflette alcuni problematici nodi giuridici, nient'affatto marginali.

2. *Il fuorviante mantra economico e quindici anni di interventi legislativi*

Alla stessa stregua del licenziamento, entrambe le richieste ammesse dalla Consulta riguardavano ambiti e tendenze portanti dell'evoluzione della nostra materia degli ultimi decenni. Non la flessibilità “in uscita”, come il cruciale e generale regime del licenziamento, ma pur sempre: 1) la flessibilità organizzativa, di cui la responsabilità in caso di appalto rappresenta un profilo (sicuramente da tempo familiare ai giuslavoristi ma altrettanto sicuramente) di indiscutibile importanza nei processi di decentramento ed esternalizzazione organizzativa sempre più diffusi e caratterizzanti modelli e concezioni di impresa; 2) la flessibilità delle forme d'impiego, che, nel lavoro accessorio, trova un'espressione specifica ma dalle implicazioni negli ultimi anni decisamente crescenti, di numero e di rilievo.

Questi due piani prospettici forniscono all'osservatore una serie di elementi di riflessione.

In linea generale va anzitutto detto che i quesiti in parola attenevano a

¹ Nello stesso senso, TREU, *La Corte costituzionale e i referendum sull'articolo 18, i voucher e la responsabilità negli appalti*, in *DRI*, 2017, p. 561.

norme cui si è giunti dopo molteplici interventi legislativi spalmati nell'arco di quasi tre lustri, talvolta anche molto ravvicinati e ripetuti, lungo un percorso di cui si fa fatica, invero, a trovare un filo conduttore diverso da quello riconducibile, in estrema sintesi, al *mantra economico* dell'epoca in cui viviamo. Con la conseguenza di un'inevitabile lettura parziale dei fenomeni da regolare, inadeguata per la loro complessità e sovente foriera di soluzioni tecniche quanto meno fragili quando non del tutto affrettate, sì da arrivare a produrre finanche scenari assai diversi da quelli immaginati: come, con ogni probabilità, è avvenuto in modo esemplare con il lavoro accessorio. Il che, inevitabilmente, emerge pure nei ragionamenti della Consulta.

Ma andiamo per ordine.

3. *La responsabilità solidale negli appalti e il ruolo derogatorio della contrattazione collettiva: vecchi e nuovi problemi*

Cominciamo con le norme in materia di appalto.

Il quesito referendario riguardava sia la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla regola della solidarietà tra committente, appaltatore ed eventuale subappaltatore, sia il particolare regime processuale dell'azione esperibile dal lavoratore, incentrato sul beneficio di escussione a favore del committente (quindi i periodi 2, 3 e 4 dell'art. 29, c. 2, del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276)².

Il ruolo derogatorio della contrattazione collettiva – come probabilmente si ricorderà – fu una novità della cd. riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92). Una disposizione simile, per la verità, fu già introdotta, nell'art. 29, dall'art. 6, c. 1, del decreto correttivo 6 ottobre 2004 n. 251, ma poi il legislatore ci ripensò due anni dopo, cancellandola con l'art. 1, c. 911, della l. 27 dicembre 2006 n. 296. La riforma Fornero l'aveva ripresa, inserendovi anche la possibilità di un controllo sulla “regolarità complessiva degli appalti”, mutuata dalle esperienze anglosassoni e nella stessa logica dell'essenziazione dalla responsabilità solidale del committente nei confronti dell'erario di cui all'art. 33 del cd. decreto Bersani (art. 35 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 e successive modifiche). Il referendum si proponeva nuovamente di eliminarla, ed ha raggiunto l'obiettivo.

² Da ora, per comodità espositive, art. 29. Il d. lgs. n. 276/2003 dava seguito alla legge delega 14 febbraio 2003 n. 30.

La formulazione dell'art. 29 evidentemente rendeva possibile una deroga bidirezionale, quindi anche *in peius* per i lavoratori, attraverso la riduzione/eliminazione della responsabilità solidale in parola (non foss'altro perché, altrimenti, l'espressa previsione dell'intervento della contrattazione sarebbe risultata pleonastica); con il limite invalicabile – è bene sottolinearlo – segnato dal diritto civile, precisamente dall'art. 1676 cod. civ. Una tecnica di flessibilizzazione delle regole, quella del rinvio alla contrattazione collettiva, non certo nuova e senza dubbio emblematica della difficoltà di trovare soddisfacenti punti di equilibrio tra gli interessi in gioco³. Eppure una tecnica, da sempre, non priva di problemi in generale e, nel caso di specie, accompagnata da ulteriori specifiche perplessità.

Infatti, alle ben note carenze strutturali del nostro sistema sindacale, più evidenti là dove il legislatore a esso si appoggia per delicate funzioni proprie di una fonte del diritto (peraltro negli ultimi tempi sensibilmente accentuatesi a causa dell'indebolimento del cd. sistema sindacale di fatto)⁴, la disposizione in parola aggiungeva dubbi in merito alla necessità o meno della correlazione deroga-controllo sulla “regolarità complessiva degli appalti”; o al contenuto di “metodi e procedure” finalizzati a tale controllo; o, ancora, all'individuazione della contrattazione collettiva competente, questione peculiare per lo schema trilaterale della vicenda.

Non a caso taluni, da subito, espressero scetticismo in merito tanto alla capacità della contrattazione collettiva di svolgere il compito in questione quanto all'effettiva tenuta di eventuali accordi⁵. Scetticismo confermato dalla deludente esperienza applicativa⁶.

Sicché, non ci si può meravigliare più di tanto che sia stato proprio il sindacato a chiedere la soppressione dell'investitura a favore della contratta-

³ Sul punto cfr., per tutti, CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 178.

⁴ Al riguardo cfr. ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?* Editoriale Scientifica, 2014, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici sull'ampissimo dibattito sviluppatosi negli anni.

⁵ Cfr. TOSI, *Appalti di opere o di servizi e solidarietà*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di) *Commentario alla Riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*, in DPL, 2012, suppl. al n. 33, p. 164.

⁶ Come rileva BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, relazione alle Giornate di studio AIDLASS, *Frammentazione organizzative e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto, in www.aidlass.it, p. 13.

zione; né che, prima della pronuncia della Corte costituzionale, sia stata presentata una proposta di legge dove il tutto si riduceva alla facoltà, per la contrattazione, di introdurre clausole contrattuali più favorevoli per i lavoratori (oltre alla sostituzione della famosa preposizione selettiva dei legittimati alla stipulazione “da” con “dalle”)⁷.

V'è da dire che, secondo alcuni, l'abrogazione dei suddetti periodi dell'art. 29 non priva la contrattazione collettiva della possibilità di intervenire in materia, giacché – si osserva – del “regime della solidarietà negli appalti” potrebbe sempre occuparsi il contratto “di prossimità” (art. 8, c. 2, lett. c, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148)⁸. La considerazione, con ogni evidenza, amplia sensibilmente i confini della riflessione, chiamando in ballo una figura di contratto collettivo dagli innumerevoli ben noti problemi. Qui può essere sufficiente notare che pure l'art. 8, per una pluralità di ragioni, ha trovato quanto meno scarsa applicazione⁹, come dimostrano anche gli specifici rinvii alla contrattazione collettiva *tout court*, e di qualsiasi livello, rinvenibili nella successiva legislazione (la mente corre all'eloquente art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81). Se davvero l'art. 8 costituisse una strada percorribile, avremmo superato buona parte dei problemi sollevati dalle disposizioni abrogate: ossia la necessità, più che l'esigenza, di una duttile e solida (tanto sociale quanto giuridica) tecnica normativa di bilanciamento degli interessi coinvolti. Poiché così non è, l'abrogazione in parola, eliminando un elemento di flessibilità della disciplina degli appalti mal concepito nei suoi diversi risvolti, ci riporta dinanzi, una volta di più, a siffatta generale e cruciale carenza del nostro ordinamento.

4. Segue: le contraddittorie regole processuali sul beneficium excussionis

L'altro profilo concernente la responsabilità in caso di appalti oggetto del quesito referendario riguardava – come dicevo – il particolare regime

⁷ A.C. n. 4211, 10 gennaio 2017, primo firmatario Cesare Damiano.

⁸ Cfr., anche per una ricostruzione del dibattito in tutti i suoi sviluppi, BASENGHI, *op. cit.*, p. 15 ss.; GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di studio AIDLASS, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Cassino, 18-19 maggio 2017, dattiloscritto, in www.aidlass.it, p. 30.

⁹ Da ultimo, GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda. Dal sostegno sindacale al contratto derogatorio*, Cedam, 2017, p. 84.

processuale dell'azione del lavoratore in relazione al beneficiario, a favore del committente, di discussione del patrimonio dell'appaltatore e del subappaltatore.

Anche questa parte della norma è stata scritta dal legislatore nel giugno 2012, con la l. n. 92, tornando a breve distanza di tempo sui suoi passi, segnatamente per rivedere le modifiche apportate all'art. 29 dall'art. 21 del d.l. 9 settembre 2012 n. 5, come modificato dalla l. di conv. 4 aprile 2012 n. 35. Modifiche – evidentemente sensibili alle esigenze di esternalizzazione – volte ad alleggerire la posizione di responsabilità solidale del committente per i debiti retributivo-contributivi dell'appaltatore nei confronti del lavoratore, con l'introduzione appunto del *beneficium excussionis*, ma, paradossalmente, foriere dell'opposto effetto: la posizione del committente risultava in realtà aggravata nell'ipotesi in cui egli fosse stato convenuto in giudizio da solo a causa dell'onere, in capo allo stesso committente, di indicare i beni dell'appaltatore su cui il lavoratore avrebbe potuto soddisfare la sua pretesa creditoria.

Così, la l. n. 92/2012 ha introdotto un litisconsorzio necessario, in virtù del quale il lavoratore, per avvalersi del regime di solidarietà, era tenuto a chiamare in giudizio il committente unitamente all'appaltatore e agli eventuali subappaltatori. Con la speculare conseguenza, però, di appesantire la posizione del lavoratore, in contrasto con la finalità intrinseca del regime di solidarietà (rafforzare la posizione del creditore) e non a caso – si badi anche qui – derogando al principio di cui all'art. 1292 c.c. in materia di obbligazioni solidali: giacché il lavoratore finiva per essere, ad un tempo, privato della possibilità di scegliere il debitore economicamente più solido ed oberato di maggiori oneri e rischi processuali (con un giudizio da instaurare nei confronti di più soggetti e con una procedura esecutiva che comunque non consentiva un'azione coattiva immediata e diretta nei confronti del committente)¹⁰. L'intrinseca contraddizione della norma – anch'essa elo-

¹⁰ Sull'argomento, v., tra i tanti, ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in PERSIANI, LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, 2013, p. 123; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013, p. 130; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *DRL*, 2012, p. 997; IZZI, *La responsabilità solidale nell'appalto: una tutela in declino*, in questa rivista, 2013, p. 652; MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in CINELLI, FERRARO, MAZZIOTTI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 720; PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della*

quente sul piano della tecnica normativa – spiega l’iniziativa referendaria e, quindi, la successiva cancellazione. Soluzione, del resto, già rinvenibile nella citata proposta di legge Damiano.

Anche da questo punto di vista, però, si avverte la “rigidità” dell’ap-prodo: che porta indietro nel tempo l’orologio, lasciando insoddisfatta la domanda di una qualche tutela del committente nei confronti dell’appaltatore.

5. *Il lavoro accessorio: il singolare percorso normativo e fattuale*

Passiamo al lavoro accessorio – sul quale si è senza dubbio posata la maggiore attenzione dei media – regolato dagli artt. 48, 49 e 50 del d.lgs. n. 81/2015, oggetto del quesito referendario ma abrogati dal menzionato d.l. n. 25/2017.

Tutti conosciamo gli sviluppi e le sorti del lavoro accessorio. I giornali, nei mesi precedenti il d. l. n. 25/2017, quasi settimanalmente hanno riportano dati su quello che, effettivamente, è sembrato un vero e proprio boom dei “voucher”. Non sempre, per la verità, i dati sono risultati concordanti. Ma c’è poco da dire: gli ordini di grandezza erano tali da rendere il fenomeno indiscutibile. Giusto per avere un’idea, è sufficiente richiamare numeri ben noti: siamo passati dai 500mila voucher venduti nel 2008, primo anno in cui i voucher sono stati effettivamente utilizzabili, agli oltre 40 milioni tra il 2008 e il 2012, per arrivare ai 115 milioni nel 2015 e ai 134 milioni nel 2016 (peraltro con circa 39 milioni di voucher tra il 2008 e il 2015 non utilizzati dai committenti e sui quali ben poco si è indagato)¹¹. Negli ultimi mesi del 2016 si è registrata una flessione, benché a gennaio 2017 ci sia stato di nuovo un leggero aumento (circa 500mila voucher in più, sì da toccare i 9 milioni nel mese). La ragione della flessione sta evidentemente nella “tracciabilità” regolata dall’art. 1 del d.lgs. 24 settembre 2016 n. 185. Comunque, si è rimasti su numeri molto alti; e la tracciabilità è stata importante ma non ha risolto tutti i problemi sul tappeto.

legge 28 giugno 2012, n. 92, Cacucci, 2013, p. 811; SCARPELLI, Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo, in BROLO (a cura di), Il mercato del lavoro, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, Cedam, 2012, vol. VI, p. 1441; TOSI, op. cit., p. 162.

¹¹ Per questi dati v. la premessa alla proposta di legge A.C. n. 4214, 11 gennaio 2017, primo firmatario Airaudo; ICHINO, *La storia surreale del voucher che toglie dignità al lavoro*, pubblicato in *lavoce.info* il 17 marzo 2017; VALENTE, *Lavoro accessorio*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 119; ZILLI, *L’inclusione sociale attraverso i voucher per prestazioni di lavoro accessorio*, in BROLO, CESTER, MENGHINI, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 98.

Andando al nocciolo della questione, è chiaro che il lavoro accessorio, negli anni, ha cambiato caratteristiche.

Si rammenterà che esso fu introdotto dal d.lgs. n. 276/2003, con riferimento, per l'esattezza, a “rapporti di natura meramente occasionale e accessoria” (art. 70, c. 2) per compiti di cura e servizi alla persona e alla comunità, sulla falsariga della cartolarizzazione dell'obbligazione retributivo-contributiva prevista in alcune esperienze straniere (Francia e Belgio).

Quelle esperienze, in realtà, presentano un *provider*, un'agenzia addetta a organizzare domanda e offerta di lavoro. Il legislatore italiano, invece, traspone la fattispecie in una relazione bilaterale, ne ha cambiato in radice l'impostazione¹².

L'ha però introdotta comunque con numerosi e diversi limiti, circoscrivendola: a determinate attività, come accennato¹³; a prestatori di lavoro appartenenti a categorie ccdd. svantaggiate¹⁴; con un tetto temporale (30 gg. all'anno) ed economico (non più di 3000 euro annuali)¹⁵.

Ebbene, come noto, questi limiti, negli anni, sono stati tutti cancellati. Anche l'“occasionalità” dell'attività lavorativa, peraltro discutibile in alcune ipotesi, ha perso ben presto rilievo. E come ha sottolineato pure la Consulta nella pronuncia di ammissibilità del referendum, “l'evoluzione dell'istituto, nel trascendere i caratteri di occasionalità dell'esigenza lavorativa cui era originariamente chiamato ad assolvere, lo ha reso alternativo a tipologie regolate da altri istituti giuslavoristici e quindi non necessario”. La Corte ha eloquentemente notato, in particolare, come il riferimento all'occasionalità non si rinvenga nella rubrica del Capo IV del d.lgs. n. 81/2015 (mentre invece era presente nella rubrica del Capo II del d.lgs. n. 276/2003).

Per farla breve – salvo i limiti per il settore agricolo¹⁶, dove i voucher hanno avuto particolare utilizzazione –, l'“accessorietà” (termine non più

¹² Come osserva PINTO, *La riforma (mancata) del lavoro accessorio*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve al riforma “Jobs Act”*, Cedam, 2016, p. 681.

¹³ Piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compreso assistenza domiciliare a bambini anziani, persone ammalate o con handicap; insegnamento privato supplementare; piccoli lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; collaborazioni con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza o di solidarietà (art. 70 c. 1, d.lgs. n. 276/2003)

¹⁴ Disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti e pensionati, disabili, soggetti in comunità di recupero, lavoratori extracomunitari (art. 71 d.lgs. n. 276/2003).

¹⁵ V. l'art. 70, c. 2, d.lgs. n. 276/2003.

¹⁶ Cfr. l'art. 45, c. 3, d.lgs. n. 81/2015.

felice di “occasionalità” ma nel tempo preferito dal legislatore) ha finito per esaurirsi nelle soglie economiche previste per i compensi annui dei lavoratori (7000 euro e comunque non più di 2000 euro per committente; 3000 euro per i percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito).

Sicché c'è poco da stupirsi dinanzi ai numeri prima menzionati, nel loro sviluppo con ogni evidenza tutt'altro che trascurabili. Piuttosto vanno fatte alcune riflessioni, nei limiti qui consentiti, sul significato di questo sviluppo.

6. Segue: il dibattito sulla necessaria riforma

Invero, non mancano voci, anche sulla scorta di presunte esperienze di altri paesi (i cc.dd. *mini-job* in Germania), inclini a tessere le lodi dei voucher, sottolineandone, da un lato, la ridotta incidenza sui più generali *trend* occupazionali (non oltre l'1,6-7% della platea degli occupati), dall'altro l'utilità a combattere il lavoro nero, comunque in qualche misura arginato¹⁷. Del resto, il mondo imprenditoriale in generale, per intuibili ragioni, non ha di certo visto di buon occhio la loro eliminazione.

Al di là di accostamenti ad altre esperienze, francamente affrettati per diversità inerenti sia ai contesti (mercati del lavoro e relative tutele) sia ai rapporti di lavoro (natura pacificamente subordinata dei *mini job*)¹⁸, mi pare però che il consenso sulla necessità di rivedere la disciplina del lavoro accessorio fosse ormai molto diffuso. Matura infatti era diventata la consapevolezza quanto meno del forte rischio di una sua utilizzazione patologica: ossia non, secondo gli intendimenti originari, per soddisfare – e far emergere dal sommerso – una domanda di lavoro temporalmente circoscritta o comunque ben connotata, per lo più in senso sociale; bensì anzitutto per sostituire “normale” lavoro, verosimilmente *subordinato*, anche (se non soprattutto) a favore di imprese. Dunque, un nuovo forte canale di “precarizzazione” del lavoro: assai semplice da acquisire e gestire in quanto soggetto a soli limiti economici, pure facilmente aggirabili, sì da “imporre” in seguito la tracciabilità.

¹⁷ V., eloquentemente, DE NICOLA, *Meglio l'odiato voucher che il lavoro nero*, in *la Repubblica*, 29 dicembre 2016.

¹⁸ Cfr. in proposito, da ultimo, ZILLI, *op. cit.*, p. 109.

Certo, non vi erano opinioni convergenti sulle modalità dell'intervento, ma impostazioni piuttosto differenti e variegata, incentrate su limiti temporali (orari o mensili), di organico o anche (e ancora) solo economici. A un certo punto sembrava prevalesse l'idea di una sorta di ritorno alle origini – all'impianto del d.lgs. n. 276/2003 per intenderci – con una fattispecie di lavoro contraddistinta da limiti di carattere oggettivo, soggettivo, temporale ed economico¹⁹. Tuttavia, dopo il d.l. n. 25/2017, di abrogazione delle norme oggetto del referendum – lasciate in piedi in via transitoria sino a dicembre 2017²⁰ –, il legislatore è nuovamente intervenuto, in sede di conversione del d.l. n. 50/2017, nel quale, con la l. n. 96/2017, ha inserito l'art. 54-*bis*, che, nei suoi 21 commi, contiene un'articolata e inedita “disciplina delle prestazioni occasionali”.

7. *Lavoro occasionale e subordinazione nella nuova disciplina: un cruciale nodo non superato*

La nuova disciplina introdotta dal citato art. 54-*bis* presenta un impianto ben diverso rispetto alla precedente, con più di una novità. La prima è la distinzione, prevista dal c. 6, tra: a) il “ricorso a prestazioni occasionali mediante il Libretto Famiglia” (di cui al c. 10) per le persone fisiche; b) l'ipotesi esplicitamente denominata “contratto di prestazione occasionale” (di cui al c. 13) per altri “utilizzatori” – tra i quali le imprese²¹ – con non più di 5 dipendenti a tempo indeterminato: rilevante delimitazione, sconosciuta alla normativa precedente, che circoscrive sensibilmente l'ambito interessato dalla fattispecie. Scompare quindi il termine accessorio e torna centrale l'aggettivo “occasionale”, riferito alla “prestazione di lavoro” e di nuovo presente già nella rubrica della norma. Tuttavia, esso continua a essere identificato, in modo esplicito e approssimativo, con limiti di carattere economico (così, per entrambe le suddette ipotesi, il c. 1), benché siano state introdotte: a) per il ricorso al Libretto Famiglia e per le pubbliche amministrazioni, nuovamente

¹⁹ In questa direzione andava il testo elaborato dal Comitato ristretto della XI Commissione della Camera, del 14 marzo 2017: sostanzialmente un tentativo di armonizzazione delle diverse proposte di legge presentate negli anni precedenti (ad esclusione di quelle più radicali).

²⁰ Per la precisione, sino al dicembre 2017 sono utilizzabili i “buoni (...) richiesti alla data di entrata in vigore” dello stesso decreto (così il suo art. 1, c. 2).

²¹ V. però il c. 14; per le amministrazioni pubbliche, invece, lo specifico c. 7.

precisi limiti oggettivi (cfr. rispettivamente i commi 7 e 10); b) in generale per le prestazioni occasionali – nel c. 13 qualificate anche “saltuarie” – di cui al “contratto”, la specificazione “di ridotta entità”: formulazione non felice e di dubbia anche minima consistenza normativa considerando la disciplina in cui si inserisce, a cominciare dai menzionati limiti economici²².

Non è qui possibile né opportuno addentrarsi in queste e nella altre novità introdotte dall'art. 54-*bis*²³. Può essere invece utile riprendere, in termini consoni a queste pagine, una questione di fondo del problema in esame – probabilmente la principale – che, nonostante le innovazioni, neppure il recente intervento legislativo risolve.

L'obiettivo sotteso al referendum era l'abrogazione della disciplina del d.lgs. n. 81/2015 sul lavoro accessorio, nella prospettiva di un successivo espresso inquadramento del lavoro “occasionale” all'interno della subordinazione, con la tendenziale applicazione di tutte le relative tutele. Obiettivo di sicuro non celato dal soggetto promotore, la Cgil, che peraltro l'ha espresso a chiare lettere nella sua “Carta dei diritti universali del lavoro”, di recente elaborata²⁴. In qualche misura, pure “oggettivato” nello sviluppo della vicenda referendaria, se si considera già l'attenzione posta dalla stessa Corte costituzionale sul problema dell'inquadramento del lavoro accessorio: là dove – si ricorderà – la Consulta sottolinea come esso abbia finito per sovrapporsi ad altre fattispecie in cui è dedotta una relazione di lavoro, con chiara allusione anche, se non soprattutto, alla subordinazione.

Non c'è bisogno di rammentare che della questione si è discusso in dot-

²² Vi ravvisa invece una “indicazione qualitativa non puramente teorica ma anche qui concretamente condizionante, attraverso la possibile verifica in sede contenziosa, il corretto utilizzo dell'istituto” l'ordinanza della Cassazione 29 novembre 2017 (p. 25). Con questa pronuncia – di cui il passaggio appena riportato appare eloquente: v. *amplius* la nota 28 – la Cassazione ha rigettato la richiesta di riesame dell'ordinanza del 27 aprile 2017 (presentata dalla Cgil dopo l'introduzione dell'art. 54-*bis* nel d.l. n. 50/2017) con la quale la stessa Cassazione aveva dichiarato di non doversi procedere alla consultazione referendaria per abrogazione delle norme oggetto del quesito: la Cassazione ha rigettato la richiesta (peraltro inedita) argomentando, in estrema sintesi, dalla riscrittura in senso restrittivo del lavoro occasionale ad opera dell'art. 54-*bis*.

²³ Tra le quali degno qui di menzione è il limite previsto “per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori”, di “compensi di importo complessivamente non superiore a 5000 euro” all'anno (art. 54-*bis*, c. 1, lett. b); novità però dall'incerto profilo sanzionatorio in quanto non contemplata tra le infrazioni per le quali il c. 20 prevede la trasformazione in “rapporto a tempo pieno e indeterminato”.

²⁴ La Carta contiene una regolamentazione del “lavoro subordinato occasionale” (artt. 80, 81 e 97, c. 1, lett. c): vedila in *RGL*, 2017, I, p. 235.

trina sin dalle origini della fattispecie, ossia in relazione all'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003. Nel costante silenzio legislativo, sulla natura del rapporto si sono registrate le più disparate opinioni della dottrina, a fronte di scarsi apporti della giurisprudenza: non solo con oscillazioni tra autonomia e subordinazione, giacché taluno si è spinto sino a ritenere la questione “inutile”²⁵.

La nuova disciplina ha delimitato l'ambito “soggettivo” di applicazione del lavoro occasionale, ma, per questo ambito, non ha sostanzialmente mutato l'impianto della precedente: per nessuna delle due ipotesi contemplate dice alcunché circa la qualificazione del rapporto o le modalità di svolgimento della prestazione.

Rispetto alla precedente disciplina, l'art. 54-*bis* contiene, in verità, alcune previsioni da cui l'interprete potrebbe trarre, indirettamente, elementi utili per risolvere la questione, ma si tratta di previsioni ambigue: da un lato, si prevedono regole estranee alla subordinazione (iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 26, c. 2, l. 8 agosto 1995 n. 355 ai fini dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti) e l'applicazione solo di *alcune* delle tutele proprie del lavoro subordinato (inducendo ad escluderne la configurazione, con il suo più ampio statuto protettivo)²⁶; dall'altro lato, si introducono elementi che indirizzano nella direzione opposta: l'applicazione di quelle medesime tutele (riposi giornalieri e settimanali, pause); la conferma della rilevanza della dimensione temporale (per l'esattezza, oraria) della pre-

²⁵ Sul dibattito cfr., tra gli autori più recenti, MARCHI, *La qualificazione del lavoro accessorio “non più occasionale”* (nota a Trib. Milano, 26 maggio 2016, n. 429), in *RIDL*, 2017, II, p. 95 ss.; CARINCI M.T., “*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma di rapporto di lavoro?*” *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *RGL*, 2016, I, p. 338; OCCHINO, *Il lavoro accessorio (artt. 48-50, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Giappichelli, 2016, p. 234 ss.; PINTO, *op. cit.*, p. 675 ss.; BALLETTI, *Il lavoro accessorio*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-Book series 2015, p. 302 ss.; TULLINI, *Il lavoro accessorio*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2015, p. 246. C'è stato anche chi ha negato la natura contrattuale del rapporto – BELLOCCHI, *Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei “lavori”*, in BELLOCCHI, LUNARDON, SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro, Titoli VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IV, p. 124 ss. – ma, per la verità, una simile conclusione richiede adeguati elementi normativi a supporto, mai invece rinvenibili.

²⁶ V. i commi 2 e 3.

stazione di lavoro, con la definizione di un tetto massimo annuale concepito in termini di ore (280)²⁷; la trasformazione “in rapporto a tempo pieno e indeterminato”, prevista dal c. 20 per i casi dallo stesso contemplati, dove l'accento appunto è posto sul tempo pieno (oltre che indeterminato) e non sulla trasformazione della natura del rapporto (in merito a cui il legislatore nulla dice), sì da indurre a propendere, appunto, per il carattere subordinato *ab origine*.

Dinanzi a un simile quadro, sembra proprio che la questione sia ancora attuale: qual è la natura del lavoro occasionale? Le sue tutele possono andare oltre quelle indicate dal legislatore?

Bene, se – come pare – la prima domanda continua a non trovare convincente risposta, mentre alla seconda si risponde in senso negativo – in ragione evidentemente della lettera della norma –, gli interrogativi e le perplessità del passato non sono affatto superati. La nuova delimitazione dell'ambito degli utilizzatori evidentemente circoscrive il problema ma non lo risolve. Piuttosto, altri dubbi si sono aggiunti ai vecchi.

Anzitutto è sorto il dubbio che, dinanzi alle evidenziate ambiguità, la mancata celebrazione del referendum abbia integrato la violazione di una prerogativa costituzionale, negata ai cittadini²⁸.

L'interprete, in effetti, non potrà prescindere, oggi come ieri, da due considerazioni. In primo luogo, l'impostazione legislativa continua ad avere tutta l'aria di voler aggirare quello che, nel nostro attuale impianto ordinamentale, è il nodo di fondo, teorico-sistematico e pratico, di ogni discussione su equilibri e discipline delle relazioni di lavoro: per l'appunto la qualificazione del rapporto, con tutto quanto ne deriva in termini di regole e tutele

²⁷ V. il comma 20.

²⁸ La Cassazione, con ordinanza del 29 novembre 2017, si è espressa in senso negativo, come già detto in nota 22. Riprendendo quanto in tale nota accennato, l'impressione, invero, è che la Corte, dinanzi alla riproposizione del lavoro occasionale da parte del legislatore, piuttosto che riportare la questione al centro anzitutto del dibattito politico riaprendo la vicenda referendaria, abbia preferito utilizzare gli spazi interpretativi, anche i più dubbi, per circoscrivere la possibilità di utilizzare la fattispecie. Pur comprendendone le ragioni, v'è da pensare che questi sviluppi, da un lato, non gioveranno alla chiarezza e all'adeguatezza delle soluzioni offerte dall'ordinamento, con conseguenze facilmente intuibili; dall'altro, finiranno anch'essi per contribuire ad allontanare quelli che, come si sta per dire nel testo, appaiono i veri e più generali nodi problematici della questione. Per due opinioni di segno opposto sul mancato svolgimento del referendum cfr. gli interventi di SCARPELLI e ICHINO in *Newsletter* Pietro Ichino n. 439 del 5 giugno 2017, in www.pietroichino.it.

per il lavoratore, già in termini di legittimità costituzionale della relativa disciplina. In secondo luogo, il persistente silenzio normativo, sulla natura come sulle caratteristiche discrete del rapporto di lavoro occasionale, e la speculare attenzione ad altri risvolti – oggettivi, soggettivi, economici, temporali – non modificano assetti consolidati: non si sovrappongono né alla dicotomia autonomia-subordinazione, entro cui ogni attività di lavoro è da inquadrare²⁹, né alla priorità del piano fattuale per quanto concerne le modalità della prestazione svolta, determinanti ai fini qualificatori; non si sovrappongono perché si tratta di assetti del rapporto di lavoro fondamentali, in quanto di carattere strutturale e decisivi dal punto di vista sistematico-assiologico, che appare francamente superficiale e irragionevole pensare di accantonare dirottando l'attenzione su altri risvolti comunque secondari. Di conseguenza, questi risvolti non potranno certo escludere la subordinazione del lavoratore occasionale là dove essa in concreto sussista; anzi, la verosimile difficile condizione socio-economica di chi presta lavoro occasionale invita a essere assai attenti a questa eventualità, eloquentemente definita la “trappola del voucher” per chi ha bisogno di lavorare³⁰.

Partendo da tali considerazioni, i suindicati ambigui nuovi dati normativi, da un lato (norme a favore della subordinazione) spingono a pensare che in realtà pure il legislatore muova dalla natura subordinata del rapporto, dall'altro (norme selettive delle tutele applicabili) creano ulteriori interrogativi. Se il lavoratore occasionale per ragioni formali e sostanziali appare “subordinato”, perché privarlo dello statuto protettivo della subordinazione a prescindere da un motivo ragionevole posto che tale non può essere il limite temporale della prestazione (nel caso di specie anche di estensione non ridotta: 280 ore annue, ossia in ipotesi pure 7 settimane consecutive a orario pieno)? Non sarebbe stato preferibile essere chiari sulla natura del rapporto e individuare al contempo, secondo ragionevolezza, soluzioni normative espresse per questa o quella specifica esigenza correlata al carattere “occasionale” del lavoro, a cominciare dalla riduzione dei “costi di transazione”

²⁹ Non è qui necessario né possibile ampliare il discorso alla cd. “eterorganizzazione” (art. 2, d.lgs. n. 81/2015), che non muta l'impostazione del problema, giacché al più amplia la porta d'ingresso alla subordinazione: al riguardo, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a ZOPPOLI A., *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in questa rivista, 2016, p. 33, cui *adde* CIUCCIOVINO, *Le “collaborazioni organizzate dal committente” nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, p. 321.

³⁰ Così, incisivamente, ZILLI, *op. cit.*, p. 110.

relativi all'instaurazione del medesimo rapporto? E ancora, mutando prospettiva, se la subordinazione va invece rilevata in concreto, l'interprete, una volta appuratane l'esistenza, potrà egli stesso procedere a un'estensione delle tutele o dovrà porre la questione di legittimità costituzionale?

Anche limitandosi a queste domande, mi pare che le ragioni per non ritenere superato il nodo di fondo, teorico e pratico, della natura del lavoro occasionale, con tutto ciò che ne consegue sul problematico piano delle relative tutele, siano evidenti.

Peraltro, l'esclusione delle imprese con più di cinque dipendenti dall'ambito dei possibili utilizzatori ha scontentato anche chi – a mio avviso in modo miope – avrebbe potuto accogliere con favore la nuova disciplina.

8. Segue: l'ennesima controproducente scorciatoia

Sicché, la vicenda “voucher” ci riporta, inevitabilmente e ancora una volta, a riflettere sulle tendenze della nostra legislazione, purtroppo non più solo recente.

Non abbiamo “celebrato” i referendum, ma c'era da sperare, se non da augurarsi, che la vicenda referendaria fosse compresa in tutta la sua portata, senza farsi distrarre da presunte e riduttive concrete urgenze.

Andando al cuore del problema, le norme abrogate fanno parte del *Jobs Act*, un ampio intervento normativo diretto a ridefinire equilibri e regole delle relazioni di lavoro: uno dei suoi principali snodi, se non il principale, è – come si sa – la netta riduzione delle tutele in materia di licenziamento al fine di rafforzare il contratto a tempo indeterminato e, di conseguenza, combattere disoccupazione e precarietà a favore del lavoro di qualità. Su questa discutibilissima e assai discussa impostazione³¹, anche la ridotta visuale dei voucher ha mostrato decisamente altro. E non si tratta di minime o mar-

³¹ Al riguardo, in questa sede, ci si può limitare a sottolineare: per un verso, quanto verificatosi dal 2015 in poi, ossia l'andamento decrescente, al progressivo ridursi dei relativi sgravi contributivi, dell'incremento dei contratti a tempo indeterminato e il parallelo aumento dei contratti a termine (cfr., per una sintesi dei dati Inps sull'occupazione aggiornati al luglio 2017, *Il Sole 24 Ore*, 1 settembre 2017, p. 3; per il trimestre agosto-ottobre 2017 v. invece le rilevazioni Istat in www.istat.it); per altro verso, la centralità, nelle attuali politiche del lavoro del Governo in carica, di nuovi sgravi contributivi per le assunzioni a tempo indeterminato, sia pure a carattere circoscritto: v. art. 1, commi 50 ss. del d.d.l. “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020”, A.C. 4768.

ginali indicazioni, bensì di indicazioni significative, estese al piano tanto fenomenico quanto giuridico. Sul primo, i voucher, a dispetto del contratto a tutele crescenti, hanno dato vita all'ennesima fuga dalla subordinazione. Sul secondo, le tecniche normative utilizzate, puntualmente, ci rammentano come la delicatissima e cruciale questione della differenziazione e graduazione delle tutele (se si preferisce, dell'indisponibilità del tipo) vada affrontata con soluzioni il più possibile meditate, consapevoli e lineari sul piano sia politico-sociale sia giuridico; per il lavoro occasionale non è stato così, né ieri né oggi: l'art. 54-*bis* ne costituisce l'ultima, ma non minore, deludente riprova, quale ennesima pericolosa scorciatoia, foriera di incertezze e ambiguità, su cui, con ogni probabilità, occorrerà, in un modo o nell'altro, presto ritornare.

Vien da chiedersi quanto ancora ci sia da attendere perché nell'agenda politico-legislativa ritrovi spazio un'adeguata riflessione su tecniche e finalità normative nelle relazioni di lavoro, individuali e collettive: che, accantonato il *mantra* economico neoliberista (non certo le ragioni dell'economia), rispolveri anzitutto il *confronto* a tutto tondo; ovvero la logica *discorsiva*, componente costitutiva del diritto del lavoro perché irrinunciabile se si intende davvero fornire soluzioni il più possibile equilibrate, e quindi solide, ai problemi intrinsecamente complessi dell'attuale mondo della produzione.

Eppure, quelli esaminati in queste pagine sono stati i primi referendum abrogativi promossi dal sindacato; per l'esattezza, da uno dei sindacati protagonisti della storia del nostro diritto del lavoro.

Fulvio Pastore

Referendum abrogativi in tema di lavoro e attività del legislatore.

I confini di una legislazione “preventiva”*

Sommario: **1.** Premessa: controllo di legittimità ed effetto bloccante del referendum. **2.** Il referendum come strumento di partecipazione politica piuttosto che atto legislativo vero e proprio. **3.** I referendum abrogativi in tema di lavoro dichiarati ammissibili nel 2017, concernenti voucher e responsabilità negli appalti. I confini della discrezionalità rimessa al legislatore nella approvazione di una legislazione “preventiva”. **4.** Note conclusive sulla legittimità del ricorso alla decretazione d’urgenza per bloccare i referendum.

1. *Premessa: controllo di legittimità ed effetto bloccante del referendum*

L’art. 39 della legge n. 352 del 1970, prevede che il *referendum* abrogativo non abbia più luogo se, prima del suo concreto svolgimento, “la legge o l’atto con forza di legge o le singole disposizioni di essi, cui il *referendum* si riferisce, siano stati abrogati”.

Su che cosa debba intendersi per abrogazione, secondo la citata disposizione, si è pronunciata inequivocabilmente la Corte costituzionale, con l’ordinanza n. 44 del 1978, dove si rileva, tra l’altro, che l’art. 39 “*non distingue (...) tra le diverse ipotesi di abrogazione previste dall’art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale*”.

Ne deriva che il procedimento referendario deve essere interrotto sia in caso di abrogazione espressa della normativa oggetto del quesito, sia in

* Il presente articolo costituisce una rielaborazione aggiornata della relazione al convegno su “*Il diritto del lavoro alla prova dei referendum*”, Università degli studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, Aula Pessina, Napoli, venerdì 3 marzo 2017, sessione pomeridiana.

caso di abrogazione tacita della stessa, sia in caso di intervento di una nuova disciplina della materia.

Il compito di bloccare la consultazione referendaria nell'ipotesi esaminata viene affidato dallo stesso articolo 39 della legge n. 352 del 1970 all'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione¹.

L'ordinamento, infatti, prevede due tipi di controllo sul *referendum*: un controllo di ammissibilità, affidato alla Corte costituzionale dalla legge costituzionale n. 1 del 1953, che viene svolto sulla base di parametri costituiti da norme di rango costituzionale; un controllo di legittimità, affidato all'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, che viene svolto sulla base di parametri costituiti da norme di rango legislativo².

Tuttavia, al fine di evitare che il legislatore possa eludere il *referendum* con una modifica solo formale, o comunque minimale, delle disposizioni legislative oggetto del quesito, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 68 del 1978, utilizzando la tecnica dispositiva della pronunzia additiva di garanzia, ha dichiarato: “*l'illegittimità costituzionale dell'art. 39 della legge 25 maggio 1970, n. 352, limitatamente alla parte in cui non prevede che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative*”.

2. *Il referendum come strumento di partecipazione politica piuttosto che atto legislativo vero e proprio*

La sentenza n. 68 del 1978 della Corte costituzionale è piena di conseguenze sul piano teorico e dogmatico, oltre che sul piano concreto, perché

¹ Per una ricostruzione organica e approfondita del controllo di legittimità, cfr. in particolare PINARDI, *L'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Giuffrè, Milano, 2000.

² Non manca, peraltro, in dottrina, chi ha sostenuto che il compito di bloccare il referendum abrogativo avrebbe dovuto essere affidato alla Corte costituzionale perché andrebbe svolto non solo alla luce di norme legislative ma anche sulla base di norme di rango costituzionale. Cfr., ad es. in tal senso CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 476; BERRETTA, *I poteri di democrazia diretta*, in AMATO, BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, II, *L'organizzazione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 38.

concorre significativamente a qualificare la sua natura di Istituto di partecipazione politica più che di vero e proprio atto legislativo³.

Alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1978, infatti, appare chiaro come scopo ultimo del referendum abrogativo ex art. 75 Cost. non sia quello di determinare un effetto ablatorio delle disposizioni legislative indicate nel quesito, quanto, piuttosto, quello di evitare che i rapporti giuridici in questione continuino a essere disciplinati da una normativa che sia ispirata complessivamente a determinati principî o che sia costituita da precetti caratterizzati nella loro essenza da particolari contenuti.

Il carattere “negativo” del referendum abrogativo che non può essere trasformato in uno strumento per l’approvazione di una legge del tutto nuova, ovvero caratterizzata da principî in precedenza estranei all’ordinamento giuridico, è stato, del resto, confermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2017 con la quale è stato dichiarato inammissibile il referendum sulla normativa in tema di sanzioni avverso i licenziamenti illegittimi⁴.

Come chiarito, in particolare, nella giurisprudenza costituzionale sull’ammissibilità dei referendum abrogativi in materia elettorale, il quesito può al massimo portare alla espansione di principî già insiti nella disciplina legislativa ma non può trasformarsi in un vero e proprio referendum approvativo o creativo⁵.

In particolare, a tale proposito, si può leggere nella citata sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2017: “Il quesito è inammissibile anzitutto a causa del suo carattere propositivo, che lo rende estraneo alla funzione meramente abrogativa assegnata all’istituto di democrazia diretta previsto dall’art. 75 Cost.

³ Il ricco e profondo dibattito dottrinale sul fenomeno dell’abrogazione – e in particolare sul rapporto tra referendum abrogativo e legislazione – è puntualmente ricostruito nella seguente monografia alla quale si rimanda per esigenze di brevità: MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁴ Con la pronuncia richiamata (n. 26/2017), la C. cost. ha dichiarato: “(...) *inammissibile la richiesta di referendum popolare per l’abrogazione del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), e dell’art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), nelle parti indicate in epigrafe, richiesta dichiarata legittima con ordinanza del 9 dicembre 2016, pronunciata dall’Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione*”.

⁵ Per una riflessione critica sulla giurisprudenza costituzionale riguardante i c.d. *referendum* propositivi cfr. BALDINI V., *La variabile ammissibilità (stavolta, negata...) del referendum abrogativo “a valenza propositiva”*, in *Dirittifondamentali.it* – Fascicolo 1/2017, Editoriale – 4 febbraio 2017.

Come si è visto, il quesito manipola il testo vigente dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 attraverso la tecnica del ritaglio, ovvero chiedendo l'abrogazione, quanto ai commi primo, quarto, sesto, settimo e ottavo, di frammenti lessicali, così da ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario.

Questa tecnica, risolvendosi anch'essa in una abrogazione parziale della legge, non è di per sé causa di inammissibilità del quesito (*ex plurimis*, sentenza n. 28 del 2011), e anzi si rende a volte necessaria per consentire la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum (sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 34 e n. 33 del 2000, n. 13 del 1999)".

Nella stessa pronuncia, la Corte chiarisce anche che altra cosa è la manipolazione della struttura linguistica della disposizione, ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. Ne discende che tale assetto, trovando un mero pretesto nel modo con cui certe norme sono state formulate sul piano lessicale, sarebbe da imputare direttamente alla volontà propositiva di creare diritto, manifestata dal corpo elettorale. In questo caso si realizzerebbe uno stravolgimento della natura e della funzione propria del referendum abrogativo.

Appare altresì determinante al fine di escludere la possibilità di omologare il referendum abrogativo a un atto legislativo vero e proprio la circostanza che il raggiungimento o meno dell'intento perseguito dai promotori sia irrilevante nella valutazione che l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione deve compiere, quando interviene una modifica legislativa, per stabilire se si debba bloccare il referendum o prevederne lo svolgimento sulla nuova disciplina⁶.

La traslazione del quesito dalla originaria normativa a quella successiva – che non modifichi né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti – esclude altresì che il referendum abrogativo sia idoneo a determinare il fenomeno della reviviscenza delle norme abrogate da quelle sottoposte alla consultazione re-

⁶ Sul rilievo giuridico dell'intento dei promotori nel procedimento referendario cfr., in particolare, BALDINI V., *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Liguori editore, Napoli, 1996.

ferendaria. Mentre è noto che gli atti legislativi, in particolari circostanze, attraverso l'abrogazione di norme legislative, possono dare luogo al fenomeno della reviviscenza della precedente disciplina legislativa.

Ciò conferma che il referendum abrogativo non si configura come un vero e proprio atto legislativo che si inserisca in una successione cronologica rispetto ad altre fonti legislative secondo il criterio *lex posterior derogat priori*. Invero, appare più coerente rispetto alla disciplina dell'Istituto in questione, non qualificare il referendum come un vero e proprio atto legislativo ma come una forma di controllo di opportunità o di merito sulle scelte discrezionali del legislatore.

In altri termini, scopo ultimo del referendum abrogativo non è quello di trasferire il potere legislativo direttamente al popolo ma è quello di svolgere una funzione complementare rispetto all'attività del legislatore, al fine di cancellare scelte legislative inopportune, correggere scelte parzialmente sbagliate o stimolare una futura legislazione.

Come appare evidente dalle considerazioni sinora svolte, si ritiene, quindi, pienamente condivisibile la tesi di Massimo Luciani, che qualifica il referendum abrogativo non come uno strumento di democrazia diretta, bensì come uno strumento della democrazia rappresentativa, che può avere dal punto di vista politico-istituzionale innumerevoli scopi⁷.

Del resto, tale ricostruzione sembra coerente con le intenzioni del Costituente. Il dibattito svoltosi in seno alla seconda sottocommissione e successivamente nel *plenum*, mostra come ci fosse nei padri costituenti una diffidenza profonda nei confronti dell'istituto referendario che veniva visto come uno strumento facilmente utilizzabile in senso populistico, per realizzare una contrapposizione tra rappresentanti della Nazione e corpo elettorale. Si è parlato, anche con riferimento alle decisioni assunte in tema di *referendum*, di un vero e proprio "complesso del tiranno" che avrebbe attagliato l'Assemblea costituente condizionandone la volontà. Nei fatti, i co-

⁷ La tesi è riccamente illustrata in LUCIANI, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75, in Comm. Branca*, continuato da PIZZORUSSO, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005. Ivi, ampia bibliografia sul *referendum abrogativo* alla quale, in questa sede, integralmente si rimanda, per esigenze di brevità.

Sulla natura del referendum abrogativo e sul suo utilizzo nel sistema politico-istituzionale italiano, *ex plurimis* cfr. altresì BARBERA, MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna, 2003; VOLPI, *Una storia infinita: l'influenza dei referendum abrogativi sul sistema politico istituzionale*, in *PD*, 1992, 2, p. 233-252.

stituenti bocciarono le proposte volte a introdurre tipologie di *referendum* diversi rispetto a quello abrogativo. Tra queste merita, in particolare, segnalare la interessante proposta di prevedere un *referendum* di tipo sospensivo sugli atti legislativi, avanzata dal deputato Costantino Mortati, incaricato di svolgere le funzioni di relatore sul potere legislativo. Inoltre, nel secondo comma dell'art. 75 della Costituzione, furono previsti alcuni significativi limiti espressi alla ammissibilità del referendum abrogativo, sui quali la giurisprudenza costituzionale ha poi fatto ampiamente leva, con un'interpretazione estensiva e logico-sistematica, al fine di disegnare il sistema complessivo dei limiti ulteriori all'ammissibilità.

Venendo all'attualità, occorre sottolineare come la crisi del sistema rappresentativo – determinata in Italia, negli ultimi decenni, dalla fine dei partiti di massa nati durante il secondo dopoguerra nonché da una serie di riforme istituzionali ed elettorali che hanno determinato uno svilimento del principio di responsabilità politica – ha messo particolarmente in luce l'esigenza di potenziare gli strumenti di partecipazione politica e, in specie, ha evidenziato l'importanza degli istituti referendari, al fine di rinvigorire la vita democratica del Paese⁸.

Tuttavia, in un ordinamento giuridico complesso, caratterizzato da una pluralità di livelli territoriali di governo e da una molteplicità di centri di produzione normativa, sarebbe illusorio immaginare di rimettere alla volontà diretta del corpo elettorale la maggior parte delle decisioni politiche. La preminenza dei meccanismi di democrazia rappresentativa appare quindi ineludibile, così come essenziale rimane il ruolo dei partiti politici e delle formazioni sociali in genere nello svolgimento di una funzione di raccordo tra cittadini e istituzioni⁹.

⁸ Il fenomeno, del resto, non riguarda solo l'Italia, ma anche molte altre democrazie moderne, come bene evidenziato nel volume BEN ACHOUR, GICQUEL, MILACIC, *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁹ Sul punto cfr., in particolare, lo scritto di Michele Scudiero pubblicato prima ancora che si rendesse patente la crisi dei partiti di massa con lo scandalo di "tangentopoli": SCUDIERO, *Partecipazione dei cittadini e autonomie locali*, in AA.VV., *Sistema politico e società civile nel Mezzogiorno. Un contributo di analisi per lo sviluppo dell'area metropolitana di Napoli*, Atti del seminario di studio "Sistema politico locale, Area metropolitana, Ruolo dei movimenti collettivi", Napoli, 26-27 ottobre 1991, in *Quaderni dell'Istituto di Studi e Ricerche Sociali della Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale*, 1992, 1, p. 53 e ss. Ivi si rileva sul tema: "(...) Non c'è dubbio che moltissime difficoltà nell'attuazione di un reale processo di partecipazione siano derivate dalla crisi del partito politico, che non è stato realizzato nella nostra società secondo la proposta utopistica dello stesso Vittorio Emanuele Or-

Gli istituti di partecipazione possono e devono avere un ruolo centrale nel sistema delle relazioni tra cittadini e istituzioni, sia pure in funzione complementare rispetto ai meccanismi di democrazia rappresentativa¹⁰.

Le sirene della democrazia diretta non devono però determinare uno sviamento, al punto da innescare una contrapposizione “plebiscitaria” tra volontà del corpo elettorale e volontà dei rappresentanti del popolo. In tal modo, infatti, si finirebbe per aggravare, anziché alleviare, la crisi del principio rappresentativo, favorendo ulteriormente l’attuale deriva populista del nostro sistema politico-istituzionale.

Per questo, sarebbe auspicabile, sia a livello nazionale che a livello regionale e locale, la previsione soprattutto di strumenti referendari che si inseriscano all’interno di procedimenti di formazione di atti-fonte, combinandosi con manifestazioni di volontà prodotte da assemblee elettive, piuttosto che la proliferazione di referendum che si configurino come manifestazioni di volontà compiute in sé e del tutto autosufficienti¹¹.

lando e di Costantino Mortati. Tali pensatori non soltanto hanno dato tanto nella nostra fase costituente, ma sono più vicini all’esperienza cattolica come Mortati, che tra l’altro ha fortemente contribuito alla teorizzazione delle formazioni intermedie. Si pensava e si pensa correttamente che il partito debba essere strumento dei cittadini e sede nella quale la molteplicità delle domande, degli impulsi e delle esigenze trovi una prima composizione in una proposta organica ed unitaria, in modo che il circuito società civile ed apparato di governo possa svolgersi in maniera più agevole e coerente. Il partito politico, invece, ha assunto il carattere del c.d. partito “pigliatutto”, che governa tutti i processi e detiene in maniera salda il momento più delicato rappresentato dal reclutamento della classe dirigente. Non c’è posto che non si conferisca per volontà dei partiti, sia a livello di apparato politico, sia a livello di enti economici e sia di strutture di servizio. In una competizione che ha portato necessariamente, in ossequio ad enunciazioni che erano state fatte dai sociologi all’inizio del secolo, alla spirale invincibile verso l’oligarchia costituita dalla burocrazia di partito, non si ha difficoltà ad ammettere che la sofferenza che si è constatata per tanti versi nella realizzazione di un processo di partecipazione pieno e compiuto dipenda dall’interposizione diftosa del partito politico tra i cittadini, la società e le sedi dove si decide”.

¹⁰ Per una ricostruzione in chiave di attualità della categoria giuridica della rappresentanza cfr. STAIANO, *Rappresentanza (elazione introduttiva)*, in AA.Vv., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità, rappresentanza, territorio*, Atti del XXXI convegno annuale dell’A.I.C., Trento 11-12 novembre 2016.

Sul principio della rappresentanza e sul rapporto con gli istituti di democrazia diretta, cfr., in particolare, BARBERA A., *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell’eredità della rivoluzione francese*, in *PD*, n. 20, 1989; BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta, in Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991; BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *QC*, 1985, n. 2 p. 227 e ss.; CASSELLA, *Rappresentanza politica*, in *Digesto*, IV edizione, Utet, Torino, 2000, p. 459 e ss.; DUVERGER, *Esquisse d’une théorie de la représentation politique, in L’évolution du droit public. Études offertes à A. Mestre*, Paris, 1956, p. 211 e ss.; FERRARI, *Rappresentanza istituzionale*,

3. *I referendum abrogativi in tema di lavoro dichiarati ammissibili nel 2017, concernenti voucher e responsabilità negli appalti. I confini della discrezionalità rimessa al legislatore nella approvazione di una legislazione “prevenitiva”*

Per quanto concerne, più specificamente, l’ultima tornata referendaria, pendevano, come è noto, due referendum che avrebbero dovuto svolgersi in una domenica compresa tra il quindici aprile e il quindici giugno del 2017: uno, in tema di regime di responsabilità negli appalti, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 27 del 2017¹²; uno, in tema di *voucher*, dichiarato ammissibile con sentenza n. 28 del 2017¹³.

in EGT, Roma, 1991; INGLEHART, *La nuova partecipazione nelle società post-industriali*, in *RISP*, 1988, n. 18, p. 403 e ss.; NOCILLA, CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *ED*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 543 e ss.; SARTORI, *La rappresentanza politica*, in *SP*, 1957, fase 4, p. 527 e ss.

¹¹ Michele Scudiero, nettamente, rileva a tal proposito, sia pure con riferimento a un ordinamento allora caratterizzato da una forma di governo parlamentare-assembleare e da un sistema elettorale proporzionale pressoché puro: “La ragione per la quale sembra che la forma di procedimento popolare “esclusivo” non possa essere adottata è da ravvisare piuttosto nel fatto che l’ordinamento regionale risulta organizzato preminentemente su base rappresentativa, e tale carattere dell’ordinamento sarebbe interamente disatteso se si ammettesse un modo di esercizio delle funzioni regionali che prescindesse del tutto dall’intervento degli organi rappresentativi. Se è previsto infatti che le funzioni regionali siano svolte innanzitutto da questi organi, ciò deve implicare che forme diverse di esercizio delle stesse siano ammissibili soltanto in via eccezionale e, in particolare, quando l’attività degli organi rappresentativi dovesse risultare inadeguata o carente. Tutto ciò si realizza, appunto, ammettendo che il popolo possa deliberare direttamente leggi e atti amministrativi, ma soltanto dopo che sia apparsa in concreto l’impossibilità di ottenerli dagli organi rappresentativi. Occorre, cioè, conservare la sua piena rilevanza al principio rappresentativo su cui è strutturata la regione; senza intenderlo con quella assolutezza che in altri ordinamenti ha consentito le più ipocrite usurpazioni della sovranità popolare, ma riconoscendo tuttavia che esso pure, se rettamente attuato, è diretto a soddisfare l’istanza democratica”. Cfr. SCUDIERO, *Il referendum nell’ordinamento regionale*, Jovene, 1971, p. 84 e s.

¹² Con la pronuncia richiamata (n. 27/2017), la C. cost. ha dichiarato: “(...) ammissibile la richiesta di referendum popolare per l’abrogazione dell’art. 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30), limitatamente alle parole “Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti,” e alle parole “Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all’appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell’appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli

Lo svolgimento dei referendum avrebbe avuto un differimento di un anno in caso di scioglimento anticipato delle camere parlamentari decretato dal Presidente della Repubblica in un qualsiasi momento anteriore alla consultazione. Ma l'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione ha bloccato il voto referendario in quanto, prima del suo concreto svolgimento, è intervenuto il decreto legge n. 25 del 17 marzo 2017, recante "Disposizioni urgenti per l'abrogazione delle disposizioni in materia di lavoro accessorio nonché per la modifica delle disposizioni sulla responsabilità solidale in materia di appalti", convertito in legge n. 49 del 2017, con il quale sono state espressamente e meramente abrogate le disposizioni legislative oggetto dei quesiti referendari.

Di conseguenza, con ordinanza del 21 aprile 2017, l'Ufficio Centrale per il referendum presso la Suprema Corte di Cassazione ha sospeso con "effetto immediato" le operazioni relative ai *referendum* che riguardavano "l'abrogazione di disposizioni limitative della responsabilità solidale in materia di appalti" e "l'abrogazione di disposizioni sul lavoro accessorio", i cosiddetti *voucher*.

A tal proposito sarebbe stato del tutto irrilevante che a seguito dell'abrogazione fosse stato raggiunto o meno l'intento perseguito dai promotori - che assumeva invece sicuramente rilievo ai fini della ammissibilità dei *referendum* - essendo sufficiente, ai fini del blocco, che fosse avvenuta l'abrogazione a qualsiasi titolo della normativa oggetto del quesito e che i rapporti giuridici in questione non fossero disciplinati, a seguito dell'intervento legislativo abrogativo, da una normativa caratterizzata dai medesimi principi ispiratori o da precetti caratterizzati dai medesimi contenuti essenziali.

Nella sua giurisprudenza, l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione ha evidenziato che al fine di verificare se si debba bloc-

obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.", richiesta dichiarata legittima, con ordinanza pronunciata il 9 dicembre 2016, dall'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione".

¹³ Con la pronuncia richiamata (n. 28 del 2017) la C. cost. ha dichiarato: "(...) ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione degli artt. 48, 49 (come modificato, al comma 3, dal d.lgs. n. 185/2016) e 50, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, recante "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (voucher)"; richiesta dichiarata legittima con ordinanza del 6-9 dicembre 2016 dall'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione".

care la consultazione referendaria, oppure si debba trasporre il quesito sulla nuova disciplina, occorre tenere in considerazione in particolare i seguenti elementi: lettera delle nuove disposizioni; criteri ordinatori; finalità oggettiva; principî ispiratori.

Alla luce di tali considerazioni apparivano particolarmente vasti i confini della discrezionalità rimessa al legislatore nella approvazione di una legislazione “preventiva”, ovvero di una legislazione volta a prevenire lo svolgimento dei *referendum* abrogativi su indicati.

Una prima soluzione, che realizzava in pieno l'intento dei promotori, era quella – poi effettivamente utilizzata dal legislatore – di approvare una legislazione di mera abrogazione delle disposizioni oggetto dei quesiti. In questo modo si è evitato, senza correre alcun rischio, lo svolgimento dei *referendum* ma il Governo e la maggioranza parlamentare si sono mossi, di fatto, in contraddizione con le politiche legislative seguite dalle camere parlamentari nelle ultime legislature sulle materie in questione; inoltre, hanno cancellato delle norme che, a prescindere da ogni valutazione di merito e di opportunità, avevano quanto meno il pregio di aver superato il vaglio della Corte costituzionale in sede di controllo di legittimità costituzionale¹⁴.

¹⁴ In effetti, le citate disposizioni in tema di responsabilità negli appalti risalgono non all'epoca del Governo Renzi, ma al cd. Decreto Biagi (d.lgs. n. 276 del 2003). La disposizione sottoposta a richiesta di Referendum ha avuto una vita travagliata (attraverso successive novelle). Infatti, la possibilità di introdurre deroghe da parte della contrattazione collettiva non era disposta in origine; fu introdotta dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (cd. Decreto correttivo del d.lgs. n. 276 del 2003); poi eliminata dall'art. 1, comma 911, L. 27 dicembre 2006, n. 296, a decorrere dal 1° gennaio 2007; poi reintrodotta dall'art. 4, comma 31, lett. a) e b), L. 28 giugno 2012, n. 92, cd. Legge Fornero, all'epoca del Governo Monti.

Si deve considerare, d'altra parte, che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 5 del 2013, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2, sollevata in riferimento all'art. 76 della Costituzione.

La stessa Corte con successiva sentenza n. 254 del 2014, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2, come modificato dall'art. 1, comma 911, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Per quanto concerne, invece, il lavoro accessorio (c.d. *Voucher*), si tratta di un istituto introdotto dal c.d. Decreto Biagi (artt. 70 ss., d.lgs. n. 276 del 2003) per ipotesi particolari; successivamente ampliato nella sua portata dall'art. 1, comma 32, lett. a) della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Legge Fornero, Governo Monti); infine ampliato ancora (ma di poco) dal *Jobs Act* di Renzi del 2015 (artt. 48-50, d.lgs. n. 81 del 2015), che ha riscritto l'istituto.

D'altra parte, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 50 del 2005, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 70, d.lgs. n. 276 del 2003 che disciplinava l'istituto.

Una seconda possibilità offerta al legislatore per bloccare i *referendum*, sarebbe stata quella di modificare le disposizioni legislative oggetto dei quesiti referendari introducendo precetti caratterizzati da diversi contenuti essenziali.

Nel caso degli appalti, per esempio, si sarebbe potuta limitare *in bonam partem* la possibilità per i contratti collettivi nazionali, sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore, di individuare diversi metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti.

Tanto più che la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre deroghe migliorative alla disciplina legale è da sempre considerata in generale ammissibile senza bisogno di espressa previsione legislativa.

Appare singolare, d'altra parte, che un sindacato confederale dei lavoratori, particolarmente attivo nella promozione del *referendum* abrogativo in questione, voglia eliminare la possibilità che la contrattazione collettiva intervenga in materia, privandosi così di uno spazio di azione sindacale. Appare evidente la sfiducia nei propri mezzi e il timore che i sindacati dei lavoratori, a causa della loro debolezza, possano cedere alle pressioni e alle richieste formulate dalle organizzazioni dei datori di lavoro. La questione, non riguarda solo la "disponibilità" di altre sigle a introdurre deroghe *in pejus* a livello nazionale, ma anche la possibilità che tali deroghe vengano previste a livello locale o di azienda, magari da sindacalisti appartenenti allo stesso sindacato che aveva promosso i *referendum* in esame. Limitare le deroghe alle ipotesi migliorative delle garanzie e dei livelli di tutela dei lavoratori potrebbe correre a fugare tali preoccupazioni.

D'altro canto, va tenuto presente, in generale, che l'introduzione da parte del legislatore di ipotesi di deroga alla normativa legale da parte della contrattazione collettiva sono da sempre volte, nella variabilità dei modelli, a favorire l'incremento o il mantenimento dei livelli occupazionali¹⁵.

Pertanto, una modifica del tenore su indicato, paradossalmente, potrebbe rivelarsi controindicata rispetto alle esigenze di tutela dei diritti dei lavoratori, finendo per irrigidire troppo i margini dell'autonomia collettiva.

A esempio, si deve sottolineare come sia i contratti di solidarietà, attraverso la riduzione dell'orario di lavoro, che la possibilità di demansionare il dipendente, abbiano spesso garantito la salvaguardia dei livelli occupazionali e consentito il superamento di gravi crisi aziendali.

¹⁵ Cfr. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, 2005.

Nel caso dei *voucher*, invece, si sarebbe potuto prevedere, a esempio, che gli stessi potessero essere utilizzati solo in particolari settori di attività, caratterizzati da occasionalità e/o stagionalità delle prestazioni lavorative, mantenendo il carattere nominativo dei titoli e l'obbligo di comunicazione introdotto dal legislatore, eventualmente abbassando il tetto massimo di valore per la loro utilizzabilità.

In tal senso, si sarebbe potuto anche semplicemente pensare di ripristinare l'originaria formulazione dell'istituto dettata dall'art. 70, d.lgs. n. 276 del 2003: "*Art. 70. Definizione e campo di applicazione. 1. Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito:*

a) *dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap;*

b) *dell'insegnamento privato supplementare;*

c) *dei piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti;*

d) *della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli;*

e) *della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà.*

2. *Le attività lavorative di cui al comma 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendosi per tali le attività che coinvolgono il lavoratore per una durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare e che, in ogni caso, non danno complessivamente luogo a compensi superiori a 3 mila euro sempre nel corso di un anno solare".*

Ovviamente tale soluzione avrebbe avuto come controindicazione quella di non favorire l'emersione del lavoro nero e di scoraggiare gli investimenti nei settori di attività esclusi dalla possibilità di utilizzo dei *voucher*.

Per quanto concerne, invece, la proposta – circolata nei giorni che hanno preceduto l'emanazione del decreto legge n. 25 del 17 marzo 2017 – di limitare l'uso dei *voucher* per le aziende e consentire una loro utilizzazione libera per le famiglie, si deve sottolineare come sarebbe stato opportuno, quanto meno, in tal caso, assoggettare al regime più liberale, accordato alle famiglie, anche le imprese *no profit*¹⁶.

¹⁶ La estensione di un regime più liberale alle imprese *no profit*, peraltro, corrisponderebbe

Negli esempi formulati, sarebbe stato prevedibile il blocco dei *referendum* da parte dell'Ufficio centrale presso la Corte di Cassazione. La certezza, però, non ci sarebbe stata, atteso che, nonostante i criteri enunciati e già richiamati, sarebbe residuo comunque un margine ampio di discrezionalità nella valutazione in capo all'Ufficio centrale, come dimostrano i precedenti in materia, non sempre riconducibili in un quadro organico e sistematico, in modo analogo a quello che accade per la giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità.

Ad ogni modo, è evidente come – anche nel caso di mancato blocco delle consultazioni e di traslazione dei quesiti sulle nuove discipline da parte dell'Ufficio centrale – tali interventi legislativi sarebbero stati in grado di depotenziare notevolmente il consenso popolare nei confronti dei quesiti abrogativi.

Un terzo modo per il legislatore di bloccare il *referendum* sarebbe stato quello di introdurre delle discipline del tutto nuove dei rapporti in questione, che cambiassero i principî ispiratori della complessiva disciplina preesistente. Tale ultima ipotesi sarebbe stata, nei casi in esame, di difficile realizzazione: sia per la mancanza di proposte legislative organiche nelle materie oggetto dei quesiti; sia per la lentezza del procedimento legislativo ordinario; sia per la scarsa coesione della maggioranza parlamentare attuale sui temi affrontati dai *referendum*.

4. *Note conclusive sulla legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza per bloccare i referendum*

Vista la ristrettezza del tempo a disposizione, il Governo, come detto, ha deciso un intervento meramente abrogativo mediante lo strumento del decreto legge. In effetti, nella sua giurisprudenza, l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione sembrava implicitamente escludere la possibilità che la disciplina oggetto di un quesito referendario potesse essere sostanzialmente e legittimamente modificata in virtù di un decreto legge¹⁷.

meglio anche al principio di sussidiarietà orizzontale positivizzato nell'art. 118 Cost., ove si prevede che: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Sul principio di sussidiarietà orizzontale, in particolare, cfr. BALDINI V. (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Satura Editrice, Napoli, 2007.

¹⁷ Cfr., in particolare, ordinanza del 2 dicembre 1980, nonché ordinanza 14 marzo 1981.

Tuttavia, era difficile immaginare che, in caso di effettiva straordinaria necessità e urgenza da fronteggiare, il Governo potesse fermarsi di fronte a questo ipotetico limite, che, peraltro, non è tra quelli espressamente indicati dall'art. 15 della legge n. 400 del 1988¹⁸.

Certo, è chiaro che la decretazione d'urgenza si giustifica solo in caso di effettiva sussistenza di autonomi casi straordinari di necessità e urgenza da fronteggiare, non potendosi certamente ravvisare la sussistenza di tali presupposti nella esigenza di evitare lo svolgimento dei *referendum*¹⁹.

Sotto questo profilo si deve sottolineare come l'indicazione dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza contenuta nell'epigrafe del decreto legge citato sia estremamente scarna.

Sicché il comitato promotore dei *referendum* avrebbe potuto aprire un conflitto di attribuzione tra poteri dinanzi alla Corte costituzionale contro il Governo e il Parlamento, sostenendo che non spettava al Governo adottare il decreto legge, attesa la insussistenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, così come non spettava, per le stesse ragioni, alle Camere parlamentari, convertire in legge lo stesso decreto legge.

Inoltre, si deve ritenere che, qualora lo stesso decreto legge fosse decaduto per mancata conversione, le consultazioni referendarie avrebbero dovuto svolgersi come se il decreto non fosse mai stato emanato. Ne sarebbe conseguita, inoltre, una chiara responsabilità politica e giuridica del Governo che, in un caso così grave, non avrebbe potuto fare altro che rassegnare le proprie dimissioni.

¹⁸ Sul rapporto tra decretazione d'urgenza e referendum abrogativo cfr. in particolare MODUGNO, *Referendum abrogativo e decreto-legge a confronto, oggi*, Rassegna parlamentare: rivista mensile di studi costituzionali e di documentazione legislativa, 1998, I, p. 67-113.

¹⁹ Come già ricordato nel paragrafo 3 del presente articolo, l'ipotesi di abrogazione mediante decreto legge della disciplina oggetto dei quesiti, si è poi effettivamente verificata in concreto. Infatti, le norme oggetto dei due quesiti referendari presi in esame sono state espressamente abrogate in virtù del decreto legge n. 25 del 2017, convertito in legge senza modifiche in virtù della legge n. 49 del 20 aprile 2017. Sicché, l'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di cassazione ha bloccato lo svolgimento delle consultazioni referendarie con ordinanza del 21 aprile 2017.

Nell'epigrafe del decreto legge n. 25 del 2017, laddove si indicano i presupposti di straordinaria necessità e urgenza del decreto legge, non si fa alcun riferimento all'esigenza di evitare lo svolgimento dei *referendum*. Nella parte motiva, invece, si sottolinea come il governo abbia: "Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di superare l'istituto del lavoro accessorio al fine di contrastare pratiche elusive, nonché di modificare la disciplina della responsabilità solidale negli appalti al fine di elevare ulteriormente l'efficacia delle tutele in favore dei lavoratori, in coerenza con la recente evoluzione della disciplina in materia di contratti pubblici".

Piera Campanella

I *voucher*:

abrogarli o riformarli?

Sommario: **1.** Il lavoro accessorio: evoluzione normativa e dimensioni del fenomeno. **2.** L'inquadramento giuridico del lavoro accessorio: l'obbligazione di lavorare mediante *voucher*, la matrice contrattuale e la qualificazione del rapporto. **3.** La *ratio* normativa del lavoro accessorio: l'ambigua *liaison* sommerso-*voucher* e il ricorso alla "tracciabilità" del "buono". **4.** Lo statuto protettivo del lavoro accessorio: l'insostenibile leggerezza del *voucher*. **5.** L'ambito applicativo del lavoro accessorio: i *voucher* tra marginalità e lavoro povero. **6.** Il lavoro accessorio nel sistema dei contratti di lavoro: al di là di subordinazione e autonomia. **7.** Breve epilogo.

1. *Il lavoro accessorio: evoluzione normativa e dimensioni del fenomeno*

Partito in sordina e rimasto a lungo sulla carta¹, il lavoro mediante *voucher*, in origine "prestazioni occasionali di tipo accessorio" ai sensi del capo II, titolo III, del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (artt. 70-71), ha conosciuto nel tempo innumerevoli modifiche², che ne hanno mutato configurazione giuridica e rilievo all'interno del mercato del lavoro italiano³, fino ad approdare alla disciplina del "lavoro accessorio" di cui al capo VI, del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (artt. 48-50).

Se si guarda alla configurazione giuridica⁴, risalta l'evoluzione in senso

¹ TIRABOSCHI, "Buoni lavoro": una pratica che non decolla, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 3.

² "Una serie di successive stratificazioni normative" secondo SPINELLI, *Il lavoro accessorio*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 493.

³ Per una sintesi schematica ma efficace delle modifiche, testi legislativi alla mano v. CAMERA, *Lo sviluppo normativo del lavoro accessorio*, in *Dottrina per il lavoro*, dplmodena.it, www.dottrinalavoro.it, consultato il 26 luglio 2017.

⁴ La letteratura sul tema del lavoro accessorio non è vastissima, ma comunque diversi

liberalizzante della figura, segnata, specie a partire dal 2008, dalla graduale caduta dei tanti “paletti” inizialmente posti al suo impiego, evoluzione ben

Autori si sono cimentati nell'analisi dell'istituto: tra gli altri, mi preme segnalare, anzitutto, PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti (Articoli 70-73)*, in MONTUSCHI, LISO, PEDRAZZOLI (coordinatore), ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro. d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, p. 841 ss.; BELLOCCHI, *Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei “lavori”*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX – Artt. 61-86*, a cura di BELLOCCHI, LUNARDON, SPEZIALE, Ipsoa, 2004, p. 82 ss.; più di recente, v. CARINCI M.T., “*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro?*” *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in RGL, 2016, I, p. 316 ss.; CENTAMORE, *Scritti introduttivi. La disciplina del lavoro accessorio*, in DE ANGELIS, MARRONE, *Voucherizzati! Il lavoro al di là del contratto. Un'indagine sul lavoro accessorio in Italia e in Emilia-Romagna*, Editrice Socialmente, 2017, p. 17 ss.; MARCHI, *La qualificazione del lavoro accessorio “non più occasionale”* (nota a Trib. Milano, 26 maggio 2016, n. 429), in RIDL, 2017, I, p. 95 ss.; MARINELLI, *Il paradosso del lavoro occasionale accessorio*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2012, p. 221 ss.; OCCHINO, *Il lavoro accessorio*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro: commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2016, p. 231 ss.; PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in LD, 2015, n. 4 p. 679 ss.; PUTRIGNANO, *Il lavoro accessorio tramite voucher* (nota a Trib. Milano, 1 aprile 2014), in ADL, 2014, n. 3, p. 814 ss.; TULLINI, *Il lavoro accessorio*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2015, p. 263 ss.; v., poi, anche, BALLETTI, *Le prestazioni di lavoro accessorio alla luce del Jobs Act*, in DML, 2015, n. 3, p. 473 ss.; BOLLANI, *La nuova disciplina del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato, lavoro, competitività*, Giappichelli, 2008, p. 404 ss.; BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della l. n. 30 e del d.lgs. n. 276/2003*, in RIDL, 2004, I, p. 290 ss.; CORSO, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da CARINCI F., II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, II ed.*, UTET, 2007, p. 169 ss.; DELL'OLIO, *Le nuove tipologie e la subordinazione*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Giuffrè, 2004, p. 468 ss.; DE MARINIS, *Il lavoro occasionale ed il lavoro accessorio nel d.lgs. n. 276/2003. Il diritto del lavoro oltre il mercato*, in MGL, 2004, n. 3, p. 139 ss.; GAMBACCIANI, *Il lavoro accessorio*, in PERSIANI, *I nuovi contratti di lavoro*, UTET, 2010, p. 249 ss.; GAROFALO D., *Statuto protettivo del lavoro parasubordinato e tutela della concorrenza*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 215 ss.; LAMBERTI, *Il lavoro occasionale accessorio*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 183 ss.; LO FARO, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 792 ss.; MISCIONE, *Lavoro accessorio, “partite iva”, contratto di inserimento e stage*, in MISCIONE, CARINCI F. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, Suppl., 2012, n. 33, p. 105 ss.; PERSICO, *Lavoro accessorio*, in *Digesto*

sintetizzata dalla rimozione dell'aggettivo "occasionale" dalla denominazione iniziale dell'istituto.

Se si pone mente, invece, alla regolamentazione di quest'ultimo nel mercato del lavoro italiano, impressiona la crescita quantitativa delle attività remunerate tramite voucher, con una vertiginosa accelerazione nel 2015⁵, pur seguita da una normalizzazione nel 2016⁶, nonché controbilanciata dal peso complessivo relativo di tale segmento di attività, ove confrontato con le percentuali del lavoro dipendente e di quello parasubordinato⁷. Colpisce altresì

comm., Utet, 2008, p. 417 ss.; SPINELLI, *op. cit.*; VALENTE, *Lavoro accessorio*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 119 ss.; VETTOR, *Le prestazioni occasionali accessorie*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 1.9.2003*, Ediesse, 2004; da ultimo, alcuni giovani studiosi si sono accostati all'argomento, dedicandovi molta parte delle proprie ricerche: in ambito giuslavoristico si distingue Anna Zilli, di cui v. ZILLI, *Accessorio a chi? Lavorare per voucher dopo il D.Lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 2015, n. 12, p. 1170 ss.; ZILLI, *Dalle prestazioni ai prestatori di lavoro accessorio*, in *ADL*, 2016, n. 2, p. 301 ss.; ZILLI, *Prestazioni di lavoro accessorio, inclusione e flexicurity*, in GOTTARDI (a cura di), *Legal frame work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, Giappichelli, 2016, p. 211; in ambito sociologico segnale, invece, De Angelis, a cui, peraltro, sono molto grata per il prezioso dialogo e le tante sollecitazioni sul tema e, in particolare, DE ANGELIS, *Il processo di gratuitizzazione del lavoro: il caso dei voucher*, in *QRS*, 2016, n. 4, p. 123 ss.; DE ANGELIS, MARRONE, *op. cit.*; per riflessioni, invece, antecedenti, all'introduzione del lavoro accessorio, è d'obbligo il rinvio a BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, n. 1, p. 257 ss.

⁵ Le persone remunerate con almeno 1 voucher nel 2015 sono state poco meno di 1.400.000, mentre nel 2008 erano 24.437. L'ascesa è stata confermata dal numero dei voucher venduti, perché si è passati da poco meno di 10.000.000 voucher venduti nel 2010 agli oltre 115.000.000 del 2015. A gennaio-settembre 2016 si è arrivati a 109,6 milioni di voucher venduti con un incremento del 34,6%: cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, *L'utilizzo dei voucher per le prestazioni di lavoro accessorio*, Report, Roma, 22 marzo 2016; Acli, *Il lavoro accessorio e il sistema dei voucher*, in *Dossier*, febbraio 2017, n. 3, www.acli.it, consultato il 26 luglio 2017; cfr. comunque *amplius* ANASTASIA, BOMBELLI, MASCHIO, *Il lavoro accessorio dal 2008 al 2015. Profili dei lavoratori e dei committenti*, WorkINPSPapers, settembre 2016, n. 2, in www.inps.it, consultato il 26 luglio 2017, su cui v. anche BARTOLI, *Percettori di voucher, l'identikit dell'Inps*, in *Rassegna.it*, www.rassegna.it; DE ANGELIS, MARRONE, *op. cit.*, p. 61 ss.

⁶ Cfr. Inps, *Osservatorio sul Precariato*, TAB. 19C, contenente i dati relativi ai voucher venduti per mese, dove può agevolmente osservarsi una decrescita del ricorso ai voucher: si passa da un aumento del 69% al gennaio 2015 (dati 2015 su 2014) al 27,3% al gennaio 2016 (dati 2016 su 2015): www.inps.it.

⁷ A fronte di una consistenza mensile dei lavoratori dipendenti del settore privato che oscilla tra 11,5 e 12,2 milioni e di lavoratori parasubordinati tra i 500.000 e i 700.000, il numero dei lavoratori remunerati con almeno 1 voucher si situa mese per mese tra i 240.000 e 360.000 circa, cioè a dire, che il numero dei percettori oscilla tra il 1,9% e il 2,8% del bacino osservato.

il dato qualitativo del fenomeno, riguardante, per un verso, le categorie di individui impegnati in queste attività, con una netta sovra-rappresentazione delle donne e dei giovani *under 25*, per l'altro, l'*identikit* dei fruitori di tali prestazioni, in maggioranza piccole aziende dell'industria e del terziario, invece che committenti non imprenditori, quali famiglie e professionisti, secondo quanto si sarebbe potuto auspicare⁸.

Un simile quadro, fatto di alcune luci e molte ombre, rappresenta l'inevitabile corollario di una legislazione troppo episodica e frammentata per poter offrire un inquadramento giuridico coerente, equilibrato, dunque, consono a un istituto dagli indubbi vantaggi applicativi⁹. Non si sottrae a queste critiche neppure il decreto legislativo n. 81 del 2015, che, sotto questo profilo, sembra aver tradito i propositi razionalizzanti del legislatore delegante (art. 1, co. 7, lett. a), l. 10 dicembre 2014 n. 183).

Si spiega così, probabilmente, la promozione di un referendum abrogativo delle norme sul lavoro accessorio ivi contenute. Si può affermare, pertanto, che, al contrario di quanto era avvenuto per i quesiti referendari sull'art. 19 St. lav., frutto di un astensionismo legislativo troppo prolungato nel tempo e a tutt'oggi perdurante, qui la richiesta di rimozione dei "voucher" si atteggia a reazione nei confronti di una iperattività esasperata e inconcludente, se non addirittura dannosa, del legislatore.

Va, tuttavia, considerato che i percettori di voucher a volte non sono lavoratori esclusivi e possono avere un'altra attività lavorativa come dipendenti: cfr. *amplius* i report e le ricerche già citati *supra*, nt. 5.

⁸ Cfr. ANASTASIA, BOMBELLI, MASCHIO, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁹ Sul piano gestionale – e cioè in ragione della sua massima semplificazione – ed economico – in ragione dell'idoneità del *voucher* ad inglobare in sé l'intero costo del lavoro – lo strumento del lavoro accessorio si presenta economicamente molto vantaggioso per il committente. D'altra parte, lo è altrettanto per quei prestatori interessati ad evitare l'incidenza del proprio lavoro sullo *status* di disoccupato o sulla dichiarazione dei redditi propria o del proprio nucleo familiare (il lavoro accessorio, infatti, non incide su quello *status* ed è esente da imposizione fiscale). Tale interesse può essere viepiù significativo, ad esempio, nei territori dove esistono fenomeni di contrattazione sociale territoriale, giacché questa, nel periodo della crisi, ha cercato di abbassare ulteriormente il costo di certi servizi pubblici (v. emblematicamente i nidi d'infanzia) per coloro i quali siano in condizioni di particolare difficoltà economica, anche in relazione alla perdita o alla sospensione del lavoro.

2. *L'inquadramento giuridico del lavoro accessorio: l'obbligazione di lavorare mediante voucher, la matrice contrattuale e la qualificazione del rapporto*

Il supposto nesso tra l'iniziativa referendaria e l'insoddisfacente inquadramento giuridico della fattispecie spinge a partire proprio da qui per rispondere all'interrogativo che la relazione mi pone: i *voucher* vanno abrogati o riformati?

Si è molto discusso, intanto, sulla natura del lavoro accessorio. Credo di poter affermare con sufficiente certezza che tra prestatore e committente si instauri, a riguardo, un vero e proprio rapporto obbligatorio di matrice contrattuale per effetto dell'accordo tra le parti a lavorare, da un lato, e a remunerare tale lavoro in cambio di *voucher*, dall'altro. Si può, in particolare, ritenere che lo scambio dei consensi avvenga nel momento in cui il prestatore si impegna a svolgere l'attività lavorativa fornendo il proprio codice fiscale al committente e quest'ultimo accetti, attivando, per il tramite di quel codice, uno o più *voucher* a favore del prestatore stesso ai fini della loro successiva riscossione presso gli appositi concessionari. Le parti addiventano, così, alla stipulazione di un contratto sinallagmatico completo di ogni elemento essenziale¹⁰ e la prestazione di lavoro accessorio si atteggia a prestazione non di fatto, ma dovuta¹¹, il cui inadempimento è, pertanto, fonte di responsabilità contrattuale. Va rigettata, a tal stregua, la prospettiva di una possibile matrice a-contrattuale del rapporto in questione¹², che, quando voluta dal legislatore, è stata espressa a chiare lettere: si pensi alle "attività agricole (...) svolte da parenti e affini sino al quarto grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo", che la legge definisce espressamente come "prestazioni" offerte "a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale", cioè svolte *affectionis vel benevolentiae causa* e, a ragione, prive di carattere obbligatorio (art. 74 d.lgs. 276/03).

¹⁰ V. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 860, ove si legge che "nel caso ora sottoposto alla nostra valutazione, l'attuatore della delega ha sciorinato una serie di elementi che concorrono a tipizzare una relazione giuridica, pur sempre fondata sull'accordo delle parti, con tratti di distinzione e di specificazione intrinseca. E invero sono dalla legge individuati i soggetti autorizzati e i beneficiari, gli oggetti della prestazione, i settori, o ambiti in cui, e in parte i fini per cui, tali prestazioni possono svolgersi, oltre che il modo, anomalo e caratterizzante, di pagamento".

¹¹ Con riguardo alla prestazione di fatto come prestazione non dovuta, per quanto con riferimento alla fattispecie dell'art. 2126 cod. civ., ove la prestazione è tale non perché il contratto è inesistente, ma perché esso è invalido (nullo o annullato), mi sia consentito rinviare a CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2013.

¹² BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 89 ss.

Accolta l'origine negoziale della fattispecie, si è dibattuto altresì sulla qualificazione giuridica del contratto di lavoro accessorio e, dunque, sulla sua esatta collocazione nell'ambito della dicotomia "subordinazione-autonomia" (artt. 2094 e 2222 cod. civ.).

Mi sembra pure qui di poter ritenere con una certa convinzione che l'evoluzione normativa abbia giocato nel senso di un traghettamento dell'istituto entro una dimensione di sostanziale "stemperamento" del dilemma autonomia-subordinazione.

Desidero spiegarmi meglio. Quando parlo così, non voglio sicuramente contestare la tradizionale e perdurante dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Intendo solo dire che l'unico dato di fattispecie relativo al lavoro accessorio è declinato nei termini di "tetto economico massimo"; sicché diviene riconducibile a tale figura negoziale qualsivoglia attività lavorativa remunerata con *voucher* in misura non superiore a 7000 euro nel corso di un anno civile, annualmente rivalutati sulla base della valutazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati, e ferma restando la soglia massima dei 2000 euro per ciascun committente imprenditore o professionista parimenti rivalutati secondo le modalità sopra descritte (art. 48, co. 1, d.lgs. 81/15).

Non siamo quindi di fronte a un *tertium genus* di contratto di lavoro, né autonomo, né subordinato, come una certa giurisprudenza di merito ha tenuto giustamente a precisare¹³. Siamo piuttosto al cospetto di una fattispecie negoziale che, in linea di principio, può presentarsi intrinsecamente, ossia nelle sue modalità esecutive, sia come autonoma sia come subordinata¹⁴. E ciò in ragione non tanto – come sostenuto dai giudici costituzionali nel giudizio di ammissibilità del referendum – della espunzione del requisito di occasionalità dalla definizione legale¹⁵, quanto del fatto che il "tetto economico massimo" nulla ci dice a proposito delle modalità di svolgimento del rapporto. Si tratta, infatti, di un elemento concepito al solo scopo di agganciare la fattispecie del lavoro accessorio a particolari effetti, nello specifico ad un

¹³ Trib. Milano 26 maggio 2016 n. 429, in *RIDL*, 2017, 2, p. 95.

¹⁴ Cfr. TAR Brescia (Lombardia), Sez. II, 7 aprile 2015 n. 490, in *De Jure*, www.iusexplorer.it, consultato il 27 luglio 2017, secondo cui "dalla lettura delle disposizioni pertinenti non si traggono indicazioni sulla natura giuridica del rapporto instaurato, in quanto la disciplina contempla delle mere prestazioni lavorative che possono assumere i connotati della subordinazione ovvero dell'autonomia, per le quali il legislatore ha previsto alcune tutele minime".

¹⁵ C. Cost. 27 gennaio 2017 n. 28.

peculiare regime di tutela, che prescinde del tutto dalla condizione di autonomia o subordinazione del lavoro prestato. Si ha, tuttavia, una sorta di immunizzazione della fattispecie (dell'art. 48 d.lgs. 81/15) dalla questione qualificatoria, poiché rispetto al lavoro per *voucher* (o, meglio, alla sua disciplina) “l’alternativa” autonomia/subordinazione “non gioca alcun ruolo”¹⁶.

Tuttavia, il fatto che il menzionato regime di tutela contempra garanzie solo minime per il prestatore di lavoro crea problemi di non poco conto rispetto alla disciplina del lavoro subordinato, più che a quella del lavoro autonomo, poiché è la prima a imporre uno statuto protettivo di chi lavora ben più ampio e pregnante di quello riservato al lavoratore c.d. a *voucher*.

Ove guardato sotto tal profilo, il lavoro accessorio si presenta come un vero e proprio “varco” nel “muro” della subordinazione e delle sue garanzie. L’operazione acquista, così, in qualche modo i tratti di una “sottrazione dei benefici normativi del lavoro dipendente” nell’ambito di un gioco non nuovo di valutazione e allocazione dei costi/benefici connessi allo statuto protettivo di detto lavoro¹⁷. E bisogna, allora, domandarsi se e in quale misura

¹⁶ L’espressione è di PEDRAZZOLI, *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 858, per quanto utilizzata con riguardo a fattispecie diverse da quella qui in argomento; di recente, sottolineata, sia pur problematicamente, l’“approccio pragmatico” del legislatore in tema di lavoro accessorio TULLINI, *op. cit.*, p. 264; ha invitato, già a suo tempo, a prescindere da una indagine sulla natura del rapporto DELL’OLIO, *op. cit.*; v. pure, tra gli altri, MISCIONE, *op. cit.*, che, pur propendendo per la figura del *tertium genus*, accede comunque alla tesi secondo cui il lavoro accessorio, “se vengono rispettati i limiti economici”, “è inoppugnabile o indiscutibile”; di diverso tenore, invece, Trib. Udine 17 aprile 2014, in www.cameracivileudine.it, consultato il 27 luglio 2017, il quale, pur rigettando il ricorso del prestatore accessorio, mi sembra partire comunque dall’idea che, qualora vi sia subordinazione, il rapporto debba comunque ricondursi alla disciplina dell’art. 2094 ss. cod. civ., senza che nessuna rilevanza sia attribuibile al rispetto del limite quantitativo dei compensi di cui alla legge; per questa opinione, in dottrina, SPINELLI, *op. cit.*, p. 592; di diverso tenore ancora, le tesi di chi ha qualificato, invece, il lavoro accessorio come fattispecie di lavoro subordinato: v. PINTO, *op. cit.*; VALENTE, *op. cit.*; per la tesi dell’autonomia, sostenuta soprattutto, in vigenza del testo originario del decreto legislativo n. 276 del 2003, v., per tutti, PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio*, cit., p. 860, che parla, più precisamente, di “una ipotesi speciale di contratto d’opera”; analogamente, in giurisprudenza, Trib. Milano 1 aprile 2014, in *ADL*, 2014, n. 3, p. 810, secondo cui “il lavoro accessorio costituisce una categoria speciale all’interno delle collaborazioni occasionali” per un riepilogo delle diverse posizioni, v. comunque PERSICO, *op. cit.*, p. 421 e ivi per ulteriori riferimenti dottrinali.

¹⁷ PEDRAZZOLI, *Sulla cosiddetta indisponibilità del tipo lavoro subordinato: ricognizione e spunti critici*, cit., p. 851 ss. si è molto soffermato sul tema, assai delicato e cruciale, dell’allocazione dei costi economici e normativi collegati alla redistribuzione normativa delle tutele e ha dimostrato, attraverso una meticolosa selezione e classificazione di certi disposti legislativi, come la redi-

essa trovi giustificazione, stanti i limiti alla disponibilità del tipo contrattuale lavoro subordinato ravvisati dalla Corte Costituzionale in sue due note pronunce¹⁸. Benché a queste ultime non possa essere attribuito “il valore di impedire al futuro legislatore (...) abbattimenti di discipline finora imputate a certe fattispecie”, restando “il legislatore (...) indiscutibilmente sovrano” a riguardo, resta pur sempre vero che tale sovranità andrà comunque esercitata secondo ragionevolezza¹⁹ ed uguaglianza.

3. *La ratio normativa del lavoro accessorio: l'ambigua liaison sommerso-voucher e il ricorso alla “tracciabilità” del “buono”*

La risposta alla domanda appena posta passa, intanto, per una riflessione sulla *ratio* dell'istituto. Occorre capire se a fondamento della disciplina del lavoro accessorio vi siano speciali interessi meritevoli di tutela, tali da giustificare, in qualche misura un'operazione come quella sopra descritta, che a una fattispecie avulsa dall'assetto dicotomico tradizionale dell'esperienza giuslavoristica aggancia uno statuto protettivo minimo rispetto a quello del lavoro subordinato.

Se si prescinde dalle più recenti finalità redistributive delle tutele (art. 1,

stribuzione non abbia mancato di orientarsi, già a suo tempo, verso la sottrazione di certe discipline dai benefici del lavoro dipendente: un caso per tutti è quello del lavoro sportivo, la cui «la ridefinizione della fattispecie è compiuta assumendo la natura a priori subordinata della “prestazione a titolo oneroso dell'atleta” (art. 3 l. 23 marzo 1981 n. 91), per cui si può ben intendere tale assunto come una presunzione assoluta di subordinazione. Sennonché, subito dopo viene sancita l'iscrizione della prestazione dell'atleta al lavoro autonomo, quando essa non dura oltre un certo tempo (otto ore settimanali, cinque giorni al mese, trenta giorni all'anno), o si verifichi in situazioni caratterizzate da alcuni elementi quantitativi estrinseci ed eterogenei, come le quantità e frequenza delle manifestazioni a cui lo sportivo partecipa o l'obbligo di sottoposizione ad allenamenti. Se si adotta il procedimento di qualificazione consueto, nessuno di questi requisiti è idoneo a spostare la qualificabilità del rapporto come subordinato. È quindi il legislatore a imporre il trattamento del lavoro autonomo “prescindendo dall'esistenza o no di un vincolo di subordinazione» (p. 861 ss.).

¹⁸ C. Cost. 29 marzo 1993 n. 121; C. Cost. 31 marzo 1994 n. 114.

¹⁹ PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 1998, n. 21, p. 27; v. anche, sul punto, ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo “limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”*, in *DLRI*, 2009, p. 77 ss., spec. 85 ss. a commento del saggio di D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, n. 1, p. 63 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, 2, p. 95 ss.

co. 1, lett. c), l. 28 giugno 2012 n. 92) e promozionali dell'occupazione (art. 1, co. 7, lett. a) e h), l. 183/14), che hanno fatto della "liberalizzazione" dei *voucher* una sorta di "contropartita" al restringimento di altri canali flessibili di impiego della manodopera, come il lavoro subordinato intermittente e quello autonomo parasubordinato (artt. 2, 13 ss., 52, d.lgs. 81/15), è stato l'obiettivo della lotta all'esclusione sociale²⁰ e, poi, soprattutto del contrasto al sommerso a venire all'attenzione e a rappresentare la *ratio* principale dell'istituto²¹.

Si tratta, a quest'ultimo riguardo, di una finalità di trasparenza del mercato del lavoro e di rispetto delle regole sull'impiego del personale, nonché sulla leale concorrenza tra imprese, che, in quanto corrispondente a un interesse generale, appare del tutto meritorio perseguire. A tal stregua, una normativa la quale sia preordinata a sottrarre almeno parte dei rapporti di lavoro dalle maglie del "lavoro nero" non può che ricevere accoglienza positiva.

Il problema è che, però, da un lato, l'estrema (per quanto vantaggiosa) semplificazione degli oneri formali connessi all'impiego dei *voucher* – così estrema da richiedere una ben più forte capacità di vigilanza – dall'altro, l'esistenza di uno statuto protettivo minimo – così minimo da rendere l'istituto particolarmente concorrenziale rispetto al lavoro dipendente – hanno alimentato gli abusi, invece di combatterli.

Una volta esteso l'ambito applicativo del lavoro accessorio a tutti i settori produttivi, oltre che a tutte le persone in età da lavoro, il fenomeno abusivo ha finito, così, per sfuggire di mano, a riprova di una certa superficialità normativa nella progressiva "liberalizzazione" dell'istituto e di una implementazione poco accorta dello stesso.

Si può dire che il sistema dei *voucher* abbia avuto la capacità di insinuarsi nelle pieghe dell'economia informale senza, tuttavia, combatterla. Pertanto, si è assistito a una sorta di combinazione tra *voucher* e sommerso, che, al più,

²⁰ Questo obiettivo era ben testimoniato dall'originario ambito applicativo soggettivo del lavoro accessorio, limitato a soggetti deboli del mercato del lavoro, e dal coinvolgimento dei servizi per l'impiego nella iniziale gestione burocratica dell'istituto (art. 71 d.lgs. 276/03).

²¹ Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001, p. 62, ove il Governo dice di voler trarre ispirazione dalla "esperienza belga del "lavoro accessorio" (...) sorretta dalla (...) finalità di favorire la riemersione"; TIRABOSCHI, *La ricetta-voucher contro il sommerso*, www.adapt.it, 5 febbraio 2010, http://bancadati.anpalservizi.it/bdds/download?fileName=C_21_-Strumento_6575_documenti_itemName_o_documento.pdf&uid=2e23f683-cdd5-4e26-8541-c1e1de5608ae, consultato il 22 luglio 2017.

è riuscita a trasformare in “grigio” quel che prima era “lavoro nero”²². A ciò si è aggiunto, poi, un effetto di sostituzione di lavoro subordinato con *voucher*, che recenti ricerche e statistiche hanno bene messo in luce²³.

Si spiega, così, allora, l’opzione legislativa – nelle more della procedura di richiesta referendaria – a favore di un intervento correttivo nei confronti del sistema, inteso, sulla falsariga dell’esperienza normativa del lavoro intermittente, a rafforzare la piena tracciabilità dei buoni lavoro, mediante introduzione, a carico di imprenditori e professionisti, di un obbligo comunicativo, presso la sede territorialmente competente dell’Ispettorato nazionale del lavoro, di una serie di elementi – quali dati anagrafici, codice fiscale, luogo, giorno, ora di inizio e di fine della prestazione – almeno 60 minuti prima dell’avvio dell’attività lavorativa (art. 1, co. 1, lett. *b*), d.lgs. 24 settembre 2016 n. 185, che ha novellato l’art. 49, co. 3, d.lgs. 81/15)²⁴.

L’intervento correttivo non ha, certo, potuto privare l’iniziativa referendaria della sua ragion d’essere, considerato il persistente interesse dei promotori della stessa a vedere abrogata la normativa nella propria interezza²⁵. Tuttavia, esso induce a domandarsi se per caso ogni più significativa criticità dell’istituto sia stata in qualche modo affrontata e sostanzialmente superata, al punto da poter concludere che i *voucher* non vanno né abrogati né riformati, ma solo e semplicemente conservati, secondo un’opzione non contemplata nel titolo della relazione affidatami, ma comunque decisiva nell’ottica dell’alternativa secca – *si*, ma anche *no* – sottesa al referendum abrogativo²⁶.

Se si guarda alle statistiche a disposizione, è facile osservare un vistoso rallentamento del ricorso all’istituto proprio in corrispondenza con l’entrata in vigore del decreto correttivo. Per quanto il dato si inserisca all’interno di un più generale *trend* di normalizzazione del fenomeno già avviatosi a inizio anno, è realistico ritenere che l’obbligo comunicativo sopramenzionato, spe-

²² Sul punto, efficacemente, ZILLI, *Dalle prestazioni ai prestatori di lavoro accessorio*, cit., p. 306.

²³ Cfr. DE ANGELIS, MARRONE, *op. cit.*

²⁴ Sempre per la stessa norma, la comunicazione è effettuata via Sms o posta elettronica. Gli imprenditori agricoli sono, invece, “tenuti a comunicare, nello stesso termine e con le stesse modalità (...), i dati anagrafici o il codice fiscale del lavoratore, il luogo e la durata della prestazione con riferimento ad un arco temporale non superiore a tre giorni”.

²⁵ V. la ricostruzione della parte in fatto di C. Cost. 27 gennaio 2017 n. 28, *op. cit.*

²⁶ Lucide critiche a questa alternativa secca sono giustamente avanzate da Mario Rusciano e Raffaele De Luca Tamajo in questo Quaderno della rivista.

cie quello relativo alla data di inizio e di fine della prestazione, abbia scoraggiato – nonostante il suo fragile apparato sanzionatorio²⁷ – l’impiego del lavoro accessorio, bloccando sul nascere operazioni fraudolente, come l’utilizzo di un solo *voucher* per più ore di lavoro oppure l’attivazione dello stesso solo al bisogno, ad esempio a infortunio lavorativo avvenuto, così da regolarizzare *ex post* la posizione del lavoratore anche ai fini dell’assicurazione Inail.

È rimasto, invece, aperto il problema della possibile sostituzione di lavoro subordinato con *voucher*, problema che l’obbligo comunicativo in parola ha potuto calmierare, ma non del tutto eliminare, giacché connesso a lacune strutturali di sistema, involgenti tanto il regime giuridico, quanto la fattispecie del lavoro accessorio²⁸.

Con riguardo al regime giuridico, è facilmente desumibile da quanto detto come la lotta al sommerso non si sia coniugata con il traghettamento dei rapporti emersi all’interno di uno statuto protettivo sufficientemente coerente e convincente. Detti rapporti sono transitati, infatti, in una dimensione di sottoprotezione, che ha fatto del lavoro accessorio uno strumento di regolarizzazione a basso costo della manodopera, idoneo a accentuare, invece che appianare, disuguaglianze e dualismi nel mercato del lavoro italiano.

Con riguardo alla fattispecie, si è ben rilevato finora come le prestazioni remunerate con *voucher* configurino a tutt’oggi un’anomalia nell’ambito della dicotomia “autonomia-subordinazione”. Declinate come sono in una maniera così grossolana, sulla scorta di una mera soglia economico-quantitativa, esse stridono con il più generale e già di per sé contraddittorio assetto dei contratti di lavoro, contribuendo ad un quadro normativo fatto di sovrapposizioni, incoerenze, irrazionalità²⁹.

Per questi motivi, la disciplina del lavoro accessorio non meriterebbe semplicemente di venir confermata, ma richiederebbe quanto meno di essere riformata.

²⁷ RAUSEI, *Il lavoro accessorio alla prova del correttivo: un sistema sanzionato fragile e incoerente*, in *Boll. Adapt*, 26 giugno 2016; SANTORO, *La riforma della disciplina sanzionatoria del lavoro accessorio*, in *TSL*, 2016, 2, p. 51 ss.

²⁸ Cfr. CHIARI, *Inps: senza voucher cresciuti i lavoratori contrattualizzati*, in *il manifesto*, 11 luglio 2017, p. 5.

²⁹ Severo è stato, già a suo tempo, il giudizio sull’utilizzo di soglie economiche quantitative come dato di fattispecie espresso da PEDRAZZOLI, *Superamento di quantità nell’anno come dato di fattispecie: lo sventurato caso del “lavoro occasionale”*, in *RGL*, 1, p. 227 ss.

4. *Lo statuto protettivo del lavoro accessorio: l'insostenibile leggerezza del voucher*

Su questa strada, c'è anzitutto una premessa da svolgere ed è quella che passa da una riflessione sul senso del diritto del lavoro oggi. Il discorso sarebbe lungo e complesso, ma basti qui osservare come qualsiasi operazione riformatrice non possa che partire da una riaffermazione del *proprium* assiologico di questa branca del diritto. Il contratto di lavoro è strumento giuridico attraverso il quale le parti che domandano e offrono occupazione s'incontrano, scambiandosi reciproci impegni e così regolamentando il proprio rapporto in vista della soddisfazione dei loro interessi. Ora, se il diritto del lavoro è chiamato a intervenire a riguardo, lo si deve proprio alla sussistenza tra i contraenti di un'asimmetria di poteri da correggere, giacché questa è la funzione o, altrimenti detto, il codice genetico di tale scienza giuridica³⁰.

Insomma, il diritto del lavoro opera sull'autonomia contrattuale individuale, ragionando in termini di statuto protettivo – nel rapporto e nel mercato del lavoro – della persona che presta le sue energie lavorative, per quanto detto statuto sia ovviamente il frutto di una valutazione “a monte” del legislatore in termini di costi/benefici delle parti, valutazione condotta in una logica di mediazione e contemperamento tra contrapposti interessi.

Stando così le cose, partire proprio dall'analisi dello statuto protettivo del lavoro accessorio, per interrogarmi sulle criticità dell'istituto in vista di una sua possibile riforma.

Se si guarda, intanto, alle tutele interne al rapporto di chi presta la propria attività “a voucher”, risalta soprattutto l'estrema debolezza dell'apparato garantistico³¹. Tutto pare ridursi a poco più di uno scambio economico a prezzo fisso. Per il legislatore, la prestazione accessoria merita qualcosa di meno persino rispetto alla prestazione di fatto in violazione di legge (art. 2126 cod. civ.), cui è comunque ricollegabile una serie di effetti legali, anche ulteriori rispetto al diritto alla retribuzione, tra i quali, ad esempio, la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori³².

³⁰ Da ultimo, v. PERULLI, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in ID. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer Cedam, 2016, p. XLI ss.; SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, nel *Quaderno di questa rivista*, 2016, 2, p. 33 ss.

³¹ Sottolinea la incertezza, sul piano delle regole, dei vantaggi per il prestatore del lavoro accessorio CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 340.

³² Mi sia consentito ancora rinviare a CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 115 ss.

Proprio a quest'ultimo riguardo, la disciplina del lavoro accessorio si presenta, invece, lacunosa all'inverosimile. Nell'oscillare tra autonomia e subordinazione, la legge impone, infatti, l'applicazione della normativa prevenzionistica ai soli "casi in cui la prestazione sia svolta a favore di un committente imprenditore o professionista" (art. 3, co. 8, d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81). Ne restano fuori pertanto, inspiegabilmente, tutte quelle attività accessorie eseguite a favore di soggetti non imprenditori, cioè associazioni, organizzazioni di tendenza e perfino pubbliche amministrazioni, rispetto alle quali opereranno le sole disposizioni sulla sicurezza dei lavoratori autonomi.

Assai poco persuasivo appare pure il richiamo alle prestazioni accessorie concretantesi in piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresi l'insegnamento privato supplementare e l'assistenza domiciliare ai bambini, agli anziani, agli ammalati e ai disabili, richiamo che il legislatore compie allo scopo di sottrarre completamente tali attività dall'ambito applicativo della normativa sulla prevenzione dei rischi. La previsione, da un lato, si presenta superflua, considerata l'inapplicabilità già "a monte" della normativa prevenzionistica agli addetti ai servizi domestici e familiari per via della loro estromissione dalla nozione di lavoratore a fini prevenzionistici; dall'altro, appare mal coordinata con la normativa generale sul lavoro accessorio, la quale omette ormai qualsiasi riferimento alle menzionate attività, un tempo sì chiamate a delimitare il ricorso ai *voucher*, ma ora non più, per la scomparsa di qualsivoglia limite oggettivo all'impiego di tale strumento; sicché, anche solo "per una questione di stile"³³, si sarebbe potuto omettere un simile elenco analitico (art. 3, co. 8, d.lgs. 81/08). Di una lacuna è, infine, lecito parlare pure con riguardo alla disciplina del tempo di lavoro, la cui inapplicabilità non può non destare soverchi dubbi, laddove l'attività remunerata con *voucher* si configuri come eterodiretta.

Si presenta, al contrario, centrale quella parte di tutela, introiettata nel "buono lavoro", consistente nel diritto a un compenso minimo orario, nonché all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Diverso giudizio va, invece, riservato alla tutela previdenziale. L'aliquota contributiva, fissata nella percentuale molto alta del 25%, ha un peso eccessivo all'interno del valore complessivo del "buono" acquistato ed è percepita dalle parti, lavoratore *in primis*, specie se inoccupato, come un ennesimo balzello o comunque alla stregua di un'elargizione sostanzialmente "a fondo perduto"

³³ TULLINI, *op. cit.*, p. 276.

in favore dell'Inps, data l'estrema difficoltà di maturare una pensione dignitosa³⁴. Nessun sostegno economico nella forma dell'assegno al nucleo familiare è, inoltre, contemplato a favore della famiglia del prestatore di lavoro accessorio.

Il quadro non migliora, infine, se dalle tutele nel rapporto si passa a quelle sul mercato del lavoro. Il fatto che i compensi percepiti dal lavoratore non incidano sul suo stato di disoccupazione è cosa positiva per un disoccupato che intenda svolgere attività accessorie senza perdere il sostegno al reddito, ma non lo è altrettanto per un inoccupato, il quale rimarrà tale anche alla cessazione della sua attività accessoria; il che sicuramente gli consentirà di fruire degli interventi di ausilio nella ricerca di un lavoro, ma non invece delle misure di sostegno al reddito.

Così stando così le cose, è, allora, essenzialmente la disciplina fiscale – quella che esenta il compenso percepito da imposizione tributaria – a candidarsi a reale punto di forza del lavoro accessorio, se guardato, quest'ultimo, dal punto di vista del prestatore di lavoro.

5. *L'ambito applicativo del lavoro accessorio: i voucher tra marginalità e lavoro povero*

Nelle more del referendum, hanno suscitato un certo dibattito le molte proposte di riforma per via legislativa della materia³⁵. La gran parte di esse

³⁴ Sul tema, che mi sembra di particolare rilevanza, v. Inca, *Voucher: "buoni" per oscurare lavoro e tutele*, in www.inca.it, consultato il 27 luglio 2017; per una sintesi BARTOLI, *"Buoni" sì, ma per oscurare lavoro e tutele*, in rassegna.it, 28 febbraio 2017, www.rassegna.it, consultato il 27 luglio 2017; c'è stato, nel concreto, il caso di un lavoratore di Carpi, che, tramite *voucher* percepiti nell'ultima parte della sua vita lavorativa, è riuscito a maturare il diritto alla pensione; il problema è stato però quello dell'accredito dei contributi derivanti dai *voucher* medesimi, perché la sede dell'Inps di Modena si è detta non abilitata a compiere questa operazione; sul punto è stata presentata, presso la Camera dei deputati, un'interrogazione a risposta scritta 4/15718 in data 24 febbraio 2017 da Giovanni Paglia del Gruppo Sinistra italiana - Sinistra Ecologia Libertà.

³⁵ Cfr. le proposte di legge presentate alla Camera dei deputati tra il 2016 e il 2017 e, in particolare, la proposta di legge n. 3601 dell'11 febbraio 2016, d'iniziativa dei deputati Damiano e altri, la proposta di legge n. 3796 del 2 maggio 2016, d'iniziativa dei deputati Ciprini e altri, la proposta di legge n. 4125 del 27 ottobre 2016, d'iniziativa del deputato D'Agostino; la proposta di legge n. 4185, del 21 dicembre 2016, d'iniziativa della deputata Polverini; la proposta di legge n. 4206, del 9 gennaio 2017, d'iniziativa dei deputati Simonetti e altri; la proposta di legge n. 4214, dell'11 gennaio 2017, d'iniziativa dei deputati Airaudo e altri. Per proposte meno recenti

muove da una logica di “ritorno alle origini”, con l’obiettivo di reintrodurre il requisito della occasionalità nella fattispecie. Si riesumano così vecchi limiti oggettivi e soggettivi al lavoro remunerabile per *voucher*.

Quanto al “ritorno alle origini”, sarebbe consigliabile, per la verità, maggiore cautela. “Quelli che non sanno ricordare il passato sono condannati a ripeterlo”, si è detto³⁶, e sappiamo che il lavoro accessorio è rimasto a lungo sulla carta, appesantito com’era da vincoli e “paletti”, che lo hanno reso per anni inaccessibile. Il diritto, al contrario, ha bisogno di funzionare, certo di funzionare bene, ma pur sempre di funzionare.

Con riguardo, invece, al tipo di limiti apponibili, il discorso diventa più complesso.

Se si guarda a quelli soggettivi, va considerato che essi vennero inizialmente introdotti con una finalità precipua di contrasto all’esclusione sociale; sicché riconvertirli ora ad una nuova funzione, del tutto avulsa da quella loro propria, pare francamente un fuor d’opera. La scelta di riservare i *voucher* solo a certe categorie di individui, invece che alla più ampia platea di soggetti in cerca di occupazione, nulla ci dice, insomma, sulla occasionalità dell’impegno lavorativo, come, invece, paiono ritenere gli estensori di tali proposte legislative. Al più, i limiti soggettivi potrebbero valere a qualificare nel senso dell’accessorietà il lavoro in oggetto quando, ad esempio, quest’ultimo sia riservato a persone come studenti, casalinghe, disoccupati, e risulti, pertanto, complementare rispetto alle loro principali attività di studio, di cura della famiglia e della casa ovvero rispetto a prestazioni previdenziali di sostegno al reddito percepite dal prestatore.

Men che meno potranno, poi, essere dei limiti oggettivi a connotare in senso occasionale il lavoro “a *voucher*”, salvo voler intendere la occasionalità quale sinonimo di “lavoretto”, in connessione con il carattere obiettivamente “marginale” e “residuale”, o “povero” per dirla in altri termini, del tipo di occasione lavorativa nel mercato del lavoro³⁷. Ma anche qui, il discorso non reggerebbe sul piano giuridico e sarebbe altresì criticabile su quello sociologico, considerata l’esplosione della c.d. *gig economy*, che costringe tuttora una

v., invece, la proposta di legge n. 584, del 28 marzo 2013, d’iniziativa del deputato Palmizio; la proposta di legge n. 1681, del 10 ottobre 2013, d’iniziativa dei deputati Vitelli e altri; cfr. pure CGIL, *Carta dei diritti universali del lavoro. Nuova vita ai diritti*, contenente una proposta di legge di iniziativa popolare per un “Nuovo Statuto delle lavoratrici e dei lavoratori”, artt. 80 e 81.

³⁶ SANTAYANA, *The Life of Reason or the Phase of Human Progress*, MIT Press, 1905-1906.

³⁷ V. C. Cost. 11-27 gennaio 2017 n. 28, *op. cit.*

non ristrettissima cerchia di soggetti, nel mondo occidentale, a dibattersi tra lavori precari, coatti, marginali, gratuiti³⁸ e altre attività forse non definibili neppure di “lavoro”, ma comunque destinate a connotare buona parte del loro percorso “professionale” ed esistenziale³⁹.

Bisognerebbe soprattutto evitare quella sorta connubio tra “lavoro povero” e fasce deboli ovvero a rischio di esclusione sociale, frutto dell’intersezione tra i campi, soggettivi e oggettivi, di applicazione dei *voucher*.

Nell’elenco delle attività eseguibili a tal stregua ne figurano alcune definibili, del resto, “marginali” solo per il punto di vista culturale e politico di chi li ha regolamentati senza coglierne l’oggettiva centralità: pensiamo ai servizi di manutenzione della città, del verde, dei parchi pubblici, del patrimonio artistico e museale; poniamo ancora mente ai servizi domestici e di cura alla persona, forse ritenuti “poveri” perché svolti per lo più da donne allo scopo di “aiutare” altre donne e, peraltro, nell’assoluta assenza di percorsi formativi e professionali *ad hoc*⁴⁰.

In uno scenario di grande trasformazione della famiglia occidentale, con conseguente disgregazione delle sue forme più tradizionali, sarebbe importante investire nelle politiche sociali, nonché nei servizi familiari e di sostegno alla genitorialità; sicché il lavoro accessorio potrebbe costituire una parte non secondaria di tale investimento⁴¹. D’altronde, presso altri Paesi europei, alla cui normativa il legislatore italiano si è espressamente ispirato, le cose sono andate esattamente in questo modo e lo strumento del *voucher* ha funzionato senza soverchi problemi⁴².

³⁸ In tema BASCETTA, *Al mercato delle illusioni. Lo sfruttamento del lavoro gratuito*, Manifestolibri, 2016; DE ANGELIS, *op. cit.*

³⁹ Cfr. TULLINI, *Digitalizzazione dell’economia e frammentazione dell’occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d’intervento*, in *RGL*, 2016, 1, p. 748 ss.

⁴⁰ Per una intrigante ricerca sull’argomento, v. MOUSAID, BOSMANS, HUEGAERTS, VAN-ROELEN, *The service voucher system, health and health inequalities*, in *Interface Demography Working Paper*, 2015, 1; per interessanti testimonianze da un punto di vista globale, EHRENREICH, HOSCHCHILD, *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Feltrinelli, 2002.

⁴¹ DA MOLIN, *Famiglia*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Supplemento, 2004, in *www.treccani.it*; v. pure ISTAT, *Annuario statistico 2016*, in *www.istat.it* e, in particolare, il capitolo 3, dedicata a “Popolazione e Famiglie”.

⁴² Sull’esperienza del lavoro accessorio fuori dai confini nazionali v. BORZAGA, *Regolamentazione e problematiche applicative del lavoro accessorio in Italia alla luce di alcune esperienze straniere*, in *Iceberg*, 2004, 1; SANSONI, *La sperimentazione del lavoro occasionale di tipo accessorio in Francia e Belgio*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè,

6. *Il lavoro accessorio nel sistema dei contratti di lavoro: al di là di subordinazione e autonomia*

Per quanto finora osservato, mi permetto di confutare l'opinione dei giudici della Consulta, secondo cui il venir meno di "qualsiasi riferimento alla occasionalità della prestazione lavorativa quale requisito strutturale dell'istituto" dipende dalla cancellazione dei vecchi limiti soggettivi e oggettivi all'impiego dello stesso⁴³.

Penso, invece, che detto requisito sia sempre stato inteso dal legislatore nei termini di "durata complessiva dei rapporti" e comunque – anche quando quest'ultimo richiamo è venuto meno – di "compensi complessivamente non superiori a una certa soglia", secondo un'opzione normativa che ha consentito di accomunare lavoro accessorio e lavoro autonomo occasionale, al punto da fare a lungo del primo un sottotipo del secondo⁴⁴.

Allo stesso modo, non enfatizzerei troppo la recente scomparsa del requisito medesimo dalla denominazione dell'istituto⁴⁵, dovuto forse più al venir meno di un'esigenza di raccordo sistematico con il menzionato lavoro autonomo occasionale, oggi abrogato (art. 52 d.lgs. n. 81/2015), che ad un sostanziale regresso della occasionalità del lavoro accessorio, almeno se declinata, quest'ultima, nei classici termini di una soglia quantitativa massima ai compensi percepiti con *voucher*.

Il problema è piuttosto che una occasionalità di tal fatta poco o nulla ci dice in ordine alla durata del rapporto e alle modalità di esecuzione della prestazione. Se facciamo un calcolo, ponendo mente al limite massimo dei 2693 euro lordi⁴⁶ di spesa per *voucher* posto a carico di imprese e professionisti e ipotizziamo, ad esempio, che il committente intenda remunerarvi un solo prestatore per giornate di lavoro accessorio pari ciascuna a 8 ore, compensate con buoni di 10 euro lorde, ecco, se facciamo questo calcolo, scopriremo che entro il limite massimo sopramenzionato sarà possibile ottenere 33 giorni di lavoro da quel prestatore, di cui almeno 30 potranno essere svolte senza soluzione di continuità, stante la possibilità di attivare *voucher* con un'unica co-

2008, p. 191 ss.; ID., *Lavoro accessorio e buoni lavoro in Belgio: le ragioni di un successo*, in www.certificazione.unimore.it, consultato il 27 luglio 2017.

⁴³ C. Cost. 27 gennaio 2017 n. 28, *op. cit.*

⁴⁴ Trib. Milano 1 aprile 2014, *op. cit.*

⁴⁵ Come fa, invece, sempre C. Cost. 27 gennaio 2017 n. 28, *op. cit.*

⁴⁶ Cioè si tratta dei 2000 netti di compenso per il lavoratore di cui alla legge.

municazione fino a 30 giorni consecutivi. Si capisce, allora, considerato tutto questo, che il lavoro accessorio ben potrà essere compatibile, in linea di principio, con il requisito della continuità del rapporto e, quindi, inevitabilmente anche con quello della eterorganizzazione o della eterodirezione.

Torna, allora, l'interrogativo di come ciò possa giustificarsi rispetto a un ordinamento giuridico quale il nostro, che impone di offrire comunque una qualificazione ai rapporti, riconducendoli entro le maglie e l'apparato protettivo del lavoro subordinato in presenza di certi indici. Il *voucher* non è solo un "modo, anomalo e caratterizzante, di pagamento"⁴⁷, ma, come si diceva, è soprattutto strumento che attribuisce una sorta di immunità dalla questione qualificatoria e pone il rapporto al riparo da ogni indagine in tal senso. Così facendo, però, consente disparità di trattamento difficilmente giustificabili tra prestatori accessori eterodiretti e restanti lavoratori, assunti, invece, tramite tipologie contrattuali flessibili, sì, ma ben più garantistiche (contratto a termine, intermittente, *part-time* verticale).

Credo che la caduta di limiti soggettivi e oggettivi all'impiego di *voucher*, se certo non ha intaccato la occasionalità intesa nel senso sopramenzionato, ha invece, reso ben più ardua la giustificazione razionale della disciplina in argomento. L'intersezione tra i suddetti limiti e la loro finalizzazione al perseguimento di obiettivi di contrasto all'esclusione sociale irrobustiva, in effetti, la "specialità" della menzionata tipologia contrattuale in vista di un suo possibile scrutinio di costituzionalità, condotto alla luce del principio di indisponibilità del tipo. La lotta al sommerso, invece, di per sé sola non è forse in grado di fare altrettanto, giacché è difficile sostenere, se non entro stretti limiti, che per rafforzare il rispetto delle regole occorre consentirne la deroga.

Poiché il *voucher* assurge a strumento di immunizzazione della fattispecie dalla questione qualificatoria, esso impatta, infine, anche sull'art. 2 del decreto legislativo n. 81 del 2015, che, per quanto disposizione assai ambigua, parrebbe diretta, quale "norma di disciplina", a orientare la qualificazione del rapporto di lavoro in senso subordinato, ove manchi la certezza dell'eterodirezione e pur tuttavia l'attività lavorativa si sia svolta nelle forme di una collaborazione continuativa eterorganizzata quanto ai tempi e al luogo⁴⁸.

⁴⁷ PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio*, cit., p. 860.

⁴⁸ In questi termini, con molta chiarezza GRAGNOLI, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, MGL, Supplemento, 2015, 3, p. 59 ss., che mi pare, così, collocarsi su posizioni analoghe a quelle di TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, n. 6, p. 1117 ss.; considerazioni di diverso tenore mi paiono, ad esempio, espresse,

Il lavoro accessorio congela l'art. 2 e spiega perché, una volta sbarrate le porte *ex lege* al contratto a progetto (art. 52 d.lgs. n. 81/2015), molte collaborazioni coordinate e continuative abbiano trovato riparo nei *voucher*, così contribuendo anch'esse alla crescita del fenomeno. Una dimostrazione in più, questa, di come la sorte delle prestazioni remunerate mediante buoni lavoro non possa essere ripensata in maniera disgiunta da quella del lavoro autonomo, nella prospettiva di un più coerente riassetto complessivo delle fattispecie, rispetto a cui elementi come la durata, il tempo, lo spazio – tutti già evocati non a caso dall'art. 2 – possono rappresentare preziosi spunti per l'avvio di una più profonda ed ampia riflessione.

7. Breve epilogo

“Tant'acqua è passata sotto i ponti”, verrebbe da dire a questo punto, perché, nelle more della scrittura di questa mia relazione, il quadro è cambiato definitivamente.

Con una mossa inattesa, che ha letteralmente colto di sorpresa famiglie, imprenditori, professionisti e persino esercenti di servizi autorizzati alla vendita di *voucher*, il Governo è intervenuto ad abrogare la disciplina del lavoro accessorio (artt. 48, 49, 50 d.lgs. 81/15) fin qui oggetto di attenzione, così da bloccare lo svolgimento del referendum (art. 1 d.l. 17 marzo 2017 n. 25, conv. senza modificazioni in l. 20 aprile 2017 n. 49)⁴⁹.

Trascorso qualche mese, il Governo medesimo ha provveduto a introdurre una nuova normativa in materia, inserendola nelle disposizioni urgenti in materia finanziaria e, in particolare, nelle misure per il lavoro, la produttività delle imprese e degli investimenti (art. 54-*bis* d.l. 24 aprile 2017 n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017 n. 96).

Il vecchio lavoro “a *voucher*” è stato così sostanzialmente trasfuso nella disciplina delle prestazioni occasionali e, in particolare, nell'ambito delle disposizioni sul “Libretto Famiglia” (art. 54-*bis*, commi 6 ss., d.l. 50/17, conv. in l. 96/17) e sul “Contratto di prestazione occasionale” (art. 54-*bis*, commi 13 ss., d.l. 50/17, conv. in l. 96/17).

invece, nel corposo e approfondito lavoro di RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 266/2015.

⁴⁹ In tema CARNEVALE, *Decreto-legge su lavoro accessorio e responsabilità solidale in materia di appalti e referendum in itinere: prove di aggiramento?*, in *Federalismi.it*.

Al di là della estrema problematicità, specie sul piano costituzionale, della complessiva operazione⁵⁰, resta ora da riflettere sui suoi esiti⁵¹.

In queste pagine, si è certo di porre in luce le diverse criticità di un istituto, come quello del lavoro accessorio, sicuramente meritevole di una seria riforma in ragione dei suoi indubbi e concreti vantaggi per prestatori e committenti. La mia idea è che lo strumento, nell'ambito dei servizi alle famiglie, debba essere non solo confermato, ma anche valorizzato, nonché rafforzato sul piano delle misure protettive e di rafforzamento delle competenze professionali del prestatore. Sul versante dei committenti imprenditori e professionisti, ho, invece, maturato al momento l'opinione che il ricorso all'istituto richieda un ampio riassetto tramite una più convincente definizione di occasionalità e nell'ambito di un rinnovato assetto dei contratti di lavoro, diretto a concedere spazi diversi e maggiori all'autonomia, nonché a contemplare assetti più armonici e coerenti per i contratti di lavoro subordinato.

Credo che solo una parte di queste riflessioni trovi un qualche riscontro

⁵⁰ Su cui rinvio alla relazione del collega Fulvio Pastore, in questo stesso Quaderno della Rivista; v., poi, anche Cass. 29 novembre 2017, intervenuta nelle more della pubblicazione di questa relazione, per pronunciarsi sull'istanza della CGIL, promotrice del referendum, a riesaminare l'ordinanza del 27 aprile 2017, con la quale la stessa Corte aveva bloccato il referendum. La Cassazione, nel rigettare l'istanza, ha alla fine definitivamente avallato l'operazione legislativa nel suo complesso, ritenendola finalizzata a una modifica "non meramente terminologica, ma di contenuto dell'istituto", ricondotto ora nuovamente alla sua funzione originaria, di strumento destinato "a corrispondere esigenze nazionali e residuali del mercato del lavoro".

⁵¹ Per alcuni commenti a caldo di stampo giornalistico, v. BARBIERI F., *Lavoro occasionale, famiglie e imprese con più limitazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 giugno 2017, p. 5; BARBIERI F., *Nuovi voucher al via sulla piattaforma web*, in *Il Sole 24 ore*, 10 luglio 2017, p. 5; CAPONI, *Occasionali, compenso variabile*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 giugno 2017, p. 33; CASOTTI, *PrestO: valore dei buoni lavoro al netto dei contributi*, IPSOA Quotidiano, 7 luglio 2017, in www.ipsoa.it, consultato il 27 luglio 2017; COLOMBO, PRIOSCHI, *Lavoro occasionale pronto al debutto*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 luglio 2017, p. 3; GHEIDO, *Nuovi voucher con rischio subordinazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 giugno 2017, p. 37; ICHINO, *Lavoro occasionale: bisogna sconfiggere il virus della semplificazione burocratica*, 18 luglio 2017, in www.pietroichino.it, consultato il 27 luglio 2017; MASSI, *Gli utilizzatori alle prese con le nuove prestazioni occasionali*, in *Generazione vincente*, 13 luglio 2017, in www.generazionevincente.it; ID., *Le prestazioni di lavoro occasionali in ambito familiare*, in www.generazionevincente.it, 19 luglio 2017; SCIOTTO, *Braccianti, la nuova botta ai diritti arriva dai voucher*, in *il manifesto*, 11 luglio 2017, p. 6; TSCHÖLL, *Lavoro occasionale con notifica all'Inps*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 giugno 2017; ID., *Libretto famiglia con doppio tetto*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 luglio 2017; ID., *Nuovi voucher, partenza a rilento*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 luglio 2017; è stata, invece, già pubblicata una circolare INPS sul nuovo istituto, che è la n. 107 del 5 luglio 2017; v. anche il messaggio dell'INPS n. 2887 del 12 luglio 2017 e quello n. 1652, del 14 aprile 2017; nella dottrina giuslavoristica v. invece, PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *WP, CSDLE "Massimo D'Antona.IT"* - 343/2017.

nella nuova disciplina in argomento. Mi sembra positiva la distinzione tra le due fattispecie del lavoro occasionale per le famiglie e per l'impresa. Non so quanto, invece, sia decisiva l'esclusione, dall'ambito delle possibili categorie committenti, "degli utilizzatori che hanno alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori subordinati a tempo indeterminato" (art. 4, co. 14, lett. a). Ciò non solo perché la previsione taglia fuori dal computo tutto l'universo del lavoro c.d. non standard, ma anche perché – se l'intervento è stato concepito in un'ottica restrittiva del ricorso all'istituto – va considerato che già i *voucher* erano stati strumento prevalentemente impiegato da piccole aziende, se non addirittura da imprese prive di dipendenti.

Crescono altresì i limiti all'istituto e le previsioni a carattere antifraudolento⁵²; si rafforza lo statuto protettivo⁵³ e questo dovrebbe stemperare le obiezioni già viste in merito alla c.d. disponibilità del tipo. Nondimeno, tutto ciò avviene al costo di un notevole appesantimento delle regole che disciplinano l'istituto⁵⁴, il quale si presenta così molto meno flessibile e di facile fruizione anche sul piano procedurale⁵⁵.

Resta, infine, aperto, in prospettiva, il problema di un ripensamento della nozione di occasionalità, affinché la sua declinazione sia affidata a tecniche meno "rudimentali"⁵⁶ e farraginose rispetto a quelle odierne ed avvenga nell'ambito di un più complessivo riassetto delle forme attraverso le quali oggi si acquisisce e si presta lavoro.

⁵² V. ad esempio la previsione secondo cui "non possono essere acquisite prestazioni di lavoro occasionali da soggetti con i quali l'utilizzatore abbia in corso o abbia cessato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa" (art. 54-bis, co. 5); nel regime previgente la questione era emersa, ma aveva ricevuto una diversa soluzione: v. Trib. Udine 17 aprile 2014, *op. cit.*, nonché la nota del Ministero del lavoro n. 14742 del 22 agosto 2014, su cui v. RAUSEI, *Lavoro accessorio come strumento di lotta al sommerso*, in *DPL*, 2015, n. 1, p. 63.

⁵³ Si vedano, ad esempio, emblematicamente le norme in materia di orario di lavoro (art. 54-bis, co. 3). È, invece, rimasta purtroppo inalterata la problematica disciplina in tema di sicurezza nell'ambiente di lavoro, come opportunamente rileva PACI, *Jobs Act e sicurezza del lavoro*, in *DSL*, 2017, n. 2, p. 10 ss.

⁵⁴ Vengono, tra gli altri, introdotti un ulteriore limite quantitativo complessivo relativo a ciascun utilizzatore (art. 54-bis, co. 1, lett. b) e un nuovo vincolo di durata delle prestazioni pari a 200 ore nell'arco dello stesso anno civile.

⁵⁵ V. tutta la disciplina propedeutica al pagamento della prestazione occasionale (art. 54-bis commi 9-12 e 19).

⁵⁶ ZOPPOLI L., *Il "riordino" dei modelli di rapporti di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *IT* - 213/2014, p. 28.

Pietro Lambertucci

La disciplina della solidarietà negli appalti tra interventi normativi ed incertezze applicative

Sommario: **1.** Il quesito referendario: delimitazione dell'indagine. **2.** La *ratio* della disciplina della responsabilità solidale negli appalti nei diversi interventi del legislatore. **3.** L'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003: profili interpretativi ed applicativi. **4.** (*Segue*) Il "rinvio" alla contrattazione collettiva nazionale e il "confronto" con l'art. 8 l. n. 148 del 2011. **5.** La disciplina degli appalti pubblici: brevi cenni. **6.** Rilievi conclusivi.

1. Il quesito referendario: delimitazione dell'indagine

Il quesito referendario proposto dalla Cgil in materia di disciplina della solidarietà negli appalti tocca un tema, il quale, all'apparenza, potrebbe sembrare di rilievo minore, ma che, viceversa, involge complessi profili di tutela dei crediti del lavoratore dinanzi ai più recenti fenomeni organizzativi delle imprese, diretti al decentramento dei processi produttivi¹.

Comunque, in ragione del taglio prevalentemente tecnico della materia esaminata, l'iniziativa referendaria può solo costituire la spinta per "scuotere" il legislatore verso un'opera quantomeno di razionalizzazione della fitta e complessa intelaiatura che disegna il regime della responsabilità solidale negli appalti, il quale si articola in discipline normative diverse e non sempre, tra di loro, coordinate².

¹ Per un "riepilogo" delle diverse modalità di decentramento produttivo v., per tutti, MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, 2002, p. 1 ss. e, da ultimo, SCARPELLI, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI, F. CARINCI, vol. VI, BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1421 ss.

² Per un efficace ed esaustivo riepilogo v. ora VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bonomia University Press, 2017.

Inoltre la constatazione che lo stesso testo dell'articolo 29, co. 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, è stato fatto oggetto, nel tempo, di diverse riscritture costituisce la spia, come è stato segnalato dai commentatori, del difficile equilibrio tra le istanze di tutela dei lavoratori e le esigenze produttive dell'impresa³.

Il tema dell'indagine, comunque, è limitato al solo oggetto del quesito referendario, che interessa due aspetti: il rapporto tra le fonti (legge e contratto collettivo) e il meccanismo processuale "agevolativo" per il committente. Tuttavia, una congrua valutazione delle implicazioni del medesimo non può che risalire all'individuazione, sia pure sommaria, della *ratio* della responsabilità solidale negli appalti (ex art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003), senza trascurare le necessarie interrelazioni con altre discipline che insistono sulla stessa materia.

L'indagine in discorso non è certo superata dall'entrata in vigore del d.l. 17 marzo 2017, n. 25, che ha abrogato le disposizioni sulla responsabilità solidale, oggetto dei due quesiti referendari (art. 2, lett. a e b, d.l. cit.), laddove si ripropone, infatti, il problema di individuare il punto di equilibrio tra tutela dei crediti dei lavoratori ed esigenze dell'impresa, con la necessità di assicurare un efficace e trasparente controllo sulla "regolarità" degli appalti.

2. *La ratio della disciplina della responsabilità solidale negli appalti nei diversi interventi del legislatore*

La *ratio* della responsabilità solidale deve essere individuata nel tentativo di incentivare un utilizzo più "virtuoso" del contratto di appalto, inducendo il committente a "selezionare" *partners* affidabili e controllarne l'operato, a fronte di potenziali e rilevanti conseguenze sul piano patrimoniale⁴.

³ V., sul punto, per tutti, IMBERTI, *Responsabilità solidale negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *LG*, 2008, 7, p. 659 ss. e CIUCCIOVINO, *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, pp. 159 ss. e 178.

⁴ Come rilevano DE LUCA TAMAJO e PATERNÒ, voce *Appalto*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da IRTI, *Diritto del lavoro*, a cura di LAMBERTUCCI, Giuffrè, 2010, pp. 1 ss. e 8 "...il nuovo meccanismo a cascata con cui opera la regola della solidarietà risulta configurato... nell'interesse finale soddisfatto dalla prestazione lavorativa..." sul presupposto che il committente dell'opera o del servizio è chiamato a rispondere delle obbligazioni nascenti dall'esecuzione di tutte le prestazioni lavorative "...che concorrono alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto principale".

A tale stregua la tutela dei crediti dei lavoratori risulta “rafforzata” attraverso la moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità lungo tutta la “filiera” degli appalti⁵, con la conseguenziale spinta, per il committente, ad esercitare un effettivo “controllo” sulla consistenza economica ed organizzativa dei singoli appaltatori e subappaltatori e, per il lavoratore, a realizzare la soddisfazione del proprio credito nei confronti dell’imprenditore più solido⁶.

Tale indicazione legislativa si palesa inoltre come uno strumento di parziale “compensazione” dell’abolizione del principio di parità di trattamento, previsto dall’art. 3 della previgente l. n. 1369 del 1960, per gli appalti c.d. interni (ancorché un analogo principio sia ora stabilito in materia di distacco nell’ambito di appalti transazionali, ai sensi dell’art. 3 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 72)⁷, principio di responsabilità solidale che comunque trova perfetta corrispondenza nella solidarietà stabilita dall’art. 26, co. 4, d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, in materia di sicurezza negli appalti⁸.

Ora, ferma rimanendo la possibilità, per il lavoratore, di valersi dell’azione diretta, regolata dall’art. 1676 del codice civile, contro il committente, per conseguire quanto dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha nei confronti dell’appaltatore – la quale costituisce, a ben guardare, una norma di “chiusura” del sistema⁹ – lo stesso lavoratore potrà agire, entro il termine decadenziale di due anni dalla cessazione dell’appalto, a fronte di una responsabilità solidale che lega il committente imprenditore o datore di lavoro, nonché l’appaltatore e ciascuno degli eventuali subappaltatori. L’ambito della responsabilità solidale interessa la corresponsione dei trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto, restando escluso qualsiasi obbligo per

⁵ V., per tutti, M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013, p. 128 ss.

⁶ V. IMBERTI, *op. cit.*, p. 674.

⁷ V., per tutti, DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell’appalto transazionale*, in M. T. CARINCI, CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, pp. 29 ss. e 56 ss.

⁸ V. il commento di M. TREMOLADA, *Responsabilità solidale e sicurezza del lavoro negli appalti*, in M. T. CARINCI, CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI, *op. cit.*, p. 181 ss.

⁹ Per la ricostruzione dell’azione ex art. 1676 cod. civ. v. MARINELLI, *op. cit.*, p. 133 ss.; M. T. CARINCI, *op. cit.*, p. 139 ss.; ALVINO, *Il regime della responsabilità negli appalti*, in *GDLRI*, 2007, 3, pp. 507 ss. e 517 ss.; VILLA, *op. cit.*, p. 159 ss.

le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento (art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003)¹⁰.

Per quanto riguarda il regime della solidarietà occorre, innanzitutto, isolare il profilo "interno", che regola le modalità della ripartizione della solidarietà tra i condebitori (*ex art. 1298 cod. civ.*) e che può presentare sistemi di manleva o di garanzia (ad esempio fideiussioni bancarie), nel caso in cui il committente venga chiamato a corrispondere, per i più svariati titoli, i trattamenti dovuti al lavoratore dall'appaltatore (o subappaltatore)¹¹.

Ne consegue che il regime "esterno" della responsabilità solidale non è incompatibile con meccanismi normativi che stabiliscono *modalità diverse*, con le quali possono essere tenuti i singoli condebitori (*ex art. 1293 cod. civ.*) e, nello specifico, con la stessa possibilità di configurare la responsabilità del committente come una responsabilità "sussidiaria"¹², anche perché il medesimo potrebbe non essere in grado di conoscere la dinamica contrattuale che lega il lavoratore al proprio datore di lavoro (appaltatore o eventuali e successivi subappaltatori).

Il problema, come sempre, è quello di trovare, sul piano normativo, il punto più ragionevole di equilibrio tra i vari interessi in gioco e, sotto questo versante, il legislatore ha introdotto, sia in passato, nonché in altre discipline settoriali, meccanismi di esclusione della responsabilità solidale per il committente.

Sotto il primo profilo, un approccio diverso – da quello, come vedremo, introdotto dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, oggetto del quesito referendario – era stato seguito del legislatore con il c.d. decreto Bersani (art. 35, co. 28 e 29, d.l. 4 luglio 2006, n. 223), nel quale si prevedeva l'esclusione della responsabilità solidale (contributiva e fiscale) dell'appaltatore, laddove quest'ultimo avesse verificato il corretto adempimento, da parte del subappaltatore, degli adempimenti fiscali, contributivi ed assicurativi. Si trattava, in buona sostanza, di legare la solidarietà alla "responsabilizzazione" dell'appaltatore *diligente*, coinvolto a verificare la regolarità degli adempimenti imposti al subappaltatore e, pertanto, l'*affidabilità* di quest'ultimo¹³.

¹⁰ Per una puntuale ricostruzione dell'area dei trattamenti dei lavoratori sui quali grava la responsabilità solidale v. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in PERSIANI e S. LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, 2013, pp. 99 ss. e 109 ss. Cfr. anche RIVERSO, *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in LG, 2014, 10, pp. 853 ss. e 855 e VILLA, *op. cit.*, Utet, p. 83 ss.

¹¹ V. IMBERTI, *op. cit.*, p. 675.

¹² V. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 121.

¹³ V. per tutti, IMBERTI, *op. cit.*, p. 675 e VILLA, *op. cit.*, p. 83 ss.

In una prospettiva simile, e sotto il secondo aspetto, si colloca l'art. 1, co. 248, l. 23 dicembre 2014, n. 190, che ha disciplinato la responsabilità solidale nel contratto di autotrasporto per conto terzi.

La predetta disciplina stabilisce che, al fine di garantire l'affidamento del trasporto a vettori in regola con l'adempimento degli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi, il committente è tenuto a verificare, preliminarmente alla stipula del contratto, tale regolarità mediante l'acquisizione, all'atto della conclusione del contratto, da parte del vettore, di un'attestazione rilasciata dagli enti previdenziali, di regolarità contributiva ed assicurativa (art. 1, co. 248, commi 4-*bis* e 4-*sexies*, l. cit.). Pertanto il committente che non esegue la predetta verifica (ovvero non controlla l'affidabilità del vettore, registrato in un portale del sito *internet*) è obbligato in solido con il vettore, nonché con ciascuno dei sub – vettori, entro il limite di un anno dalla cessazione del contratto di trasporto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi agli enti competenti, dovuti limitatamente alle prestazioni ricevute nel corso della durata del contratto di trasporto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni amministrative di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento (art. 1, comma, 248, co. 4-*quater*, l. cit.).

Al di là dei problemi specifici che solleva la regolamentazione in discorso – che, quantomeno, necessita di un “coordinamento” con la stessa disciplina generale dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003¹⁴ – resta la considerazione che, anche in questo caso (ancorché relativo ad una normativa “settoriale”), vengono introdotti sistemi di verifica “a monte”, mentre con la disciplina del 2003 il legislatore ha collocato “a valle” l'allentamento della responsabilità solidale del committente, sulla scorta di un meccanismo di carattere processuale dal quale, comunque, scaturiscono complesse questioni anche applicative.

3. *L'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003: profili interpretativi ed applicativi*

La formulazione dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, oggetto del referendum abrogativo, introduce, in primo luogo, un litisconsorzio necessario

¹⁴ V., sul punto, anche le considerazioni di IZZI, *La responsabilità solidale a tutela del lavoro externalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*, in *LD*, 2016, I, pp. 35 ss. e 50. V. anche, per il sistema di esonero dalla responsabilità solidale nel trasporto, VILLA, *op. cit.*, p. 179 ss.

tra committente, appaltatore ed eventuali ulteriori subappaltatori e consente al committente, convenuto in giudizio con gli altri, di eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori.

In particolare, il giudice pronuncia una sentenza di accertamento della responsabilità solidale, ma il lavoratore potrà procedere con un'azione esecutiva di condanna nei confronti del committente, se non dopo aver infruttuosamente escusso il patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

La modifica legislativa, innanzitutto, come riconosciuto da una diffusa opinione, viene oggettivamente a “depotenziare” la possibilità, per il lavoratore, di soddisfare prontamente il suo credito, scaricando su quest'ultimo i costi e i tempi della procedura esecutiva¹⁵, conseguenza che appare difficilmente conciliabile con la finalità alla quale è ispirata la responsabilità solidale¹⁶.

Al di là dei quesiti prettamente processuali che la disposizione solleva¹⁷, due sono gli aspetti più problematici coinvolti dal c.d. *beneficium excussionis*, consentito al committente.

Sotto un primo versante è lo stesso dettato normativo che, nell'imporre al lavoratore di procedere “alla preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori”, richiede al primo di

¹⁵ V, in dottrina, tra gli altri, ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., pp. 106 e 139; M. T. CARINCI, *op. cit.*, p. 130; PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, pp. 799 ss. e 811; CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *DRI*, 2012, pp. 997 ss. e 1007.

¹⁶ V., in tal senso, SCARPELLI, *op. cit.*, p. 1441 ss.

¹⁷ Secondo un'opinione si tratta di una sentenza di accertamento della responsabilità solidale in ragione della circostanza che l'eccezione può essere sollevata dal committente esclusivamente nella fase di merito (v. P. TOSI, *Appalto di opere o di servizi e solidarietà*, in F. CARINCI, MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero, Supplemento DPL*, 2012, 33, pp. 158 ss. e 162 ss., il quale conclude che la sentenza emessa nei confronti del committente non costituisce di per sé titolo esecutivo, dovendo essere corredata dalla prova dell'intervenuta escussione negativa del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori; cfr. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 123) mentre per altri interpreti la legge impedisce di escutere direttamente il patrimonio del committente, non che si formi il titolo esecutivo già nel giudizio di merito (v. RIVERSO, *op. cit.*, p. 861). Per i profili processuali della disposizione v. DE ANGELIS, *Responsabilità solidale nell'appalto e processo*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”IT*, 2016, 314, p. 1 ss.; BRIGNONE, *La responsabilità solidale nelle esternalizzazioni*, Giuffrè, 2012, p. 39 ss; VILLA, *op. cit.*, p. 116 ss.

procedere a tutte le forme di espropriazione (immobiliare, mobiliare e presso terzi) previste dall'ordinamento e, comunque, di effettuare una ricerca attenta ed esaustiva di *tutti* i beni dell'appaltatore¹⁸. Tutto ciò comporta una non indifferente dilatazione dell'*iter* della procedura esecutiva e un oggettivo ed inevitabile ritardo, ai fini della soddisfazione del credito del lavoratore; inoltre la stesura della norma non prevede più l'onere, per chi intenda valersi del *beneficium excussionis*, di indicare i beni del debitore principale sui quali il creditore potrà soddisfarsi¹⁹.

Peraltro la situazione diventa ancora più complessa nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore; infatti si richiede al lavoratore, come è stato limpidamente chiarito dagli interpreti, la necessità di provare, prima di poter agire nei confronti del committente, che il proprio credito, insinuato nello stato passivo, non potrà trovare soddisfazione nella stessa procedura concorsuale²⁰.

Si potrebbe ovviare a tale conseguenza se si riconoscesse, sul piano applicativo, la possibilità di intervento diretto del Fondo di garanzia, che, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 corrisponde le ultime tre mensilità del rapporto di lavoro. Tale possibilità, che potrebbe risolvere, sul piano pratico, sia pure nei limiti dell'area di intervento del Fondo, il problema della celere soddisfazione del credito del lavoratore, si scontra, viceversa, con una fondata obiezione sul piano sistematico. Infatti, tale opzione interpretativa viene a "sgretolare", in parte *qua*, il regime della responsabilità solidale, operazione che può essere resa possibile solo con una modifica del quadro normativo; d'altronde, nel contesto del diritto vigente, appare logico ritenere che l'intervento del Fondo deve collocarsi solo a valle dell'infruttuosa escusione del patrimonio di *tutti* i condebitori solidali (*ex art. 1292 cod. civ.*).

Allo stesso modo la possibilità, per il committente, che ha soddisfatto il credito del lavoratore, di rivalersi presso il Fondo di garanzia, in virtù della surrogazione legale (*ex art. 1203, n. 3, cod. civ.*) del secondo, in qualità di debitore responsabile solidale, si scontra con l'impossibilità di annoverare il medesimo tra gli "aventi diritto" del lavoratore (*ex art. I, comma I, d.lgs. n. 80 del 1992*) ai fini dell'accesso al Fondo²¹.

¹⁸ V., sul punto, incisivamente, ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 124.

¹⁹ V., per tale puntualizzazione, CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1007; per il predetto meccanismo del beneficio correlato alla contumacia, nel processo, dell'appaltatore v. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 124, nota 52.

²⁰ V., in tal senso, sempre, ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 126.

²¹ V. VILLA, *op. cit.*, p. 148 ss.; viceversa, per tale conclusione, ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 127.

Nonostante l'apparente persuasività di tale soluzione – che aveva inizialmente trovato una sponda nella stessa giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua anche il committente era stato ritenuto avente causa del lavoratore²² – in realtà il committente solidalmente responsabile con il proprio appaltatore non trae la propria posizione da un dante causa (appunto il lavoratore), ma presta una garanzia a favore del datore di lavoro e in vantaggio del lavoratore, per cui, come ormai puntualizza la stessa giurisprudenza della Suprema Corte, il medesimo, con l'adempimento, assolve ad un'obbligazione propria, istituita *ex lege*²³.

In altre parole, l'operatività del meccanismo della responsabilità solidale, che chiama “in causa” il committente, viene a supplire all’“insolvenza” del datore di lavoro²⁴, sul presupposto che comunque l'intervento del Fondo di garanzia è strutturalmente deputato a garantire il credito del lavoratore a fronte dell'insolvenza del *suo* datore di lavoro e in assenza, pertanto, del principio della responsabilità solidale.

Sotto un secondo versante ulteriori profili di complicazione possono sorgere nell'ipotesi di catene di appalti, dove non è chiaro se il lavoratore, escusso infruttuosamente il patrimonio del proprio datore di lavoro (subappaltatore) debba poi necessariamente risalire, nella linea ascendente della “filiera” degli appalti, ai diversi committenti fino a trovare utile soddisfazione del proprio credito²⁵.

In conclusione l'eccezione del *beneficium excussionis* consentita al committente viene ad incidere sul cuore del principio della responsabilità solidale, che obbedisce alla finalità di realizzare, con l'ingresso di più condebitori, una celere soddisfazione del credito. Tale legittima preoccupazione ha evidentemente mosso il legislatore che, con il d.l. n. 25 del 2017, ha inteso sopprimere il predetto meccanismo processuale, che, tuttavia, continua a sopravvivere per il periodo di vigenza della disposizione e per il conseguente contenzioso.

Peraltro, se il legislatore intende creare una scala “gerarchica” tra i *diversi* condebitori, per la legittima tutela degli vari interessi in gioco (nella specie

²² V. Cass. 1 dicembre 2011 n. 25685.

²³ V. Cass. 20 maggio 2016 n. 10543 e Cass. 20 maggio 2016 n. 10544, con la conseguenza che il committente, nei rapporti con i condebitori solidali, potrà esperire un'azione di regresso, ai sensi dell'art. 1299 cod. civ., nei confronti dell'appaltatore, obbligato principale.

²⁴ V. sempre le decisioni della Suprema Corte citate *retro* alla nota 22.

²⁵ V., in tal senso, anche incisivamente per le diverse esemplificazioni, ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 123 ss. il quale ne rileva, altresì, gli effetti distorsivi volti a “...diluire la responsabilità degli imprenditori *capofila*” (p. 124).

quello del committente, convenuto direttamente dal lavoratore dell'appaltatore o degli eventuali subappaltatori, per anomalie in merito alla gestione del rapporto di lavoro al quale è comunque rimasto estraneo) la soluzione, collocata "a valle" e sul mero piano processuale, viene esclusivamente a frustrare – come già chiarito – il principio della solidarietà, senza incidere sul controllo della trasparenza ed affidabilità imprenditoriale, con l'eliminazione degli eventuali effetti discorsivi delle "catene" di appalti.

Su un diverso piano potrà essere eventualmente ricercato il temperamento degli interessi in campo, secondo una linea legislativa che, come vedremo nelle conclusioni finali²⁶, dovrà collocarsi "a monte", nella valorizzazione del coinvolgimento del committente in ordine all'effettivo controllo sulla "regolarità" dell'appalto.

4. (Segue) *Il "rinvio" alla contrattazione collettiva nazionale e il "confronto" con l'art. 8 l. n. 148 del 2011*

Un altro passaggio fondamentale del quesito referendario riguarda anche la richiesta di abrogazione del "rinvio", previsto, in apertura, dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, alla contrattazione collettiva nazionale, come fonte regolativa anche della materia della responsabilità solidale negli appalti.

Prima di formulare qualsiasi valutazione di merito, anche sulle finalità sottese alla richiesta abrogativa, è necessario riepilogare le coordinate essenziali del predetto rinvio, che, sul piano generale, non appare peregrino, in quanto intende "tararne" la regolamentazione ai diversi settori produttivi, affidandosi all'equilibrio che potrà essere trovato dalle parti sociali²⁷.

In ogni caso, sul piano ermeneutico, il compito è affidato, secondo una collaudata tecnica legislativa, alle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative, che, a nostro avviso, deve trovare ora una sponda nel sistema di "certificazione" della rappresentanza sindacale introdotta dal Testo unico del 10 gennaio 2014 (meglio se recepito in una disciplina legale), con riferimento ai contratti collettivi nazionali applicabili ai dipendenti dell'appaltatore o subappaltatore²⁸.

²⁶ V. *infra* n. 6.

²⁷ V., sul punto, le considerazioni avanzate da CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 178.

²⁸ V., per tale conclusione, l'interpello n. 9 del 2015 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

In ogni caso il dettato normativo non prevede la possibilità di una “secca” esclusione del regime della responsabilità solidale, in quanto inserisce quest’ultima in uno spettro più ampio, che costituisce comunque un “vincolo” per le parti sociali, laddove i contratti collettivi nazionali devono individuare “metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”.

Per un verso si affida alla parti un compito delicato, ma significativo, che impone la predisposizione di efficaci strumenti di controllo “a monte” sulla regolarità degli appalti, che potrebbe escludere la responsabilità solidale del committente²⁹ e, nel contempo, solleva la questione dei “limiti” del controllo giudiziale in materia³⁰.

È sintomatico, peraltro, che le parti sociali non si siano avvalse di tale possibilità, vuoi per difficoltà, per il sindacato, di confrontarsi con tale materia, vuoi per le resistenze imprenditoriali in ordine al controllo lungo la “filiera” degli appalti, per cui ci si può interrogare se la questione, più che sulle “spalle” delle parti sociali, non possa trovare una più congrua ed efficace soluzione in uno specifico intervento legislativo.

A questo punto, se l’abrogazione – ora disposta dall’art. 2, d.l. n. 25 del 2017 – del precetto in esame non determina alcun effetto pratico, non incidendo su un assetto contrattuale preesistente, un problema ulteriore potrebbe porsi con riguardo alla “sopravvivenza” dell’art. 8 n. 148 del 2011³¹.

Sulla disposizione, come è noto, insistono dei pesanti dubbi di costituzionalità, rilevati prontamente dagli interpreti³², ma non ancora emersi a livello giurisprudenziale, anche perché il suo impatto dirompente (e potenzialmente destrutturante dell’assetto normativo di tutela del lavoro) è stato “disinnescato” dalle stesse parti sociali, le quali sul piano generale ed, almeno formalmente, hanno optato per privilegiare gli assetti negoziali introdotti dal Testo unico del 2014 sulla rappresentanza sindacale.

²⁹ Come precisa nell’interpello n. 9 del 2015 il Ministero del lavoro e delle politiche sociali i metodi volti a garantire l’assolvimento, da parte dell’appaltatore, degli obblighi retributivi nei confronti dei lavoratori, non dovranno limitarsi a prevedere l’acquisizione delle relative auto-dichiarazioni rilasciate dai datori di lavoro.

³⁰ Cfr., sul punto, P.TOSI, *op. cit.*, 164 e PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 807.

³¹ Per l’abrogazione tacita dell’art. 8 l. n. 148 del 2001 a seguito della sopravvenuta disciplina dell’art. 29, co. 2. d.lgs. n. 276 del 2002 si era pronunciato CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1005.

³² Cfr. per tutti, il dibattito in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, 2012 e BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 137 ss.

Tuttavia gli interpreti che si sono occupati della questione specifica, hanno avanzato numerose perplessità – pienamente condivisibili – in merito alla possibile applicazione dell'art. 8 l. n. 148 del 2001.

In particolare è stato sottolineato che la disposizione in discorso potrebbe palesarsi come un'arma di "ricatto" – e, pertanto, di pesante "condizionamento" della stessa contrattazione collettiva – posto in essere dalle imprese committenti nei confronti delle imprese appaltatrici, ai fini dell'affidamento dell'appalto³³.

Inoltre l'art. 8 l. n. 148 del 2011, nel prevedere che le "specifiche intese" (*rectius* i contratti di prossimità) sono abilitate ad approntare anche una disciplina – in funzione derogatoria (*ex* art. 8, co. 2 *bis*, l. cit.) – al "regime della solidarietà negli appalti" (*ex* co. 2, lett. c., l. cit.), presenta una facoltà di deroga, ampia ed indeterminata, laddove, viceversa, il legislatore avrebbe dovuto chiarire in quale misura e limiti la regola *generale* del regime di solidarietà negli appalti avrebbe potuto essere derogata³⁴.

Sotto tale ultimo profilo, infatti, l' "ampiezza" della deroga non consente di individuare il nucleo normativo derogabile (solo l'art. 29, co. 2, d. lgs. n. 276 del 2003 o anche la disciplina del codice civile ?)³⁵, senza dimenticare che all'operatività della possibile deroga vengono posti i "limiti" del rispetto della Costituzione, delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali (art. 8, co. 2-*bis*, l. cit.). A tale stregua dubbi sono stati sollevati, ad esempio, con riguardo alla possibilità di derogare al regime della responsabilità solidale per gli obblighi contributivi ovvero in materia di sicurezza sul lavoro, in ragione degli interessi pubblicistici e costituzionali prevalenti³⁶.

Infine, posto che ai contratti collettivi di prossimità sono attribuiti dei vincoli di *scopo* – alla stregua dei quali calibrare il "controllo" dell'autorità giudiziaria – non emerge alcuna plausibile correlazione tra l'ipotizzata deroga al regime sulla solidarietà negli appalti e le finalità assegnate ai medesimi³⁷.

Tutte queste considerazioni portano ad escludere la possibilità di utiliz-

³³ V., in tal senso, SCARPELLI, *Linee e problemi*, cit., p. 1441.

³⁴ V. per tale conclusione, ALBI, *Il contratto di appalto*, in *Trattato*, cit., pp. 1595 ss. e 1636.

³⁵ V. anche ALBI, *op. cit.*, p. 1639.

³⁶ V. sempre ALBI, *op. cit.*, p. 1641 ss. il quale adduce l'ulteriore esempio della responsabilità solidale prevista in caso di appalti transnazionali (art. 3, d.lgs. n. 72 del 2000), in ragione, in questo caso, del "vincolo comunitario".

³⁷ Sul punto v. anche Albi, *op. cit.*, p. 1640; per la possibilità ora di utilizzare gli accordi di prossimità si pronuncia VILLA, *op. cit.*, p. 129.

zare l'art. 8 in discorso e, nel contempo, l'iniziativa referendaria abrogativa della competenza in materia anche della contrattazione collettiva nazionale sembra voler rimettere eventualmente la questione esclusivamente all'intervento del legislatore.

5. *La disciplina degli appalti pubblici: brevi cenni*

In un diverso contesto, da quello preso in considerazione dalla normativa in esame, si iscrive la disciplina degli appalti pubblici che, sul punto specifico, potrebbe costituire un utile modello per una rivisitazione della responsabilità solidale negli appalti privati³⁸.

Innanzitutto il Codice degli appalti introduce una disciplina *speciale*, per la quale dobbiamo far riferimento all'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che il contraente principale è responsabile, in via esclusiva, nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi ai sensi dell'art. 29 d.lgs. n. 276 del 2003. L'attuale disciplina istituisce un regime di solidarietà, limitato ad un rapporto tra affidatario e subappaltatore, che non coinvolge la stazione appaltante. La "specialità" è confermata dal fatto che, in questo caso, la solidarietà sarà piena, e non sussidiaria, come quella disciplinata dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003³⁹.

Il responsabile del procedimento, nel caso in cui emerga l'evidenza di una inadempienza contributiva, trattiene la somma del corrispettivo dovuto all'affidatario e dispone il pagamento all'ente previdenziale. Analogamente, nell'ipotesi in cui emerga un inadempimento degli obblighi retributivi nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto, deve mettere in mora l'affidatario e, in mancanza di pagamento o di motivata opposizione dello stesso, potrà pagare direttamente al lavoratore quanto a lui dovuto, trattenendo le relative somme dal corrispettivo dovuto per l'appalto (art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016)⁴⁰.

³⁸ Per un attento riesame della disciplina degli appalti pubblici v. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 132 ss. e dello stesso A., *La tutela del lavoro nell'appalto*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, 2017, pp. 1740 ss. e 1769 ss.

³⁹ V., in tal senso, ALVINO, *La tutela del lavoro*, cit., p. 1770 ss.; cfr. anche SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza. Il caso degli appalti pubblici*, in RGL, 2006, 1, pp. 753 ss. e 772.

⁴⁰ V. ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 136.

Si introduce, pertanto, un sistema di regole esattamente opposto a quello risultante dalla responsabilità solidale disciplinata dall'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, che poggia il suo fulcro sull'intervento sostitutivo della stazione appaltante nel caso di inadempienza contributiva e retributiva dell'esecutore e del subappaltatore (v., rispettivamente, artt. 4 e 5, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, Regolamento di esecuzione del codice degli appalti pubblici)⁴¹.

6. *Rilievi conclusivi*

Nel trarre le linee conclusive del discorso occorre ribadire che il testo dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, sottoposto a consultazione elettorale, nel configurare la responsabilità solidale del committente come "sussidiaria" viene inevitabilmente a "scaricare" i costi e i tempi della procedura esecutiva in capo al lavoratore, per il quale, in tal modo, risulta dilatata la tempestiva possibilità di soddisfare i propri crediti, in contrasto con la logica che, viceversa, governa l'istituto della responsabilità solidale.

La stessa abrogazione, disposta – come già segnalato – dall'art. 2, co. 2, lett. b, del d.l. n. 25 del 2017, con riferimento ai periodi dell'art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, oggetto della consultazione referendaria, non risolve il problema di predisporre un ragionevole bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

A tale stregua e alla luce di quanto osservato, anziché puntare, a valle, sulla "semplice" previsione del *beneficium excussionis* (che mira a salvaguardare il solo interesse del committente), quest'ultimo dovrebbe, viceversa, essere coinvolto, in modo diretto ed incisivo, nel controllo sull'affidabilità imprenditoriale e gestionale dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori, con misure di natura preventiva. Solo in quest'ultimo caso, infatti, si potrebbe escludere o allentare la responsabilità solidale del committente, configurandola, eventualmente, come meramente "sussidiaria" rispetto a quella dell'appaltatore, quale obbligato principale.

⁴¹ Come ben mette in evidenza ALVINO, *La nuova disciplina*, cit., p. 137 l'Amministrazione pubblica viene dotata di poteri finalizzati al controllo dell'adempimento da parte dell'appaltatore e dei subappaltatori, con riguardo agli obblighi posti su di essi a tutela dei diritti dei lavoratori, poteri rafforzati dalla facoltà di bloccare l'erogazione del corrispettivo e dalla connessa facoltà di corrispondere direttamente ai lavoratori i trattamenti loro spettanti, sostituendosi al datore di lavoro.

Comunque il legislatore dovrebbe porsi l'ulteriore problema di una rivisitazione complessiva della tematica della responsabilità solidale negli appalti, razionalizzando le diverse (e richiamate) discipline legislative (la sicurezza negli appalti, le disciplina speciale dell'autotrasporto, gli appalti pubblici) esistenti, unificandole in un chiaro indirizzo di politica legislativa.

In tale contesto occorre maturare la consapevolezza che, sulla scorta della regolamentazione disegnata per gli appalti pubblici, la tutela dei diritti (*rectius* crediti) dei lavoratori può efficacemente passare attraverso due strade: condizionare l'erogazione del corrispettivo all'appaltatore solo a seguito della constatata regolarità contributiva e retributiva del medesimo; prevedere la possibilità del committente di pagare direttamente i lavoratori sostituendosi al datore di lavoro di questi ultimi.

Solo in questo modo potremo raggiungere due risultati: in primo luogo la pronta soddisfazione dei diritti dei lavoratori e, in secondo luogo, il controllo effettivo lungo la "filiera" degli appalti.

Massimo Luciani

La natura del referendum

Sommario: **1.** Il referendum nel sistema rappresentativo. **2.** (*Segue*). Lo strumento per dinamizzare il processo decisionale. **3.** Quali gli effetti vincolanti degli esiti referendari? **4.** I limiti del legislatore “in corso d’opera”. **5.** Riflessioni conclusive.

1. *Il referendum nel sistema rappresentativo*

È stato posto il problema, a me molto caro, della natura del *referendum*. Su questo punto sono in cordiale, ma significativo, disaccordo con un amico e Maestro quale Michele Scudiero, il quale ci ha detto che, in fin dei conti, accapigliarsi su un simile problema non sarebbe saggio, perché in ogni caso, quale che sia la classificazione dottrinale che si preferisce, il *referendum* resta sempre e comunque quel che è. Non credo. La qualificazione del *referendum*, infatti, è decisiva per la comprensione degli avvenimenti istituzionali che lo riguardano.

Proprio la vicenda referendaria della quale oggi ci occupiamo non potrebbe essere compresa se non si desse al *referendum* la qualificazione che gli è propria: quella – cioè – d’essere un istituto che ha senso unicamente nella democrazia rappresentativa (espressione, questa, che a sua volta è un autentico ossimoro, per i motivi che emergeranno chiaramente appresso). La dottrina sembra averlo dimenticato, ma è quanto sapevano molto bene i grandi classici del diciannovesimo secolo (si pensi a Moritz Rittinghausen, a Victor Considérant, a Karl Kautsky, a Pierre Joseph Proudhon), i quali avevano ben compreso come esso non possa avere alcuno spazio in una democrazia diretta (o, se si preferisce, in una democrazia *tout court*, perché democrazia e regime rappresentativo sono cose diverse e democrazia in senso proprio si ha solo

quando la decisione è assunta dal popolo fisicamente presente sulla pubblica piazza). Che senso ha un *referendum* (che implica il voto individuale, separato e, in genere, segreto), quando è il popolo adunato che può decidere?

Questo vale quale che sia la funzione che al *referendum* legislativo si ritiene di dovere ascrivere: personalmente, in uno studio di qualche anno fa, ne ho elencate dodici (alle quali si aggiungono alcune sotto-funzioni), ma potrebbe anche trattarsi d'un elenco incompleto. Ebbene: quel tipo particolare di *referendum* legislativo che è il nostro, solo abrogativo, dimostra molto bene quanto sia stretto il collegamento fra questo istituto e il sistema rappresentativo; non solo per la ragione già vista (per l'impossibilità di concepirne una qualche utilità in un regime democratico *stricto sensu*), ma anche per alcune sue caratteristiche assai evidenti. In esso la mediazione, tipica del principio rappresentativo, non manca mai. C'è nella fase dell'iniziativa; c'è in quella della campagna referendaria (specie pel profilo del modo in cui i mezzi di informazione la presentano); c'è in quella dell'interpretazione dell'esito del voto. Il problema, semmai, sta nel come inserire questo istituto nel tessuto della rappresentanza. Esso, infatti, può avere un senso, sì, solo nella democrazia rappresentativa ma introduce nella rappresentanza elementi che non le sono propri: non si può dare *referendum* senza rappresentanza, insomma, ma si può ben dare rappresentanza senza *referendum*. Come ha intuito la dottrina italiana più attenta, allora, il problema è quello del suo "innesto" nel tronco del regime rappresentativo.

2. (Segue). *Lo strumento per dinamizzare il processo decisionale*

Ora, se ci chiediamo se questo innesto sia riuscito, ci avvediamo che il caso italiano offre una singolare base di discussione. Proprio nell'*Introduzione* a questo nostro incontro, Mario Rusciano scrive che un istituto come il *referendum* "confligge con la fisiologia della democrazia rappresentativa". Personalmente non lo credo; credo anzi che, potendo essere pensato solo in ambiente rappresentativo, il *referendum* non confligga *in sé* con la fisiologia della rappresentanza, ma possa determinare squilibri solo se non è innestato correttamente. In realtà (e così dicendo prendo posizione sulla questione della funzione dell'istituto), questo è soprattutto uno strumento per dinamizzare e rendere più aperto il processo decisionale dei sistemi rappresentativi: poiché si tratta di un correttivo, non sembra logico postularne una sorta

di logica incompatibilità. Dice ancora Rusciano che il *referendum* avrebbe dei limiti intrinseci, perché comportando la decisione popolare porrebbe fine alla discussione pubblica, cosa particolarmente delicata soprattutto nel campo del lavoro, nel quale le azioni dovrebbero concertarsi tra le forze sociali rappresentative. Giusto. Ma come contestualizziamo queste specifiche richieste referendarie? Non vorrei che si dimenticasse che abbiamo vissuto una stagione (di circa due anni) di dichiarata avversione per i corpi intermedi (partiti compresi), per la mediazione sociale, per il semplice confronto fra le parti, che avrebbe dovuto essere interamente sostituito dalla mediazione parlamentare, o per meglio dire dal protagonismo decisionale dell'Esecutivo, per quanto legittimato dal consenso prestato da un Parlamento sempre meno capace di porsi come sede di confronto (nei limiti del possibile) autonomo. A fronte di questa indisponibilità nei riguardi del confronto sociale, e a prescindere da qualunque presa di posizione (che non voglio e non posso assumere) sulla sua opportunità, l'iniziativa referendaria che è stata presa è comprensibile, proprio perché la via correttamente indicata da Mario Rusciano, la via del confronto e della mediazione sociale, era irrimediabilmente preclusa. Ora le cose paiono mutate, o si spera che lo siano, sicché il rapporto tra *referendum* e iniziativa politico-sindacale può essere visto in una prospettiva ben diversa, ma se – come accennavo – contestualizziamo quanto è accaduto al momento in cui – appunto – è accaduto, dobbiamo essere più prudenti nelle nostre valutazioni.

Certo, si scrive sempre nell'*Introduzione*, il *referendum* abrogativo “tende a semplificare eccessivamente problemi complessi”, il che è vero. Ma non si può dimenticare che l'iniziativa referendaria ha almeno questo vantaggio: apre la discussione su alcuni problemi laddove qualcuno tenta di chiuderla nelle sedi che maggiormente le sarebbero proprie. E, come si diceva, questa è una prestazione preziosa. Dinamizzare il sistema; aprire i canali della discussione politica; plasmare la sfera pubblica; consentire alla pubblica opinione di formarsi su questioni concretamente poste alla sua attenzione: sono tutti benefici la cui importanza non può essere trascurata.

3. Quali gli effetti vincolanti degli esiti referendari?

Ma torniamo ancora alla questione della natura del referendum. Risolverla, a mio parere, è fondamentale anche per affrontare correttamente alcuni

interrogativi tecnico-giuridici che altrimenti si rischia di cogliere nella prospettiva (cara purtroppo ad alcuni costituzionalisti) del pre-giudizio ideologico.

Ricordo in particolare l'affermazione, inizialmente diffusa in dottrina, dell'indisponibilità da parte del legislatore della normativa sottoposta a richiesta referendaria. Talora lo si dimentica, ma questa è stata una posizione che, inizialmente, ha avuto un ampio seguito. E si tratta di una posizione che si radicava nel convincimento che il referendum fosse dotato, proprio in ragione della sua natura, di un plusvalore non solo politico, ma anche (conseguenzialmente) giuridico rispetto alla legge. Si tratta, a mio avviso, di un errore molto significativo e di una tesi non compatibile con l'art. 39 della l. n. 352 del 1970, che a questo punto sarebbe illegittimo radicalmente e non solo pro parte, come disse la sent. n. 68 del 1978 della Corte costituzionale. Un articolo, questo, che tuttavia tiene conto di quello che a me sembra l'ovvio principio di continuità e inesauribilità della funzione legislativa (in specie quando esercitata in sede parlamentare), che non può essere compromesso dall'iniziativa di una minoranza (per quanto ampia essa possa essere). Dove sono le norme costituzionali che legittimerebbero una sua pretermissione?

Orbene, questa tesi era errata proprio in virtù dell'erroneità del suo presupposto, che tuttavia viene incongruamente riproposto quando si tratta di stabilire quali sono gli effetti (non più della sola iniziativa, bensì) della consultazione referendaria. So bene che ora la tesi degli effetti vincolanti dell'esito del referendum ha dalla sua l'autorità della Corte costituzionale, che l'ha fatta valere con la sent. n. 199 del 2012. Tuttavia non possiamo sapere se e quanto questo indirizzo verrà condiviso in futuro, né se, *re melius perpensa*, la Corte arriverà a conclusioni diverse. In realtà, a leggere correttamente la Costituzione, anche il risultato referendario sarebbe pienamente disponibile per il legislatore rappresentativo: egli – certo – si esporrebbe al rischio della responsabilità politica se se ne discostasse o addirittura lo rovesciasse, tuttavia non troverebbe di fronte a sé alcun ostacolo giuridicamente insormontabile. Ma se il referendum è disponibile dopo il voto, a maggior ragione lo è prima, quando si è di fronte alla sola iniziativa. Disponibile, sì, ma entro precisi limiti, che però vedremo appresso.

Prima interessa invitare a un confronto fra le sentt. nn. 26 e 28 del 2017: mentre nella prima si esamina con puntigliosa acribia se vi sia e quale sia il fine intrinseco dell'auspicata abrogazione referendaria ovvero se vi sia o meno un coerente sviluppo di un principio normativo già insito nel diritto

positivo vigente, nella seconda la questione dell'ammissibilità è liquidata in due parole, dando per scontato quel che – invece – nella prospettiva della sent. n. 26, per scontato non è dato. Delle due, però, a mio parere, l'una: o questo esame puntiglioso lo si fa sempre o non si fa mai; non si può oscillare nelle tecniche di giudizio, specie in una materia di simile sensibilità

Chi, come me, ha lavorato per anni sul tema del referendum prova anche un certo senso di saturazione nell'affrontarlo di nuovo, soprattutto una volta che ha maturato il convincimento che la giurisprudenza costituzionale in materia, purtroppo, sia del tutto imprevedibile. Eppure, qualcosa va pur detto.

Anzitutto, quanto all'“evidenza del fine intrinseco”, non si può dimenticare ch'essa venne inventata di sana pianta dalla sent. n. 29 del 1987, senza che mai se ne fosse fatta menzione nelle pronunce precedenti, men che meno nella “capostipite” sent. n. 16 del 1978. Questo paradigma si traduce in due imperativi: che vi sia chiarezza nella domanda referendaria; che ove la richiesta sia di tipo manipolativo essa si risolva nella proposta di riespansione di un principio normativo già incorporato nel diritto vigente.

Orbene: come è possibile affermare che fosse incorporato nel diritto elettorale allora vigente, integralmente proporzionale, il principio maggioritario che voleva affermare la richiesta referendaria dichiarata ammissibile dalla sent. n. 32 del 1993? Come poteva mai essere possibile la “espansione” di qualcosa che non solo non era latente, ma proprio non era nemmeno contemplata nella legislazione di allora? Non varrebbe obiettare che le legge elettorale per il Senato prevedeva la possibilità di una conquista maggioritaria del seggio, perché la mirabolante maggioranza allora richiesta non alterava affatto la logica intrinsecamente proporzionale del sistema.

Se, però, allora si vide l'espansione di un principio laddove non c'era, come è possibile, oggi, non vedere la logica della riespansione a fronte della richiesta di estendere la tutela reale anche alle imprese con (solo) più di cinque dipendenti? La sent. n. 26 afferma che “*Nel testo vigente questa disposizione [l'art. 18 della l. n. 300 del 1970] subordina il ricorso alla tutela reale a una dimensione occupazionale che il legislatore ha determinato in più di quindici dipendenti per unità produttiva o per Comune, ovvero in più di sessanta dipendenti nel complesso*”, ma di seguito aggiunge che “*Per la sola impresa agricola, il limite relativo all'unità produttiva e all'ambito territoriale è abbassato a più di cinque lavoratori*”: il che significa che non solo nel diritto vigente c'è il principio, ma c'è addirittura una specifica e puntuale previsione normativa.

Non vorrei che vi fossero equivoci. Non sto affermando, con questo, che la sent. n. 26 del 2017 sia “in sé” discutibile; dico, però, che lo diventa se si pon mente a qualche ben noto precedente, che era andato in tutt’altra direzione. Insomma, e senza essere impertinente: la coerenza che la giurisprudenza costituzionale intende imporre alle richieste referendarie dovrebbe imporla anzitutto a se stessa. Delle due l’una, infatti: o erra la sent. n. 26 del 2017 o erra la sent. n. 32 del 1993 (e con lei quelle consimili). *Tertium non datur*. Anzi, forse *datur*, perché a essere discutibile è probabilmente il paradigma particolare che la Corte, sin dalla sent. n. 29 del 1987, ha enunciato, o è discutibile addirittura quello generale ch’essa ha enunciato sin dalla sent. n. 16 del 1978, perché è il grande principio dell’omogeneità che sembra non resistere alla critica.

Quanto, poi, alla manipolatività, seguendo l’insegnamento di Sandulli e, ora, le suggestioni di Natalino Irti, non posso che ripetere che solo la forma, oggi ci può salvare, in un mondo giuridico che si ritiene fatalmente incerto per ragioni oggettive, ma si fa di tutto per condannare a un’ancor più definitiva incertezza per prestare ossequio ad alcuni più che discutibili assunti teorici. Bene: se ci tiene stretti alla forma, la questione è semplice. La manipolazione c’è quando le richieste referendarie toccano enunciati normativi privi di senso compiuto (se si vuole, dunque, quando non toccano “veri” enunciati). E se si constatasse (come a me parrebbe doveroso) che il referendum è inteso dall’art. 75 Cost. come abrogativo di norme e quindi di enunciati, non si potrebbe concludere altro che nel senso che la manipolazione, puramente e semplicemente, non è ammessa. Se, però, questa tesi estrema (ma corretta) non si accoglie, occorre mantenere coerenza negli indirizzi giurisprudenziali, altrimenti la manipolazione finisce per essere ammessa o preclusa a piacimento. Questa coerenza, tuttavia, a mio modesto parere, insisto, non la si può ravvisare.

4. *I limiti del legislatore “in corso d’opera”*

Veniamo infine al tema dell’abrogazione sufficiente e cioè dei limiti che incontrano le sopravvenienze legislative in corso di operazioni referendarie. Quand’è che il legislatore legittimamente interviene sulla normativa oggetto della richiesta referendaria e, così facendo, può determinare la cessazione delle operazioni? Qui si deve tornare alla questione del fine dell’abrogazione

referendaria, ma in prospettiva del tutto diversa da quella vista (e sottoposta a critica) prima.

Tale fine, si badi, per la Corte non è quello *sogettivo* dei promotori, bensì quello *oggettivo*, che risulta incorporato nel quesito. Questo è corretto ed evoca un'importanza della forma (intendo: della strutturazione del quesito) che a me garba molto (sia perché la forma – ripeto – dovrebbe essere sempre decisiva, sia perché in questo modo si responsabilizzano i promotori), ma che non sempre – s'è visto – è tenuta in conto dalla giurisprudenza. Ora, se andiamo a vedere le altre sentenze che interessano questo incontro, ovvero la n. 27 e la n. 28 del 2017, ci avvediamo di quanto possa essere utile il riferimento al fine dell'abrogazione referendaria, onde definire il campo dell'intervento legislativo in corso d'opera.

La sent. n. 27, in particolare, afferma che *“ciò che rimane in vita, secondo il quesito, è la disciplina sostanziale della responsabilità solidale negli appalti, comprensiva degli obblighi tributari e dell'azione di regresso del committente”*, mentre ciò che salterebbe, in caso di approvazione popolare della richiesta, è la disciplina processuale (*“l'ablazione riguarda la deroga al regime di responsabilità solidale consentita alla contrattazione collettiva nazionale e la articolata disciplina processuale dell'azione esperibile dal lavoratore”*). Ebbene: se è così, è distinguendo fra questi due piani che il legislatore, pur seguendo la logica giurisprudenziale della superiorità assiologica del *referendum*, si può muovere. Tutto ciò che resta al di fuori del perimetro finalistico oggettivamente identificato dal quesito può essere, infatti, investito dall'intervento del legislatore rappresentativo. Il quale, inoltre, resta pur sempre nella disponibilità di interventi che non tocchino l'essenza della domanda referendaria (impedendo, così, l'esercizio del voto popolare), ma riguardino profili accessori, ancillari o periferici.

Quanto alla sent. 28, vi si afferma che *“non vi sono dubbi in ordine al fatto che la domanda proposta, nel chiedere di eliminare le ricordate disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2015, sia espressione di una matrice razionalmente unitaria, essendo l'intento referendario quello di abrogare nella sua interezza l'attuale disciplina del «lavoro accessorio»”*. Ciò significa che il campo residuo per un intervento legislativo che, nelle more, intendesse (o avesse comunque l'effetto di) paralizzare l'iniziativa referendaria sarebbe molto ampio (forse addirittura eccessivo), perché, salva una sorta di “duplicazione” della disciplina vigente, in astratto sarebbero possibili le soluzioni normative le più varie.

5. *Riflessioni conclusive*

Una notazione, infine, sulla relazione dell'amico Fulvio Pastore, il quale ha parlato della possibilità di un intervento normativo a mezzo decreto legge, pur ipotizzando un problema di responsabilità politica del Governo che si risolvesse a adottarlo. A mio avviso si tratterebbe di un problema giuridico prima ancora che politico.

L'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, con due ordinanze del 1993, invero, aveva già detto che, ai sensi dell'art. 39 della l. n. 352 del 1970 (nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale) non si possono bloccare le operazioni referendarie ricorrendo a un decreto legge, per la semplice ragione che si tratta di una fonte – diciamo così – precaria, disponendo l'art. 77 Cost. ch'esso è un provvedimento provvisorio con forza di legge, che, in carenza di una sua conversione (e dunque stabilizzazione) in legge non è sufficiente a determinare la cessazione delle operazioni referendarie. Non si tratta, pertanto, di una questione di responsabilità politica, ma di una questione di impraticabilità giuridica di questa strada. Confesso che, a mio avviso, in quelle due ordinanze l'Ufficio centrale fece un'affermazione *contra legem*: il problema stava nello stesso art. 39 della l. n. 352 del 1970, ma proprio per questo andava risolto sollevando una nuova questione di costituzionalità che l'avesse ad oggetto (nella parte in cui, tacendo, ammetteva implicitamente il ricorso al decreto legge), rappresentando alla Corte – appunto – la violazione del combinato disposto degli artt. 75 e 77 della Costituzione. Tuttavia, poiché non sembra prevedibile un cambiamento di giurisprudenza sul punto e poiché, in ogni caso, ove pure un cambiamento vi fosse, non potrebbe che andare nella direzione del promovimento di un giudizio di costituzionalità il cui esito dovrebbe ritenersi scontato, è saggio assumere il *dictum* dell'Ufficio centrale come un punto fermo, uniformandosi al suo contenuto precettivo.

Proprio ieri, in audizione parlamentare, mi era parso necessario invitare alla prudenza, onde evitare la terza (!) declaratoria di incostituzionalità di una legge elettorale politica. Credo che analoga prudenza andrebbe praticata in questo caso, non lanciandosi in un'avventura (l'uso del decreto legge) i cui costi politici sarebbero probabilmente alti, ma la cui vita giuridica sarebbe sicuramente grama.

Francesco Santoni

Le iniziative referendarie sulle riforme del lavoro nel giudizio della Corte Costituzionale

Sommario: **1.** La sentenza n. 28/2017 e il referendum sul lavoro accessorio. **2.** La sentenza n. 27/2017 e la responsabilità negli appalti. **3.** La sentenza n. 26/2017 e le motivazioni a sostegno dell'inammissibilità del referendum sui licenziamenti. **4.** Le abrogazioni del d.l. n. 25/2017.

1. La sentenza n. 28/2017 e il referendum sul lavoro accessorio

La Corte costituzionale, con le sentenze n. 27 e n. 28 dell'11 gennaio 2017, ha dichiarato ammissibili due dei tre referendum promossi dalla CGIL sulle recenti riforme in materia di lavoro. Il primo aveva ad oggetto l'abrogazione della disciplina del lavoro accessorio, contenuta negli artt. da 48-50 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, emanato nell'ambito della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, successivamente modificata dall'articolo 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185. Si tratta di una normativa che ha notoriamente subito nel tempo varie modifiche che hanno determinato il progressivo incremento dei limiti economici della sua possibile utilizzazione e l'estensione del suo campo di applicazione, non essendovi più alcuna preclusione di carattere soggettivo e oggettivo.

Nella sua versione originaria, regolata dal d.lgs. n. 276/2003, il lavoro accessorio poteva invece essere utilizzato solo per alcune limitate ipotesi. Si trattava peraltro di una fattispecie non immediatamente riconducibile né all'area dell'autonomia né a quella della subordinazione poiché ricomprendeva tanto attività autonome quanto prestazioni svolte in regime di subordinazione; mentre l'unico elemento caratterizzante risultava essere l'occasionalità della prestazione, la cui durata non poteva eccedere i 30 giorni all'anno, e lo

scarso compenso originariamente fissato in una somma non superiore ai 3000 euro annui.

Così disciplinato il lavoro accessorio, ancorché svincolato dalla tradizionale dicotomia lavoro autonomo/lavoro subordinato, aveva riscosso scarso successo tra gli operatori economici, tanto da indurre il legislatore ad allargarne l'ambito di applicazione fino ad una sua sostanziale liberalizzazione, avvenuta con il d.lgs. n. 81/2015, con la precipua finalità di contrastare il lavoro nero. Nella disciplina del lavoro accessorio dettata dal d.lgs. 81/2015, infatti, non assume più alcun rilievo il concetto di occasionalità della prestazione la quale, se svolta nel rispetto dei limiti economici annuali consentiti dalla legge, diviene sempre ammissibile potendo essere utilizzato da qualsiasi committente e per qualsiasi attività lavorativa, fatte salve alcune limitazioni di carattere generale.

L'istituto, per le sue particolari caratteristiche, non è risultato agevolmente armonizzabile con il sistema protettivo del diritto del lavoro, essendosi rilevata la sua ambigua collocazione. Controverso è rimasto fin dagli inizi l'inquadramento della fattispecie, sebbene sia stata prevalente l'opinione che ne affermava la natura autonoma, pur non mancando chi ne riconosceva le caratteristiche proprie della subordinazione, specie in un contesto di tendenziale ridimensionamento del modello tradizionale della etero-direzione. In ogni caso, in dottrina erano state sollevate numerose critiche alla disciplina del lavoro accessorio introdotta dal d.lgs. n. 81/2015, soprattutto con riferimento a quelle prestazioni caratterizzate da profili affini alla subordinazione per la presenza di un preciso orario di lavoro, comunque desumibile dal numero di buoni orario corrispondente al numero delle ore lavorate, nonché per l'obbligatorietà delle tutele fondamentali in materia di sicurezza e tutela della salute. In ogni caso, soprattutto dopo l'allargamento dei margini di utilizzazione dell'istituto, permaneva la consapevolezza della anomalia di questa fattispecie a contrattuale rispetto al più generale sistema protettivo giuslavoristico, essendo per di più venuta a mancare la necessaria caratteristica della sua occasionalità.

Proprio muovendo dall'evoluzione dell'istituto, connotato ormai dal superamento degli originari caratteri di marginalità delle esigenze lavorative, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile il quesito referendario, avendo rilevato che si era modificata la sua funzione di strumento contrattuale destinato a corrispondere solo ad esigenze residuali del mercato del lavoro. Il quesito, peraltro, a giudizio della Corte, rispettava anche le indicazioni

relative alla chiarezza, omogeneità e univocità desumibile dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del *referendum* sull'intera disciplina regolatrice di questo controverso istituto contrattuale.

2. *La sentenza n. 27/2017 e la responsabilità negli appalti*

Il secondo referendum, dichiarato ammissibile dalla Corte con la sentenza 11 gennaio 2017 n. 27, concerneva la richiesta di abrogazione parziale dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 e succ. modif., in tema di responsabilità solidale di committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori per i crediti retributivi, previdenziali e assicurativi dei lavoratori impiegati in appalti di opere o di servizi. Disciplina, questa, ritenuta pure derogabile dalle disposizioni della contrattazione collettiva nazionale volte ad individuare “*metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti*”.

Si trattava del resto di una normativa modificata a partire dal d.lgs. 276/2003, che aveva regolato la responsabilità solidale del committente di un appalto di opere o servizi per i crediti retributivi e contributivi vantati dal lavoratore verso il proprio datore di lavoro/appaltatore. La finalità era quella di garantire il pagamento del corrispettivo e degli oneri previdenziali dovuti al lavoratore, con la possibilità di esperire azione diretta nei confronti del terzo committente che di fatto aveva beneficiato della prestazione lavorativa nell'ambito della quale il credito era maturato. A fronte della stringente tutela garantita al lavoratore, tuttavia, la norma aveva nel tempo introdotto talune limitazioni, quali l'esclusione dall'ambito applicativo del committente persona fisica non esercente attività di impresa; la maturazione, da parte del lavoratore, di un credito in diretta conseguenza dell'esecuzione dell'appalto; il rispetto del termine decadenziale di due anni dalla cessazione del contratto di appalto. Va comunque evidenziato che l'articolo 9, comma 1°, d.l. n. 76/2013, aveva esteso espressamente l'applicazione dell'art. 29, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003, genericamente ai “lavoratori” e non più ai “dipendenti”, consentendo un ampliamento dell'ambito dei soggetti tutelati anche nei riguardi dei prestatori assunti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

Gli interventi legislativi del 2012 e del 2014 avevano poi introdotto la facoltà per la contrattazione collettiva nazionale di derogare alle previsioni

normative in materia di solidarietà, con la specificazione giurisprudenziale secondo la quale la deroga poteva riguardare solo gli aspetti retributivi ma non quelli contributivi, nonché la possibilità per il committente di invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore principale. L'art. 29, comma 2, aveva regolato infatti la disciplina processuale della solidarietà tra committente e appaltatore, da convenirsi unitamente in giudizio, con la facoltà del committente di poter eccepire, nella prima difesa, il *beneficium excussionis*. Pertanto, ove l'eccezione fosse stata tempestiva e il giudice accertato la responsabilità di tutti i coobbligati, il lavoratore non avrebbe potuto agire nei riguardi del committente prima di aver escusso infruttuosamente il patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Solo al termine di questo procedimento, in caso di insuccesso, sarebbe stato possibile aggredire il patrimonio delle aziende vincolate dalla responsabilità solidale.

I promotori del referendum chiedevano di modificare questo particolare regime al fine di *“impedire che ci siano differenze di trattamento tra chi lavora nell'azienda committente e chi in un'azienda appaltatrice o in un'azienda in sub-appalto, riaffermando il principio che chi opera nel sistema degli appalti deve vedersi garantiti gli stessi diritti e le stesse tutele”*.

La Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il quesito rilevando che: *“Esso si incentra su un medesimo istituto (quello della responsabilità solidale negli appalti a tutela della posizione dei lavoratori in essi impiegati) interamente disciplinato all'interno dello stesso comma 2 dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, proponendo l'ablazione di due (corpi di) disposizioni autonome, in esso presenti, rispetto a quella che persiste di risulta. In altri termini, l'ablazione riguarda la deroga al regime di responsabilità solidale consentita alla contrattazione collettiva nazionale e la articolata disciplina processuale dell'azione esperibile dal lavoratore; mentre, ciò che rimane in vita, secondo il quesito, è la disciplina sostanziale della responsabilità solidale negli appalti, comprensiva degli obblighi tributari e dell'azione di regresso del committente”*.

Al di là della scelta operata dalla Consulta, non si può non osservare che il quesito referendario tendeva a censurare una normativa legata a particolari questioni tecnico-giuridiche che incidevano solo marginalmente sulla posizione dei lavoratori operanti negli appalti. La normativa contestata peraltro non era nemmeno di generale applicazione restando esclusa la pubblica amministrazione, la quale non può assumere alcun obbligo solidale nei confronti dei dipendenti della società appaltante. Né peraltro la normativa in questione impediva ai lavoratori di vedere soddisfatti i propri crediti retributivi, poiché il beneficio della preventiva escussione vale principalmente ad evitare con-

dotte illecite dell'appaltatore, al limite della bancarotta fraudolenta. Questi, prima della modifica legislativa di cui si è chiesta l'abrogazione, avrebbe potuto tranquillamente intascare il suo corrispettivo dal committente e lasciare poi fraudolentemente a quest'ultimo l'onere di dover pagare i debitori insoddisfatti.

I promotori del referendum, per altro verso, hanno poi inteso vanificare pure eventuali pattuizioni collettive volte a ridimensionare il meccanismo della responsabilità solidale del committente. Ma anche in tal caso si trattava di una opportunità di cui le organizzazioni sindacali potevano già fare a meno potendosi rifiutare di stipulare un accordo con siffatta finalità. Inoltre, non si può ignorare che l'ipotesi derogatoria in favore dell'autonomia collettiva teneva conto dell'esigenza da parte delle imprese private, che esternalizzano parte del proprio ciclo produttivo, di ottenere con particolari accordi garanzie nei confronti dell'impresa appaltatrice di rispettare gli impegni assunti con i propri dipendenti. Pertanto, il sindacato avrebbe potuto contrattare una rinuncia alla garanzia della solidarietà al fine di evitare un incremento dei costi dell'appalto che potevano pregiudicare quelle imprese in palese difficoltà sul mercato.

3. *La sentenza n. 26/2017 e le motivazioni a sostegno dell'inammissibilità del referendum sui licenziamenti*

La Corte costituzionale, con la sentenza 11 gennaio 2017 n. 26 ha ritenuto invece inammissibile il terzo, e più importante, referendum volto a reintrodurre la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento senza giusta causa anche nei confronti dei datori con più di cinque dipendenti. Infatti il quesito implicava non solo l'abrogazione dell'intero decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, in tema di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, ma pure l'abrogazione parziale dell'ottavo comma dell'art. 18, l. n. 300/1970, al fine di estendere la tutela reale nel caso di licenziamento illegittimo.

In pratica, con il referendum, come precisato dai promotori e richiamato nella motivazione della Corte, "quella che si è configurata come clausola generale ("più di quindici lavoratori") viene come tale ad essere abrogata, e dunque a non essere più applicabile; mentre, di contro e peraltro con un'abrogazione "parziale" che solo rimuove limiti ad essa connessi per

legge (per rapporto all'agricoltura) e che è solo espansiva della sua operatività, quella che era clausola speciale ("più di cinque dipendenti") rimane l'unica clausola sulla "soglia" dimensionale, come tale di generale applicazione. Non c'è pertanto, anche per questo aspetto, alcuna innovazione estranea alla legislazione previgente, tale da tramutare il referendum in uno strumento che trapassi gli effetti di un'abrogazione "parziale" delle disposizioni dettate dal legislatore politico-parlamentare".

Inoltre, la Corte ha rilevato che l'obiettivo perseguito con l'abrogazione dell'intero d. lgs. n. 23/2015 non sarebbe diverso da quello perseguito con la parziale abrogazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, in ragione della univocità e unitarietà del risultato, costituito dalla *reductio ad unum* della disciplina sanzionatoria per i licenziamenti illegittimi, da applicare al "datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di cinque dipendenti" (formula risultante in seguito alle abrogazioni oggetto della richiesta referendaria).

Le motivazioni offerte dalla Corte si prestano ad alcuni rilievi. In primo luogo, quello dei limiti al procedimento referendario dove, come evidenziato dai costituzionalisti, non vi è un principio di tipicità tanto che la linea di confine sulla legittimità dei quesiti da ritenersi ammissibili è stata tracciata dalla stessa Corte costituzionale in quanto, sul piano normativo, l'unica prescrizione in materia è contemplata nell'articolo 75, comma 2, Cost. Non per caso, la Corte Costituzionale, sin dall'entrata in vigore dell'istituto, ha sovente abbandonato il mero giudizio di verifica con l'articolo 75, per intraprendere un percorso "pedagogico" volto a prevenire richieste referendarie oscure o comunque potenzialmente produttive di esiti contraddittori. Così la Corte, dopo aver descritto nella sentenza 7 febbraio 1978 n. 16, gli elementi sintomatici per l'inammissibilità dei quesiti, ha individuato nella successiva sentenza 1981 n. 27, quali ulteriori ragioni di inammissibilità, la carenza di chiarezza, di semplicità e di coerenza del quesito. Ed ancora, con la sentenza 1987 n. 29, ha valorizzato la cosiddetta significanza teleologica, estendendo il campo di analisi anche alla applicabilità della cosiddetta normativa di risulta, che sarebbe rimasta in vigore nel caso di un eventuale esito abrogativo della consultazione.

Tale ultima questione è di non poco momento in quanto non mancano esempi significativi in proposito. Che anzi proprio la materia del lavoro ne fornisce una ipotesi emblematica nella norma di risulta conseguente all'abrogazione referendaria dell'art. 19, l. n. 300/1970, dove ci si imbatte in una serie

di questioni interpretative con esiti contrastanti addirittura in successive decisioni della stessa Corte costituzionale. Non per caso si è sostenuto in proposito che molte delle controverse questioni sulla rappresentanza sindacale in azienda trovano la loro radice nella pronunzia della Corte numero 1 del 1994 di ammissibilità del referendum sull'art. 19, nel senso che la probabile incostituzionalità della norma di risulta avrebbe dovuto indurre la Corte ad impedire il referendum. Inoltre, l'esito del referendum, avendo modificato l'originario criterio selettivo di ammissione all'area dell'attività sindacale privilegiata, ha determinato una serie di incertezze sulle condizioni per l'operatività della rappresentanza sindacale che si sono da ultimo palesate nella nota sentenza n. 231/2013: ciò che conferma come la scelta del referendum abrogativo non costituisca sempre la soluzione più idonea per risolvere questioni che il legislatore avrebbe dovuto invece affrontare e risolvere.

A tali problematiche, si aggiunge il più generale problema dell'ammissibilità di quei referendum finalizzati non tanto all'abrogazione di una norma quanto, come nella specie, rivolti piuttosto a modificare parti di un più ampio testo legislativo attraverso un sofisticato collage di molteplici abrogazioni e micro-abrogazioni, fino prospettare il risultato di poter ricavare dall'esito referendario un precetto diverso o addirittura capovolgere il significato stesso della legge. Per tali motivi la Corte, con la sentenza n.26/2017, ha ritenuto inammissibile il referendum in materia di licenziamenti proprio avendo ravvisato un carattere propositivo nel quesito tale da renderlo estraneo alla funzione abrogativa assegnata all'istituto referendario dall'art. 75 Cost. Infatti, il quesito sottoposto alla verifica di ammissibilità, attraverso la tecnica del "ri-taglio" di alcune parole, avrebbe di fatto creato una norma del tutto nuova, mai esistita nel nostro ordinamento, perché volta ad estendere la protezione dell'articolo 18 contro i licenziamenti a tutte le imprese con più di 5 dipendenti, al di là quindi del suo campo di applicazione storicamente consolidato.

La Corte ha inoltre ravvisato la mancanza di univocità e di omogeneità del quesito, che accomunava l'abrogazione integrale del d.lgs. n. 23/2015 all'abrogazione parziale dell'art. 18, L. n. 300 del 1970. Infatti, ha osservato in proposito la Corte: "il fatto che il quesito referendario obblighi l'elettore ad un voto bloccato su tematiche non sovrapponibili, proponendo l'abrogazione parziale anche dell'ottavo comma, e non soltanto dei commi primo, quarto, quinto, sesto e settimo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, comporta un'ulteriore ragione di inammissibilità". "I due corpi normativi, – continua la Corte – oggetto dell'unico quesito referendario, anche se riguardano entrambi

i licenziamenti individuali illegittimi, sono all'evidenza differenti, sia per i rapporti di lavoro ai quali si riferiscono (iniziati prima o dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015), sia per il regime sanzionatorio previsto. Le richieste abrogative che li riguardano sono perciò disomogenee e suscettibili di risposte diverse. L'elettore infatti ben potrebbe volere l'abrogazione del d.lgs. n. 23 del 2015, rifiutando le innovazioni, rispetto all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, contenute in tale decreto, senza però volere allo stesso tempo anche la radicale modificazione dell'art. 18, oggetto della richiesta abrogativa”.

In definitiva, la pronuncia della Corte appare condivisibile perché il quesito referendario tendeva ad accorpare determinazioni proprie della discrezionalità legislativa, volendo estendere le ipotesi di tutela reale a qualunque datore di lavoro con più di cinque dipendenti, così modificando l'intero campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali, finora ancorato alla consistenza numerica delle sedici unità lavorative nell'unità produttiva nella quale è occupato il lavoratore, oppure alla consistenza globale di sessanta lavoratori, indipendentemente dal frazionamento organizzativo in unità produttive. La Corte non ha inteso pertanto avallare la finalità manipolativa dell'iniziativa, anche perché una disciplina diversificata sulle conseguenze del licenziamento illegittimo risulta radicata nel nostro sistema giuridico e già ampiamente valutata sul piano della legittimità costituzionale nelle rispettive aree di applicazione, essendosi ritenuto che non sia in contrasto né con il principio di eguaglianza, né con il principio di razionalità.

Ad esiti diversi probabilmente avrebbe condotto una iniziativa mirata all'abrogazione della sola disciplina del contratto a tutele crescenti introdotta con il d.lgs.n.23/2015 per i nuovi assunti, in ordine alla quale si sarebbe potuto prospettare una irragionevole disparità di trattamento tra dipendenti di uno stesso datore di lavoro per la sola circostanza di essere stati assunti dopo la data di entrata in vigore del decreto. Anche se sul punto non mancano indirizzi della stessa Corte costituzionale che, in diverse occasioni, ha avuto modo di chiarire che il trascorrere di un certo arco temporale può integrare un elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, in base al principio di successione temporali delle leggi.

Ciò non esclude che ulteriore perplessità possa aver destato l'esclusione dei nuovi assunti, senza una ragionevole giustificazione, dalla possibilità di accedere al rimedio processuale introdotto dall'art. 1, comma 47, legge. n. 92/2012, che, nonostante alcuni elementi di criticità, garantisce la tutela giurisdizionale nell'ipotesi del licenziamento in tempi celeri, con una istruttoria

sommaria ed urgente. Ed ancora non si può ignorare la preoccupazione che il nuovo contratto a tutele crescenti, essendo accompagnato da una riduzione del cuneo fiscale e da considerevoli sgravi contributivi per ciascun lavoratore assunto, abbia determinato effetti distorsivi della concorrenza, dovendosi confrontare con la disciplina comunitaria ed in particolare con la normativa sugli aiuti di Stato.

Ma si tratta di problematiche non solo estranee alla iniziativa referendarie ma che non pare siano state finora sollevate dinanzi alla Corte costituzionale.

4. *Le abrogazioni del d.l. n. 25/2017*

In seguito alle decisioni della Corte costituzionale lo svolgimento dei referendum che riguardavano “l’abrogazione disposizioni limitative della responsabilità solidale in materia di appalti” e “l’abrogazione disposizioni sul lavoro accessorio” era stato fissato per il giorno 28 maggio 2017. Tuttavia, il Consiglio dei ministri, nella seduta del 17 marzo, ha approvato il decreto legge n. 25/2017 volto a sopprimere l’istituto del lavoro accessorio e a modificare la disciplina sulla responsabilità solidale in materia di appalti.

A seguito della conversione in legge del d.l. n. 25/2017, avvenuta con la legge 20 aprile 2017 n. 49, l’Ufficio Centrale per il referendum presso la Suprema Corte di Cassazione, con ordinanza in data 21 aprile 2017, ha sospeso con effetto immediato le operazioni elettorali.

L’aver impedito lo svolgimento del referendum non vuol dire che siano state rimosse le questioni di fondo sollevate dai promotori, anche se gli esiti della consultazione non erano del tutto scontati non essendo certo il raggiungimento del quorum necessario essendo venuto a mancare l’effetto di trascinarsi del referendum più significativo e popolare sulla disciplina dei licenziamenti individuali.

Per quanto riguarda la posizione delle obbligazioni degli appalti, ferma restando la colpa in eligendo del committente, che ha comunque il dovere di accertare preventivamente la correttezza dell’appaltatore, la questione più delicata concerne l’attuale sproporzione tra la responsabilità incondizionata attribuita al committente ed i suoi limitati poteri di controllo e nei riguardi degli appaltatori e dei subappaltatori. Il committente, infatti, rimane responsabile anche qualora in un momento successivo sia accertata una qualunque

irregolarità previdenziale o assicurativa, ovvero il mancato pagamento di compensi ai lavoratori dopo la conclusione dell'appalto (ad es. lo svolgimento di lavoro straordinario o il mancato versamenti di indennità retributive). Peraltro, in questi casi, una eventuale ingerenza nell'ambito dell'amministrazione del personale dell'appaltatore rischierebbe di attivare un elemento sintomatico di un appalto non genuino. Permane, pertanto, un problema di certezza del diritto poiché la norma attribuisce una responsabilità solidale al committente a prescindere dalla circostanza che egli sia messo in grado o meno di effettuare controlli efficaci sull'oggetto di cui è chiamato a rispondere.

Con riguardo alla questione del lavoro accessorio, il legislatore nella legge n. 49/2017 ha previsto l'integrale abrogazione della disciplina del d.lgs. n. 81/2015, con un regime transitorio per consentire l'utilizzo, fino al 31 dicembre 2017, dei buoni per prestazioni già richiesti alla data di entrata in vigore del decreto legge. In tal modo, si è dato per scontato l'esito abrogativo del referendum accogliendosi le perplessità manifestatesi dai proponenti nei riguardi delle utilizzazioni dell'istituto.

Tuttavia, il provvedimento legislativo tende a privare gli operatori economici di uno strumento di contrasto al lavoro irregolare, favorendo così il diffondersi dell'illegalità. Inoltre la disciplina del lavoro accessorio aveva la finalità di dare attuazione a talune indicazioni delle Istituzioni europee che richiedono una semplificazione delle incombenze burocratiche necessarie alla instaurazione di un rapporto di lavoro. Inoltre, non si può non tenere conto che il sistema dei voucher, mediante la indicazione di un minimo salariale standard per tutte le attività che trovano compenso attraverso la sua corresponsione (pari ad € 10, per un netto di € 7,50 ad ora lavorata, salvo che per il settore agricolo dove si considera il contratto di riferimento), costituiva un punto di riferimento per l'introduzione di una retribuzione oraria minima, riprendendo anche in questo caso talune indicazioni provenienti dalla Commissione europea.

Non per caso, subito dopo aver abrogato il lavoro accessorio, il Parlamento lo ha a riproposto in forme nuove, e non troppo diverse, non solo per rispettare gli obblighi comunitari, ma anche per offrire uno strumento utile alle famiglie per retribuire piccoli lavori occasionali, oltre che per assicurare ai datori di lavoro uno strumento di flessibilità, sia pur all'interno di precisi limiti che ne confermino la natura di fattispecie lavorativa del tutto marginale.

Michele Scudiero

Riflessioni conclusive

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il referendum manipolativo nei precedenti giurisprudenziali. **3.** La discontinuità negli orientamenti della Corte costituzionale. **4.** Requisiti di ammissibilità dei referendum manipolativi.

1. Premessa

Mi è gradito sottolineare come questo quaderno dimostri quanto siano preziosi e fecondi il confronto e la collaborazione dei giuslavoristi e dei costituzionalisti, confermando un approccio che, tra l'altro, di recente ha trovato modo di esprimersi proficuamente nel ricco quaderno della Rivista Diritti lavori mercati, dedicato a "Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative", a cura di Maria Pia Iadicicco e Valeria Nuzzo, Napoli 2016.

2. Il referendum manipolativo nei precedenti giurisprudenziali

Nel tentare di trarre le conclusioni di quanto emerge dagli approfonditi apporti recati nel presente Convegno, mi pare di poter individuare il tema problematico dominante nel referendum abrogativo manipolativo.

Tale figura di referendum era già emersa nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, precipuamente (ma non solo) a proposito delle proposte di referendum abrogativo aventi ad oggetto le leggi in materia elettorale. E la Corte aveva precisato che il referendum abrogativo in tale materia è intrinsecamente e inevitabilmente parziale, dovendo sempre rimanere pos-

sibile la rinnovazione periodica degli organi costituzionali necessari (Corte Cost., sent. n. 15/2008). Aveva anche precisato che la manipolazione tramite l'abrogazione parziale non può comportare la sostituzione della disciplina vigente con un'altra assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo, trasformando l'abrogazione in legislazione positiva (sentenza n. 36 del 1997).

Tali statuizioni non hanno peraltro dissipato i dubbi e le incertezze che circondano la figura del referendum abrogativo manipolativo, e che sono rilevabili nella giurisprudenza della Corte.

Invero, in più di una decisione la Corte si è pronunciata contro l'ammissibilità della proposta di referendum abrogativo manipolativo, dichiarando che la domanda referendaria non era conforme alla logica dell'istituto avente natura meramente ablativa (così la sentenza n. 47/1991 in materia di norme per l'elezione del Senato della Repubblica e la sentenza n. 36 del 1997 in materia di radiocomunicazioni).

In altre decisioni, sempre in linea con il riferito orientamento, la Corte ammette il quesito referendario, benché formulato con la tecnica del ritaglio, in quanto idoneo a realizzare un effetto di ablazione pura e semplice della disciplina vigente e, perciò, non connotato del carattere della manipolatività (così sent. n. 28/2011).

Ma le pronunce più significative nel senso da ultimo indicato sono quelle in materia elettorale, in cui, giudicando della ammissibilità del quesito referendario formulato con una numerosa serie di ritagli, comportanti il mutamento del sistema elettorale da proporzionale a maggioritario con correzione in senso proporzionale, la Corte ha dichiarato ammissibile il quesito.

Da ultimo, nella sentenza n. 26 del 2017, la Corte ribadisce la sua posizione negativa sull'ammissibilità del quesito referendario parziale diretto ad abrogare le disposizioni di due atti legislativi (il decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23 e l'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300), e ciò non perché il quesito sia formulato con la tecnica del ritaglio ma perché la manipolazione richiesta è ritenuta in grado di dare luogo ad una nuova statuizione estranea al contesto normativo, risolvendosi così nella proposta al corpo elettorale di un nuovo e diverso assetto dimensionale della tutela reale (capo 6 del Considerato in diritto).

3. *La discontinuità negli orientamenti della Corte costituzionale*

La dottrina ha puntualmente rilevato la discontinuità negli orientamenti della Corte costituzionale a proposito del referendum manipolativo, e ha parlato di incoerenza tra essi¹. E nel presente Convegno è stata autorevolmente posta in rilievo la difficoltà di ricostruire una linea di coerenza logica nella giurisprudenza della Corte sul tema in discorso².

Ora, al riguardo sembra consentito osservare come sia inevitabile, in generale, che la Corte esprima orientamenti non sempre univoci e immutabili. Per una serie di motivi: perché la Corte opera nel tempo storico ed è chiamata spesso a decidere nel mezzo del ribollire di passioni politiche; perché la carica di giudice costituzionale non è vitalizia, e la giurisprudenza della Corte non può non risentire del periodico rinnovarsi dei suoi componenti³ più specificamente, perché la legge ordinaria che ha dato attuazione alle norme sui referendum previsti dalla Costituzione (legge n. 352 del 1970) è nata in modo frettoloso nel clima di scontro sull'introduzione del divorzio nell'ordinamento italiano, e nello scambio politico tra questa rilevante innovazione e l'attuazione del referendum abrogativo⁴. Sicché molte questioni sono rimaste aperte.

E il giudice della legittimità costituzionale, chiamato a decidere sull'ammissibilità dei quesiti referendari, ha dovuto intervenire a colmare le lacune della disciplina normativa, e a razionalizzare l'innesto dell'istituto di democrazia diretta nella forma di governo parlamentare adottata dal costituente repubblicano. E questo delicato compito ha assolto con una copiosa giurisprudenza, sollecitata dal massiccio ricorso allo strumento referendario⁵. Giurisprudenza sostanzialmente inaugurata dalla argomentata sentenza n. 16 del 1978, e sviluppata con l'elaborazione di criteri e requisiti di ammissibilità dei quesiti referendari, che si sono andati via via arricchendo e affinando.

Un riepilogo di tali criteri e requisiti si può leggere, tra le tante, nella

¹ CALVANO, *Il falso problema dei referendum manipolativi*, in *GCost.* 1997, I, p. 322 e ss., spc. p. 328.

² Si veda il contributo di POGGI, in Questo quaderno.

³ CALVANO, *op. cit.*, p. 326.

⁴ Su cui: CHIMENTI, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Editori Laterza, 1999, p. 29-40.

⁵ Si è parlato in proposito di esuberanza referendaria: così CHIOLA, *I modi del referendum parziale*, in *Scritti in onore di Crisafulli*, Vol. II, Cedam, 1985, p. 149; e di referendum a raffica: CHIMENTI, *op. cit.*, p. 41 ss.

sentenza n. 28 del 2011 (in materia di costruzione ed esercizio di nuove centrali nucleari per la produzione di energia elettrica), e nella recente sentenza n. 28 del 2017 (in materia di disposizioni sul lavoro accessorio-voucher)⁶.

4. *Requisiti di ammissibilità del referendum manipolativo*

Volendo esprimere una posizione conclusiva sull'ammissibilità del referendum manipolativo, sembra di poter enunciare le seguenti considerazioni:

a) Il referendum manipolativo è un referendum parziale, e questo tratto distintivo è inequivocamente ammesso sia dalla normativa costituzionale (art 75 co. 2 Cost.), sia dalla legge ordinaria di attuazione n. 352 del 1970 (art. 27 commi 2 e 3).

b) Il referendum abrogativo manipolativo è proposto applicando ad un testo legislativo la tecnica del ritaglio, e anche se il quesito è formulato in termini di mera ablatività, comunque ciò non esclude che la sua approvazione produca effetti normativi positivi. Com'è stato autorevolmente insegnato⁷ e la Corte costituzionale ha mostrato di condividere (sentenze n. 15 e 16 del 2008), negli ordinamenti moderni abrogare non è "non disporre, bensì disporre diversamente".

c) D'altronde, è molto difficile sceverare i casi in cui la mera abrogazione di frasi o di espressioni linguistiche di un testo normativo non dà luogo alla sostituzione della disciplina in vigore con altra assolutamente diversa ed estranea al contesto normativi; dai casi in cui, proprio per effetto dell'ablazione, si produce invece un effetto sicuramente innovativo.

d) E allora sembra ragionevole e valida la linea già adottata dalla Corte nella sentenza n. 47 del 1991. Posta di fronte al problema dell'ammissibilità di un referendum manipolativo formulato con la tecnica del ritaglio, la Corte non lo ha risolto nell'ambito dell'alternativa pura e semplice: ablatività/non

⁶ A tale giurisprudenza ha dato riscontro una ricchissima riflessione della dottrina con numerosi saggi e studi monografici tra gli altri, LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Comm. Branca*, Bologna-Roma 2005 e prima: CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto*, in *GCost.*, 1993, p. 2259 ss.

⁷ CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, 1984, p. 98, richiamato da SORRENTINO, *Sui referendum manipolativi*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, III, Cedam, 1998, p. 678.

ablatività (e quindi carattere propositivo), ma ha segnalato la necessità di tener conto di un'altra esigenza: quella della chiarezza, univocità e omogeneità del quesito referendario. Ed io ritengo in aggiunta, in linea con la ricca elaborazione operata dalla Corte sui requisiti della proposta referendaria, che insieme con i menzionati requisiti sia da rispettare la necessità che, ove la proposta di abrogazione riguardi – come nel caso dei referendum portati all'esame negli studi raccolti in questo quaderno – più disposizioni o frammenti di esse, questi siano ispirati da una matrice razionalmente unitaria: in modo che il quesito renda esplicito il fine normativo perseguito, e sia salvaguardata la libertà e consapevolezza del voto. Questo per quanto attiene alla formulazione del quesito; mentre, per ciò che concerne la normativa di risulta, questa deve presentare i caratteri della completezza ed esaustività, cioè essere immediatamente applicabile⁸.

Nell'osservanza di tutti questi criteri potrebbe trovare risposta il non facile problema del referendum manipolativo.

⁸ Su cui, tra gli altri, CARNEVALE, *op. cit.*, p. 2274.

notizie sugli autori

Piera Campanella

Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro - Università di Urbino “Carlo Bo”

Vincenzo Coccozza

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università di Napoli Federico II

Pietro Lambertucci

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università dell'Aquila

Massimo Luciani

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Sapienza Università di Roma

Andrea Morrone

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università di Bologna

Giovanni Orlandini

Professore associato di Diritto del lavoro - Università di Siena

Anna Maria Poggi

Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico - Università di Torino

Fulvio Pastore

Professore associato di Diritto costituzionale - Università di Cassino e Lazio Meridionale

Mario Rusciano

Professore emerito di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Francesco Santoni

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Silvana Sciarra

Giudice della Corte Costituzionale, professoressa emerita di Diritto del lavoro - Università di Firenze

Michele Scudiero

Professore emerito di Diritto costituzionale - Università di Napoli Federico II

Sandro Staiano

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università di Napoli Federico II

Antonello Zoppoli

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Lorenzo Zoppoli

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di marzo 2018
dalla Grafica Elettronica - Napoli