

indice

editoriale

- 5 ANGELO PANDOLFO
Pensioni: ieri, oggi e... domani?

saggi

- 17 FRANCESCA MALZANI
Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore
- 37 MICAELA VITALETTI
La rappresentatività sindacale “utile”. Cosa resta del T.U. del 2014
- 59 ALBERTO MATTEI
Welfare, contrattazione e scambio: regole e prassi
- 89 GIOVANNI CALVELLINI
Insufficienze e potenzialità della Carta sociale europea in tempo di crisi
- 113 CLAUDIA MURENA
Le recenti riforme legislative e la “crisi” della giusta causa

giurisprudenza

- 137 MICHELE FAIOLI
Il costo dei diritti previdenziali tra sostenibilità finanziaria ed equilibrio intergenerazionale
(nota a C. cost. I dicembre 2017, n. 250)
- 147 PAOLA BOZZAO
La giurisprudenza delle Corti Superiori nell'accesso alla sicurezza sociale dei part-timers: contraddizioni e cautele
(nota a C. Giust., Quinta Sezione, 9 novembre 2017, C-98/15)

2 indice

osservatorio

165 GIUSEPPE DELLA ROCCA, ANNA MARIA PONZELLINI

I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?

183 *Notizie sugli autori*

185 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 ANGELO PANDOLFO
Pensions: Yesterday, Today and ... Tomorrow?

articles

- 17 FRANCESCA MALZANI
The Smart Working between Opportunities and New Risks for the Worker
- 37 MICAELA VITALETTI
The “Useful” Representativeness of Trade Unions. What remains of the T.U. of 2014
- 59 ALBERTO MATTEI
Welfare, Bargaining and Exchange: Rules and Practices
- 89 GIOVANNI CALVELLINI
Deficiencies and Potentialities of the European Social Charter in Times of Crisis
- 113 CLAUDIA MURENA
The Recent Legislative Reforms and the “Crisis” of the so called “Giusta Causa” (Just Cause)

case law

- 137 MICHELE FAIOLI
The Cost of Social Security Rights between Financial Sustainability and Intergenerational Balance
(Comment to Constitutional Court, 1 December 2017, n. 250)

4 **table of contents**

147 **PAOLA BOZZAO**

The Jurisprudence of the High Courts in the Access to Social Security of Part-timers: contradictions and cautions

(Comment to Court of Justice of the European Union, Fifth Section,
9 November 2017, C-98/15)

observatory

165 **GIUSEPPE DELLA ROCCA, ANNA MARIA PONZELLINI**

The Dilemmas of Public Organization Reform: Fulfillment or Results?

183 *Authors' information*

185 *Abbreviations*

Angelo Pandolfo

**Pensioni: ieri, oggi
e... domani?**

1. Su chi oggi tratta della materia delle pensioni grava un preliminare dovere di sincerità.

La materia è tanto complessa e sottoposta a spinte così numerose e contraddittorie da far risultare molto difficile, se non impossibile, ricostruire un quadro nitido ed organico dell'*insieme* delle tutele pensionistiche e, ancor di più, individuare prospettive di sviluppo che siano, al tempo stesso, *utili e realistiche*: *utili* rispetto alle peculiarità della questione sociale di questo inizio del terzo millennio; *realistiche* in quanto capaci di raccogliere un sufficiente consenso politico e collocarsi in un quadro finanziario sostenibile.

Sottolinearlo subito risponde ad un'esigenza di chiarezza, senza che questo possa fungere da alibi per celare i propri soggettivi limiti nel tentare una qualche sistemazione della materia.

Considerando quanto si è detto e scritto a cavallo del passaggio dal 2017 al 2018, con l'intenzione di tracciare un bilancio del vecchio anno e dar conto delle prospettive del nuovo anno, si ha la sensazione di una materia (come sempre) in movimento.

Il 2017 è stato un anno di interventi legislativi su pensioni e dintorni e altrettanto avverrà nel 2018, anche grazie alla recente legge di bilancio fonte di processi che potrebbero portare a significative innovazioni nonché di aggiustamenti già ora applicabili.

Più in generale cosa accadrà?

Nella campagna elettorale le pensioni sono state tirate da una parte e dall'altra: l'invecchiamento della popolazione è, ovviamente, anche invecchiamento del corpo elettorale (con la frazione degli elettori più avanti negli anni più propensa ad esercitare il diritto di voto).

Chi saprà resistere e tenersi lontano dalla demagogia, ora che si è aperta la fase post-elettorale?

Ciò, peraltro, in una situazione in cui non può negarsi che l'ordinamento pensionistico avrebbe bisogno di una manutenzione, anche straordinaria su di alcuni aspetti.

2. Alle spalle abbiamo due grandi leggi di riforma – almeno nel senso di ampie – realizzate nel corso degli anni novanta del secolo scorso; la riforma, così chiacchierata, del 2011 e, senza intervalli inoperosi, tanti e nemmeno insignificanti provvedimenti legislativi collocatisi fra l'una e l'altra legge di riforma: 1997, 2004, 2007 sono altri anni che hanno segnato il pressoché continuo movimento della legislazione previdenziale/pensionistica.

Le riforme degli anni novanta, in particolare, sono state ambiziose, nel senso che si sono preoccupate di razionalizzare in qualche modo quanto “maturato” in termini di aspettative (di diritti?) secondo le regole prevalenti e, nel contempo, hanno definito il sistema destinato a sfidare il futuro sui cruciali aspetti delle condizioni di accesso alle prestazioni pensionistiche e dei criteri di determinazione della misura delle pensioni: la riforma del 1991/1992 puntando, da una parte, su requisiti contributivi e anagrafici fissati rigidamente ma a livelli più elevati e, dall'altra, ancora sul metodo di calcolo retributivo sia pure esteso all'intera vita lavorativa; la riforma del 1995, più innovativa in quanto fonte del passaggio al metodo contributivo costruito su di un meccanismo capace di portare alla “giusta” pensione in relazione all'età al momento del pensionamento in una fascia di età (57-65) che oggi ci appare un sogno, se non un miraggio, durante una difficile sopravvivenza nel deserto (eppure, lo si può dimostrare in modo inconfutabile, la legge 8 agosto 1995, n. 335 è stata realmente pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 190 del 16 agosto 1995, entrando così in vigore).

Senonché, nel mentre ci si impegnava in una discussione alquanto astratta (ad opera della l. 335/95 si era dato luogo ad una mera razionalizzazione o ad una vera e propria riforma?), molto cambiava, tanto che il sistema definito a metà degli anni novanta durava davvero lo spazio di un mattino (o ancor di meno in confronto con i tempi lunghi delle vicende prima di lavoro e poi pensionistiche di ogni singolo lavoratore).

Se la l. 335/95 ha rappresentato un (illuminato?) tentativo di conciliare

sostenibilità, flessibilità ed equità interna all'ordinamento pensionistico (nel rapporto fra sforzo contributivo sostenuto e controprestazione pensionistica), perché mai non ha retto?

La risposta a questo interrogativo porta a mettere in luce diversi fattori di crisi.

La demografia, centrale nel determinare gli equilibri di un sistema rimasto a ripartizione (e a capitalizzazione solo virtuale); lo stato della finanza pubblica, critico anche a prescindere del peso notevole delle specifiche e preoccupanti dinamiche della finanza pensionistica: si tratta di fattori che hanno inciso in misura ragguardevole, come ha inciso un andamento niente affatto soddisfacente dello sviluppo economico (in un rapporto con gli altri fattori in cui tutti, interagendo, sono stati causa ed effetto di situazioni vieppiù critiche).

Fattori e, quindi, tendenze generali che non legittimano a tralasciare vizi intrinseci dell'aggiustamento tentato con la legge 335.

Anch'esso, invero, non fece adeguatamente i conti con gli assetti scaturiti dalla normativa previgente, a suo modo ispirandosi alla logica conservativa che già aveva orientato la legislazione del 1991/1992.

Dall'adeguamento del metodo di calcolo retributivo delle pensioni era stata tenuta indenne la "...quota di pensione corrispondente all'importo relativo alle anzianità contributive acquisite anteriormente al primo gennaio 1993, calcolata con riferimento alla data di decorrenza della pensione secondo la normativa vigente precedentemente alla data anzidetta che a tal fine resta confermata in via transitoria..." (art. 12 d.lgs. n. 503/1992).

La legge 335, sia per il futuro che per il passato, lascia affidati al metodo retributivo i lavoratori che alla data del 31 dicembre 1995 potevano far valere un'anzianità contributiva di almeno diciotto anni, come lascia al retributivo la quota di pensione corrispondente alle anzianità maturate al 31 dicembre 1995 a favore di chi, alla medesima data, aveva un'anzianità contributiva inferiore a 18 anni.

Un *continuum*, dunque, di attenzione per situazioni che si continua ad indicare come "acquisite" e tale da portare a normative capaci di effetti cumulativi e protratti nel tempo.

Ancora oggi, a torto o a ragione, si ipotizzano correzioni a carico di pensioni già in essere e si stimano ingenti risparmi di spesa su prestazioni tacciate di essere eccessive a fronte della contribuzione a suo tempo versata e questo si prospetta con riferimento a pensioni – interamente o in buona parte – calcolate con il sistema retributivo.

2.1. Quando la 335 viene elaborata, la giustizia corrispettiva soffre notevolmente nella comparazione fra i diversi regimi previdenziali di categoria e fra individui che accedono al pensionamento ad età diverse.

La spinta a migliorare la situazione in atto si concentra su questo, con il contributivo considerato capace di garantire risultati positivi: per sua intrinseca caratteristica – si sottolineava – promuove equità nel rapporto contribuzione/controprestazione e, inglobando la speranza di vita nel meccanismo di calcolo, assicura lo stesso trattamento a prescindere dall'età al momento del pensionamento.

Senonché, un mercato del lavoro caratterizzato da discontinuità e (fino a qualche anno fa) da trattamenti di disoccupazione penalizzanti i lavoratori precari, con riflessi anche sulla contribuzione figurativa, mettono in luce una peculiarità della legge, priva di un meccanismo redistributivo finalizzato a favorire l'adeguatezza delle prestazioni pensionistiche nella parte bassa dei lavori (per misura delle retribuzioni guadagnate e/o per discontinuità dello stato di occupato).

La l. 335 sarà contraddetta e sostanzialmente superata su tanti e significativi aspetti, ma la peculiarità di cui stiamo trattando resterà ferma tanto da essere ancora oggi in atto.

Operano – non bisogna dimenticarlo – meccanismi solidaristici relativi ad eventi che riguardano la persona, ma non si hanno aggiustamenti che direttamente si preoccupino di un trattamento minimo a fronte di un mercato del lavoro che può rendere difficile la realizzazione del diritto al lavoro (anche se il carattere maggiormente inclusivo recentemente dato ai trattamenti di disoccupazione aiuta ad arricchire, tramite la contribuzione figurativa, la “ricchezza” contributiva individuale ai fini della pensione).

3. Già si è fatto cenno alla vasta produzione legislativa degli ultimi decenni, sfociata nel provvedimento che attualmente regge in generale la materia pensionistica: il “decreto salva Italia” del 2011, che al tempo stesso presenta tratti di continuità e di discontinuità rispetto agli assetti regolatori che lo precedevano.

Con il decreto si consolida un sistema che vuole auto-assicurarsi dinamicamente equilibrio attraverso l'aggancio alla dinamica della speranza di vita, e questo dando rilievo alle attese di vita non solo nella determinazione

della misura della pensione ma anche e, in primo luogo, nell'aggiustamento dei requisiti di età e di anzianità contributiva richiesti per la maturazione del diritto alla pensione. Ad onore del vero, il doppio aggancio preesiste al decreto, che lo perfeziona senza inventare di sana pianta lo schema.

Lo stesso aggravamento dei requisiti richiesti per l'accesso alla pensione, disposto direttamente dal decreto, si innesta in una tendenza che, esclusa la breve parentesi della flessibilità, è già ampiamente sperimentata. Il *modo* – poco graduale – e l'*entità* degli aggravamenti porta, però, ad una discrasia fra previsioni normative e esigenze avvertite da lavoratori ma anche da imprese, discrasia per la quale è difficile trovare degli eguali nella storia della previdenza sociale.

Il decreto continua a far riferimento alla flessibilità: "...la pensione di vecchiaia si può conseguire all'età in cui operano i requisiti minimi previsti... Il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato... dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita..." (art. 24, comma 4).

Il decreto, dunque, evidenzia una fascia di flessibilità, segnata al livello più basso dai "requisiti minimi" e al livello più elevato da settant'anni più gli incrementi derivanti dalla dinamica della speranza di vita.

Il punto è che i "requisiti minimi" sono percepiti e oggettivamente sono particolarmente elevati e, pertanto, ancora più difficile è salire i gradini che vanno oltre i "requisiti minimi". Gradini, peraltro, che non si ha il diritto di salire, stante che il decreto del 2011 "...non attribuisce al lavoratore alcun diritto di opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, né consente allo stesso di scegliere tra la quiescenza o la continuazione del rapporto ..." e la continuazione presuppone il consenso delle parti sulla base di una reciproca valutazione di interessi (Cass., SU, n. 17589/2015).

4. Dell'esistenza della discrasia a cui si è accennato non si può dubitare.

La questione della disarmonia fra previsioni astratte e bisogni di tutela è avvertita diffusamente e ha spinto a produrre una serie di interventi legislativi, catalogabili, dal punto di vista funzionale, in due ambiti diversi: misure che tendono alla prevenzione; misure che tendono a soddisfare i bisogni determinati dalla cessazione del lavoro in mancanza della pensione.

Se ne possono fare degli esempi.

A partire dal primo gennaio 2019, risulteranno aggravati (di cinque

mesi) il requisito anagrafico della pensione di vecchiaia e il requisito di anzianità contributiva della pensione anticipata.

Ebbene, la legge di bilancio 2018 stabilisce che, a certe condizioni, l'aggravamento non troverà applicazione per gli addetti a lavorazioni particolarmente faticose e pesanti nonché per i lavoratori che per un certo periodo hanno esercitato mansioni rientranti in un elenco di 15 attività discrezionalmente individuate dal legislatore.

A fronte del severo requisito di anzianità contributiva richiesto per la pensione sganciata dall'età (la pensione anticipata), per i cosiddetti lavoratori precoci ci si accontenta di 41 anni di anzianità contributiva.

Ebbene, la legge di bilancio 2018 amplia l'elenco di attività e le situazioni personali richieste per poter fruire della riduzione del requisito contributivo nell'anzidetta misura.

Ad interventi, per così dire puntuali, la legge ha pensato di affiancarne altri, almeno potenzialmente, di ampia valenza.

Come si è già sottolineato, per aspetti chiave -elementi costitutivi del diritto pensionistico, misura del trattamento pensionistico- le pensioni risultano dinamicamente ancorate agli andamenti della speranza di vita.

Una delle peculiarità di tale complesso meccanismo ancora oggi attiene al fatto che si impiega una speranza di vita media non differenziata, pur essendo acquisito che la speranza di vita si differenzia per categorie, gruppi, territori sulla base di fattori statisticamente rilevanti.

La legge finanziaria, oltre ad aggiustamenti puntuali del meccanismo (ad esempio, ciascun adeguamento dei requisiti pensionistici non potrà superare tre mesi), prefigura una possibilità di cambiamento generale, con l'istituzione di una commissione tecnica, a cui attribuisce il compito di studiare "...la gravosità delle occupazioni, anche il relazione all'età anagrafica e alle condizioni soggettive dei lavoratori e delle lavoratrici...", e con l'obbligo del Governo di presentare alle Camere una relazione sulle conclusioni della commissione.

Non si sa a quali precise proposte perverrà la commissione e ancor di meno si è in grado di intravedere quale seguito potranno avere in Parlamento, ma certamente la prospettiva di intervento prospettata è di estremo interesse.

4.1. Modulare in maniera ragionevole il meccanismo di adeguamento dei requisiti pensionistici rispetto all'andamento della speranza di vita, anche

per evitare che operi come fonte di una irragionevole redistribuzione, può far compiere dei passi in avanti, senza però risolvere i problemi posti dal livello già raggiunto dai “requisiti minimi” per la pensione di vecchiaia.

A questo riguardo, l’idea di passare a requisiti meno severi viene spontanea, ma è proprio il caso di non dimenticare la complessità delle problematiche pensionistiche.

Innanzitutto, l’idea non può essere proposta come un ritorno al passato (quale?) e nemmeno come mera cancellazione del decreto del 2011, da cui in automatico non scaturirebbe niente di attuale e ragionevole.

Inoltre, a parte l’incombenza dei sempre richiamati vincoli di finanza pubblica, non ci si può non confrontare con ulteriori argomenti prospettati con lo scopo di contraddire ipotesi di attenuazione della selettività dell’accesso alle pensioni: abbassare l’età richiesta per accedere alla pensione – si è fatto notare – determina anche la riduzione del periodo destinato all’accumulo del montante contributivo e questo si riflette sulla misura delle pensioni e sui tassi di sostituzione.

La sottolineatura sarà stata pure strumentale, dettata al fondo dalla preoccupazione per gli equilibri del bilancio pubblico. Tuttavia, è vero che, stante in particolare il metodo contributivo, le modificazioni delle condizioni di accesso alla pensione sono da valutare considerando anche i riflessi che sono in grado di produrre sulla misura delle pensioni. Il che, per l’appunto, complica, e non di poco, l’elaborazione di ipotetici ulteriori interventi sull’accesso e ciò ancor di più se non si dimentica la mancanza della garanzia di un trattamento minimo (a maggior ragione da introdurre ove si consenta di anticipare pensioni di importo più contenuto?).

5. Quanto osservato nei precedenti punti, dà l’idea di interventi di adattamento limitati e della difficoltà di futuri interventi di portata più ampia.

È necessario tuttavia integrare questa idea in una ulteriore distinzione, discernendo fra interventi (piccoli o grandi che siano) interni all’ordinamento pensionistico e interventi esterni, ai margini di tale ordinamento, ma ad esso strettamente collegati.

Per questa seconda tipologia di interventi, il dinamismo che si è registrato a livello normativo è stato davvero notevole, come notevoli e diffuse sono state e rimangono le esperienze applicative.

La situazione presupposta, talora espressamente evidenziata, è delle più

“gravi”: da una parte, cessazione del rapporto di lavoro (e, quindi, venir meno del reddito da lavoro); dall'altra, lontananza (dal momento di maturazione) della pensione.

Nella situazione presupposta, peraltro, la cessazione è causata dal datore di lavoro o è volontaria del lavoratore ma solo apparentemente.

Gli istituti predisposti e attivi sono tanti: “prestazioni integrative” del trattamento di disoccupazione, “assegno straordinario”, “APE” in diverse versioni (volontaria, con intervento dell'azienda, sociale), “prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti ...”; “RITA”.

Gli istituti presentano caratteristiche diverse, ma sono accomunati non solo dalla situazione che presuppongono ma anche dallo scopo a cui sono finalizzati: assicurare un reddito quando non c'è più la retribuzione e non c'è ancora la pensione.

Un'ulteriore e non secondaria caratteristica che li accomuna è rappresentata dalla combinazione di un quadro di regolazione che è legislativo e un finanziamento che è esclusivamente a carico delle aziende, con alcune peculiarità riguardanti l'APE (l'APE volontaria è, in sostanza, una somma che il lavoratore riceve in prestito e il cui costo è sostenuto dallo stesso lavoratore che, una volta divenuto pensionato, ai fini del rimborso subisce delle trattenute sulla pensione; l'APE aziendale è una variante dell'APE volontaria in cui l'azienda versa una contribuzione straordinaria che incrementa il montante contributivo destinato ad essere convertito nella pensione e ciò con un effetto di incremento della pensione che può anche compensare le trattenute finalizzate al rimborso del prestito; l'APE sociale è, invece, un'indennità, a carico del bilancio pubblico, versata a lavoratori in particolari situazioni prossimi a maturare la pensione)

Solo le “prestazioni integrative” del trattamento di disoccupazione vedono la combinazione di una prestazione squisitamente di previdenza pubblica – la Naspi – con un intervento del tipo di quelli che stiamo considerando, che nel caso della integrazione della Naspi si presta a fungere da accompagnamento alla pensione perché l'integrazione può operare “in termini di importi o di durate” e, quindi, operare anche dopo l'esaurimento del periodo di durata massima della Naspi.

Le altre forme di intervento operano, invece, da sole, senza mobilitazione di altre prestazioni previdenziali.

Il quadro delle forme di intervento che stiamo considerando risulta fra-

stagliato, anche per altri aspetti: alcune – l’integrazione del trattamento di disoccupazione e l’assegno straordinario – sono prestazioni affidate ai fondi di solidarietà; le altre ne prescindono e, a seconda dei casi, richiedono a monte accordi collettivi o solo accordi individuali.

Guardando all’insieme di tali prestazioni dal punto di vista del loro rapporto con il sistema delle pensioni, si deve ribadire quanto già accennato: da esse è svolta una funzione, per così dire, preparatoria della prestazione propriamente pensionistica.

Tutte garantiscono un reddito nella fase di avvicinamento alla pensione, che il lavoratore può maturare per l’inesorabile avanzare del tempo e, quindi, dell’età ma anche in virtù della contribuzione figurativa in questi particolari casi posta a carico dell’ex datore di lavoro e tale da consentire il perfezionamento anche del requisito di anzianità contributiva (con le peculiarità dell’APE di cui si è già detto).

Prestazioni, dunque, chiamate a svolgere una funzione importante e, da ultimo, resa ancora più *estesa*. L’assegno straordinario è stato fin dall’inizio riservato ai lavoratori in grado di raggiungere i requisiti previsti per il pensionamento entro i successivi cinque anni. Attualmente, nel settore del credito, è possibile riconoscere l’assegno ai soggetti che raggiungono i requisiti pensionistici nei successivi sette anni.

La “prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti...”, dopo l’ultima legge di bilancio, può coprire un periodo di anticipo rispetto alla pensione portato da quattro anni al limite massimo di sette anni.

Fermo restando che tutti questi istituti sono da studiare con più approfondimento, anche da un esame superficiale si ha modo di ricavare alcune considerazioni di carattere generale.

Spesso delle prestazioni pensionistiche e, in particolare, di quelle (molto) anticipate si è parlato come di una specie di ammortizzatori sociali.

Ora, da una parte, l’accesso alle pensioni, anche a quelle sganciate dal requisito anagrafico, è collocato a livelli tali da escludere la predetta tradizionale (ma non naturale) funzione dei trattamenti di pensione e, dall’altra, sovengono prestazioni diverse che, collocandosi all’esterno del sistema pensionistico, nell’immediato garantiscono un reddito e, per il futuro prossimo, aiutano a far maturare e ad incrementare il trattamento pensionistico.

Si è dato vita, dunque, ad assetti molto diversi rispetto al passato, già a partire dal rapporto fra responsabilità pubblica e responsabilità dei privati.

Lo spettro di interessi mediati all'interno del sistema pensionistico pubblico è ridotto e interessi, una volta soddisfatti all'interno del sistema pubblico, risultano affidati a nuovi istituti, rimessi alla responsabilità dei privati.

Così si trovano dei rimedi agli effetti del ritirarsi dell'intervento pubblico, ma non soluzioni del tutto equivalenti.

Si pensi, ad esempio, all'estensione generale delle tutele propriamente pubbliche (ovviamente una volta che si siano verificati i presupposti a cui sono subordinate) e i limiti di estensione soggettiva che possono di fatto incontrare prestazioni rimesse alla volontà dei privati (condizionata anche dalla capacità di sostenerne il costo).

5.1. Un discorso a parte va fatto per la RITA - "Rendita integrativa temporanea anticipata".

Il lavoratore iscritto ad un fondo pensione, cessando il rapporto di lavoro ed avendo almeno 20 anni di anzianità contributiva nei regimi obbligatori e maturando il diritto alla pensione pubblica di vecchiaia nei successivi 5 anni, può chiedere, con riferimento al periodo precedente la maturazione del requisito anagrafico per la predetta pensione, la "erogazione frazionata" di tutto il montante accumulato presso il fondo o di una sua parte.

In questo modo, prima del conseguimento del requisito pensionistico, può consumarsi, in tutto o in parte, quanto era destinato a realizzare la finalità tipica dei fondi pensione: assicurare una rendita pensionistica di carattere vitalizio a complemento della pensione pubblica di base.

La critica a questo istituto è facile.

Nonostante le difficoltà che possono essere incontrate nella fase in cui è cessato il lavoro e non si è ancora acquisita la pensione pubblica, è ragionevole consentire che, per scelta individuale, si possa abbandonare lo scopo propriamente pensionistico, sia pure di carattere complementare?

6. Preso atto dei cambiamenti da ultimo intervenuti e, più in generale, della pressoché continua mobilitazione legislativa nella materia pensionistica, potrebbero esser scritte nuove pagine della storia legislativa delle pensioni.

Lo si è già osservato: è diffuso un sacro furore nella ricerca di correzioni di veri o presunti errori compiuti negli ultimi anni.

Pur avendo ben presente che quella pensionistica è una materia che più di altre ha bisogno di stabilità normativa, non si può fare a meno di rilevare

che anche fattori diversi rispetto a quelli normalmente evidenziati spingono verso innovazioni. Se ne possono citare alcuni.

Quando si parla di pensioni, il problema dei problemi riguarda il *cosa* il sistema pubblico debba garantire.

La concezione della pensione come retribuzione differita non aiuta, per quanto autorevolmente rispolverata, e anzi è fonte di equivoci (e finanche di ostacoli per meccanismi redistributivi).

Intanto, è il caso di ricordare che già da tempo è stata compiuta la scelta di contenere la tutela pensionistica in un massimale che riguarda la contribuzione e la pensione.

Tale massimale, che riguarda i lavoratori privi di anzianità contributiva al 1° gennaio 1996, incomincerà sempre più ad incidere ed è immaginabile che possa innescare effetti sistemici.

Si parla molto delle prestazioni e poco del sistema di finanziamento, allo stato basato sul prelievo contributivo sulle retribuzioni. Ma questo è un sistema adeguato per l'oggi e anche per il futuro? Ai robot, per quanto antropomorfi, non si paga una retribuzione...

A ben vedere, il primo punto, su cui riflettere per salvaguardare il ruolo della previdenza pensionistica pubblica, riguarda il finanziamento e la sua impostazione generale più che l'astratta definizione di regole sul versante delle prestazioni non sostenute da adeguate risorse disponibili.

Francesca Malzani

Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*

Sommario: **1.** Il dissolvimento dell'ambiente di lavoro. **2.** Vecchi e nuovi rischi per la salute. **2.1.** L'obbligo di cooperazione del lavoratore. **3.** Il luogo di lavoro come spazio sociale. **4.** Agile e ragionevole? **4.1.** *Smart working* e *active ageing*: un primo spunto di discussione.

1. *Il dissolvimento dell'ambiente di lavoro*

Il varo della disciplina del lavoro agile, avvenuto con la legge n. 81/2017, pare costituire uno dei numerosi tasselli che hanno portato al progressivo dissolvimento del tradizionale spazio lavorativo. Questo processo, ormai in essere da diversi anni, affonda la sue radici profonde nella disciplina sul decentramento organizzativo (appalti, sub-fornitura, reti di imprese, ecc.) e nella trasformazione delle modalità in cui la prestazione viene resa al datore di lavoro, al consumatore, al cliente¹. Ciò sempre più in stretta connessione con l'utilizzo delle tecnologie digitali, che favoriscono detta parcellizzazione sia sotto il profilo spazio-temporale sia sotto quello dell'esclusività del rapporto contrattuale: la prestazione è spesso gestita attraverso *app* e offerta *on-demand*.

Si utilizza l'espressione "uberizzazione" dell'economia, mutuando il termine dalla rivoluzione avvenuta nel settore dei trasporti, per spiegare la tendenza di avvalersi di piattaforme multimediali per creare imprese di eco-

* Il saggio costituisce rielaborazione dell'intervento presentato al Convegno internazionale "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia il 12-13 ottobre 2017.

¹ TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo e informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in *RGL*, n. 4, 2016, p. 748 ss.

nomia digitale collaborativa, che sottendono forme di precariato ancora più eclatanti di quelle di cui discutevamo solo una decina di anni fa.

Friedman², in merito all'esperienza americana, parla di una generazione di soggetti votati alla imprenditorialità (*independent contractor*, consulenti, ecc.) e di un parallelo allentarsi del rapporto tra datore di lavoro, che assume le vesti di facilitatore o intermediario di transazioni commerciali³, e lavoratore. Allentarsi fino ad essere addirittura superato, laddove si instaurano e privilegiano sistemi *peer-to-peer* di condivisione o scambio – tramite la rete – di competenze, beni, spazi, servizi, dando linfa vitale al concetto di *sharing economy*, ritenuta a sua volta una delle declinazioni della *collaborative economy*⁴.

Tuttavia, pare ormai essere opinione condivisa, se le imprese generano profitti da queste relazioni apparentemente *peer-to-peer*, vanno pensati dei sistemi di regolazione⁵, fiscali *in primis* (il caso di Airbnb) ma anche rivolti ai rapporti con la concorrenza e con i soggetti che entrano nel circuito per offrire servizi (il caso di Uber)⁶. Dietro l'etichetta di *gig worker* si cela, infatti,

² FRIEDMAN, *Workers without employers: shadow corporations and the rise of the gig economy*, in *Review of Keynesian Economics*, Vol. 2, n. 2, Summer 2014, p. 171 ss.

³ PRASSL, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, 2015; PRASSL, RISAK, *Uber, TaskRabbit, & Co. Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork*, in *CLLPJ*, Vol. 37, n. 3, 2016, p. 577 ss. Negli scritti citati si pone l'attenzione sulla multilateralità del rapporto contrattuale tra i soggetti che gravitano intorno alla piattaforma (*crowdsourcer-platform-crowdworker*), adottando una concezione funzionale di datore di lavoro che permetta di redistribuire, in modo flessibile, diritti e responsabilità. Vengono individuate cinque categorie di funzioni utili a valutare se sussiste la figura del datore di lavoro: 1) la facoltà di selezionare il lavoratore e di porre fine al rapporto; 2) l'esistenza di obblighi in capo al lavoratore; 3) l'obbligo di corresponsione della retribuzione; 4) la presenza di gestione, coordinamento e controllo dell'attività e dei fattori di produzione, inclusa l'indicazione del come e cosa fare; 5) la presenza del rischio d'impresa e la gestione del posizionamento dell'impresa nel mercato.

⁴ BERNARDI, *Un'introduzione alla Sharing Economy*, Fondazione GianGiacomo Feltrinelli, 2015.

⁵ BONINI, *C'è Sharing e Sharing. Sharing is the new welfare?*, Doppiozero, 17 novembre 2014 (<http://www.doppiozero.com/materiali/chefare/c-e-sharing-e-sharing>), che parla di "sogno realizzato del neoliberalismo, finalmente capace di esternalizzare tutti i rischi d'impresa sul corpo dell'individuo, senza alcun dovere di compensazione".

⁶ Secondo l'avvocato generale Szpunar – nel parere del maggio 2017 sulla causa C-434/15 *Elite Taxi c. Uber Spain* – l'attività svolta da Uber non rientra nei "servizi della società dell'informazione" (regolati dal principio della libera prestazione), trattandosi di un servizio misto, in cui prevale l'attività di trasporto e nel quale Uber non svolge un mero ruolo di intermediario; si tratta, invero, di organizzazione e gestione di un sistema di trasporto urbano a richiesta (di cui Uber controlla i fattori economicamente rilevanti come l'accesso all'attività, le tariffe, i premi per i conducenti con alto *rating* o, al contrario, l'esclusione dalla piattaforma, ecc.), non

una varietà di posizioni lavorative⁷, alcune con salari molto bassi (camerieri, autisti, informatici, addetti alla cura degli anziani, ecc.) ed altre ben retribuite (consulenti finanziari, avvocati, editori, esperti di IT), con il tratto comune di restituire una ampia fenomenologia di *zero-hours worker* o *timeless worker* (impiegati in attività *spot*, senza garanzie di successiva richiesta, senza coperture previdenziali, assistenziali, ecc.)⁸ e di soddisfare una domanda per la quale in passato si ricorreva e forme contrattuali stabili (*long-term employment*).

Burtch *et al.*, oltre a soffermarsi sugli effetti di cannibalizzazione nei confronti delle attività svolte da operatori a livello locale (il caso del circuito AirBNB rispetto a quello alberghiero), parlano di *un-employment* e di *under-employment*, riferendosi alle opportunità offerte dalla *gig economy* a lavoratori con basso profilo professionale⁹, che diversamente non avrebbero facile accesso ad attività “imprenditoriali” o che, comunque, sarebbero poco richiesti dal mercato del lavoro. Ci troviamo di fronte a forme di lavoro *non-standard* – spacciate come nuove frontiere del lavoro autonomo, frutto della capacità di auto-organizzazione nell’era digitale – a cui non si applicano neppure i principi e i diritti fondamentali riconosciuti dall’Organizzazione internazionale del lavoro¹⁰.

Se, quindi, come si è già avuto modo di sostenere in un precedente lavoro con riguardo all’estensione dell’obbligo di sicurezza¹¹, l’ambiente di lavoro non è più concepibile come luogo/spazio definito/definibile a priori, ma è il precipitato delle relazioni contrattuali o commerciali instaurate tra

inquadrabile nel c.d. *car-pooling*. La ricostruzione viene confermata dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del 20 dicembre 2017, secondo cui la nozione di “servizio nel settore dei trasporti” ricomprende non soltanto i servizi di trasporto in senso stretto, ma altresì ogni servizio intrinsecamente connesso a un atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro tramite un mezzo di trasporto (punto 41 motiv.).

⁷ BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora*, in *Adapt Working Paper*, n. 11, 2017.

⁸ EU-OSHA, *A review on the future of work: online labour exchanges or “crowdsourcing”: implication for occupational safety and health*, Bilbao, 2015, mette in evidenza che nell’attività eseguita tramite piattaforme, a fronte della tendenza a classificare il lavoro come *freelance*, si verifica un’esternalizzazione dell’obbligo di sicurezza, che ricade sul lavoratore.

⁹ BURTCH, CARNAHAN, GREENWOOD, *Can You Gig it? An Empirical Examination of the Gig-Economy and Entrepreneurial Activity*, in *Ross School of Business Working Paper*, n. 1308, 2016.

¹⁰ DE STEFANO, *The Rise of the “Just-in-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowd Work and Labour Protection in the ‘Gig-Economy’*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper* n. 2682602, 2015.

¹¹ MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Dritti e rimedi*, Giuffrè, 2014, *passim* Cap. I e p. 69 ss.

gli attori, tale frammentazione¹² rende stringente l'esigenza di trovare dei punti fermi – o il meno mobili possibili – attraverso cui leggere questi nuovi fenomeni, con l'obiettivo di tutelare il lavoratore che opera in un contesto in cui è evidente l'evanescenza non solo dei luoghi ma anche, e soprattutto, dei diritti¹³.

Sebbene il lavoro agile non si collochi in tale processo di estremizzazione dei rapporti tra le parti, trattandosi di una modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, vale la pena interrogarsi su quali siano gli elementi di forza e le criticità dello *smart working* proposto dal legislatore che, a mio avviso, espone il lavoratore a nuove fonti di rischio. Se si assume come premessa quanto sostenuto da Pascucci ossia che “*la fonte dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori è innanzitutto l'organizzazione dell'azienda e del lavoro*” e che “*l'organizzazione rappresenta ad un tempo il problema e la sua soluzione*”¹⁴, discutere di lavoro agile offre l'occasione per ricostruire una nozione ampia di ambiente di lavoro, al fine di individuare uno statuto di tutele a “misura” della persona che svolge la propria attività nell'ambito di un'*organizzazione* datoriale dai connotati e dai contorni mutevoli.

L'obiettivo è, pertanto, quello di cercare nelle caratteristiche soggettive del lavoratore – messe in evidenza non solo dalla norma prevenzionistica¹⁵ ma anche dal diritto antidiscriminatorio – la chiave per muoversi in un ambiente di lavoro reticolare, interstiziale, evanescente. Un tentativo, destinato a procedere solo per approssimazione, di *reductio ad unum*, che rimetta il lavoratore e i suoi diritti al centro della nebulosa consegnataci dalla polverizzazione dei paradigmi dell'economia e dell'organizzazione del lavoro.

¹² ALES, *La sicurezza sul lavoro nei “teatri lavorativi complessi”*, in *RGL*, n. 3, 2017, p. 387 ss.

¹³ Il concetto di rischio in senso ampio (retribuzione, diritti in fase di esecuzione della prestazione, sicurezza sociale, ecc.) viene utilizzato per leggere trasversalmente le criticità del lavoro reso in *crowdsourcing* da LOI, *Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *RGL*, n. 2, 2017, p. 259 ss.; il numero della Rivista è interamente dedicato a questi temi (*Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme*), a cui in questo contributo si può fare solo un accenno.

¹⁴ PASCUCCI, *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, n. 1, 2016, pp. 78-79, ma anche in scritti precedenti (tra i molti, PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Quaderni di Olympus, Aras Edizioni, 2014).

¹⁵ Penso non solo alla nozione di lavoratore data dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, che fa proprio leva sull'inserimento nell'organizzazione, ma al dialogo tra tale norma e gli artt. 26 e 28, oltre ai titoli speciali del decreto, dove vengono in luce le caratteristiche del lavoratore nel concreto sistema aziendale.

Il filo conduttore sarà ancora quello del rischio, seppur non nell'accezione ampia proposta da Loi, della sua eliminazione o riduzione come vera cartina di tornasole della tenuta del sistema di tutela della persona.

2. Vecchi e nuovi rischi per la salute

Il Rapporto congiunto Eurofound-Ilo del 2017 “*Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*” presenta un’analisi degli effetti della digitalizzazione sul mondo del lavoro; per quanto qui interessa, affronta le ricadute sulla salute e sul benessere lavorativo, con attenzione all’orario di lavoro e alla conciliazione.

In generale, viene rilevata una tendenza a protrarre l’orario di lavoro medio settimanale (p. 21 ss.), spesso intervallato dall’assolvimento di compiti familiari qualora si tratti di *home-based worker*, che portano a prolungare l’attività nella fascia oraria serale e nel fine settimana, collocandola in un’area di *unpaid supplemental work*. Questi aspetti, positivi sotto il profilo della *performance* individuale (p. 26), sono l’altra faccia della medaglia di una autonomia nell’organizzazione del tempo (*flexible schedule*), che permette la conciliazione con impegni personali ma al prezzo di un non trascurabile incremento di intensità e di commistione/sforamento (*overlap*) tra lavoro retribuito e non retribuito (professionale, reso oltre l’orario di lavoro; familiare, reso a intermittenza durante l’orario di lavoro) (p. 33)¹⁶.

Il tempo e lo spazio divengono *porosi*, forieri di inediti intrecci tra sfera professionale e personale, alimentando l’idea della dissolvenza dell’ambiente di lavoro.

Ciò non può che ripercuotersi sulla salute e sul benessere occupazionale, sebbene, come rileva il Rapporto stesso, tali correlazioni siano un tema poco indagato dagli studi nazionali dedicati al T/ICTM (*Telework/ICT-mobile work*).

Il lavoratore da remoto e connesso digitalmente, più di altri, risulta esposto al rischio di *stress* e *burnout*, dovuti alla intensificazione dei ritmi (iper-connesione, assenza di tempi di recupero), alle disergonomie (posturali o oculo-visive), all’isolamento, alla connotazione labile dei confini tra spazi/tempi lavorativi e

¹⁶ La porosità dell’orario di lavoro si traduce in un effetto di scivolamento dall’*work-life balance* al *work-life blending*. Cfr. MILITELLO, *Autonomia subordinata e work-life blending nell’era della gig economy*, 2017, mimeo, *passim*.

non lavorativi (*blurring boundaries, home-work interference*) (p. 34 ss.). Variabili in parte compensate dalla soppressione dei tempi di spostamento casa-lavoro, dall'autonomia nella gestione del tempo – anche nella prospettiva del *work-life balance* di cui si è detto – ma che non possono essere sottovalutate, se non altro per aver contezza dei problemi e pensare ad alcuni interventi correttivi.

Secondo il legislatore italiano, l'inserimento di una dose di flessibilità nel rapporto di lavoro subordinato, attraverso il c.d. lavoro agile, è teso, essenzialmente, a migliorare la produttività ed a promuovere la conciliazione tra tempi di vita e lavoro (non necessariamente pensata per le donne).

La diffusione di formule di *smart working* dipende, tuttavia, non solo dalla tipologia della prestazione ma, soprattutto, dalla volontà dell'azienda, dei lavoratori e delle parti sociali di ripensare il lavoro e i codici di comportamento, attraverso schemi sempre meno gerarchizzati. Analogamente va ripensato l'esercizio dei poteri del datore di lavoro, in particolare quello di controllo e direttivo¹⁷. L'adozione del *modello agile* incide sulla gestione dell'orario di lavoro e sui sistemi di tempo standardizzato o omogeneo di cui parlava Supiot: i mutamenti organizzativi portano con sé una *frammentazione del tempo di lavoro* che diviene, così, eterogeneo ed auto-regolamentato¹⁸.

La definizione dell'orario e della reperibilità, della misurazione delle *performance* – in ragione dei risultati attesi e degli obiettivi condivisi in una logica partecipativa – presuppone assunzione di autonomia e responsabilità, da parte del lavoratore, e fiducia, da parte del *management*. Sono tutti punti dirimenti per il decollo del lavoro agile e di cui dovrà occuparsi la contrattazione collettiva, dal momento che il testo di legge delinea una cornice di riferimento alquanto snella.

Il lavoro agile, secondo la definizione della l. 22 maggio 2017 n. 81, consiste in una prestazione resa – anche con “*forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*” – in parte nei locali aziendali e in parte all'esterno, nei limiti della durata massima dell'orario giornaliero e settimanale individuati da legge e contrattazione collettiva; prevede, altresì, il possibile utilizzo di strumenti tecnologici e l'assenza di una postazione fissa per il lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali (art. 18).

Non si fa alcun riferimento al telelavoro¹⁹; è abbastanza chiaro che le in-

¹⁷ PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 341, 2017.

¹⁸ SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Carocci, 2003, p. 73 ss.

¹⁹ Il telelavoro è definito nell'Accordo quadro europeo del 16 luglio 2002 come “forma di

tenzioni del legislatore siano state quelle di collocare la modalità esecutiva fuori dal campo di applicazione del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, non senza sollevare alcuni dubbi interpretativi. Sebbene, infatti, telelavoro e lavoro agile non appaiano completamente sovrapponibili, almeno stando alle definizioni della nuova legge e alle disposizioni precedenti sul lavoro distanza²⁰, ciò non toglie che sussistano analogie tali da rendere necessaria l'applicazione (in tutto o in parte, resta da vedere) delle norme di sicurezza già pensate per il telelavoro²¹.

Le norme espressamente dedicate al tema sono contenute negli artt. 18, c. 2, e 22 della l. 81/2017.

L'art. 18, c. 2, sancisce che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore, come in genere dovrebbe essere, omettendo ancora una volta ogni rinvio alla disciplina del d.lgs. 81/2008 (titolo I e titoli III, VII).

L'art. 22, rubricato "*Sicurezza sul lavoro*", prevede che il datore di lavoro, in quanto garante della salute e sicurezza del lavoratore agile, consegni al lavoratore e al rappresentante per la sicurezza (d'ora in poi RLS), con cadenza almeno annuale, un' informativa scritta sui rischi generali e specifici connessi all'esecuzione del rapporto. Il legislatore non fornisce alcuna indicazione in merito alla relazione tra tale informativa ed il documento di valutazione dei rischi (d'ora in poi DVR); il silenzio lascia pensare che si tratti di un estratto del DVR, che necessariamente deve occuparsi della questione ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. 81/2008. In tal caso, il RLS riceverà sia una copia del DVR che l'addenda dedicata al lavoro agile.

Il tentativo di tenere distinta la disciplina del lavoro agile dalla normativa prevenzionistica fa emergere evidenti frizioni, superabili in via di interpretazione sistematica del *corpus* normativo, ma che ritengo richiedano una presa di posizione ferma.

L'esigenza di semplificazione, tende infatti spesso a tradursi in miopia.

organizzazione e/o esecuzione di un lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa" (art. 2).

²⁰ Si sofferma sulle nozioni di telelavoro e lavoro agile, riscontrando un rapporto di *genus a species*, PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, n. 1, 2017, p. 3 ss.

²¹ L'art. 3, c. 10, del d.lgs. 81/2008 prevede l'applicazione del Titolo VII (Attrezzature munite di videoterminali) al lavoro a distanza reso con collegamento informatico e telematico, facendo riferimento all'Accordo europeo del 2002, nonché del Titolo III (Uso delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi di protezione individuale) ove il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, anche tramite terzi.

Un esempio su tutti: l'art. 3 del ddl. n. 2229-A prevedeva, in vista dell'assegnazione alla modalità agile, il parere preventivo del medico competente e lo svolgimento di visite ed accertamenti che sono stati espunti dal testo definitivo. Si tratta di profili che rientrano negli obblighi della sorveglianza sanitaria, difficilmente aggirabili, ancorché in assenza di espresso rinvio; sarebbe, però, stato preferibile mantenere la norma, privilegiando un approccio olistico da parte di uno dei principali attori (il medico competente) del modello integrato di prevenzione.

È, infatti, impensabile che il datore di lavoro, nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, non si ponga il problema di come coniugare la possibilità di svolgere la prestazione ovunque (quindi da remoto, ma non necessariamente dall'abitazione del lavoratore) con la presenza di rischi peculiari.

Non mi riferisco, infatti, solo a quelli connessi all'uso di videotermini di matrice squisitamente ergonomica (postura, presidi per l'apparato visivo), ma altri, di cui la legge non si occupa, che non dovrebbero essere trascurati dalla contrattazione collettiva: il rischio di isolamento, perché lo spazio lavorativo è *luogo sociale* (*infra* § 3), ovviabile con la fissazione in sede negoziale di un tetto massimo di porzione di orario da svolgere al di fuori della sede aziendale; il rischio di *burnout* (gestione delle informazioni che giungono in tempo reale), da leggere insieme al c.d. diritto alla disconnessione anche (e non solo) nelle fasce di reperibilità²²; le crescenti sindromi da iperconnessione (*internet addiction disorder*).

Da uno studio realizzato dall'Etui nel 2016 emerge con nitidezza disarmante la rottura dei confini tra spazio/tempo di lavoro e vita privata, la virtualizzazione dei rapporti e la crescente confusione tra ciò che è urgente e ciò che è importante, nonché la ricaduta di tali fenomeni sulla salute psico-fisica del lavoratore²³.

Inoltre, la (mera) consegna della c.d. "informativa" non supplisce all'obbligo di formazione che deve essere garantito al lavoratore in merito ai

²² In Francia tale diritto trova la sua consacrazione nella legge dell'agosto 2016 (*loi n. 1088/2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*). L'art. 55 prevede l'adozione di un accordo, con il comitato d'impresa o i delegati del personale, per stabilire le modalità di utilizzo di strumenti digitali, nel rispetto dei tempi di riposo, dei congedi, della vita personale e familiare. Sono, altresì previste, azioni di formazione e sensibilizzazione all'uso ragionevole di detti dispositivi.

²³ DEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, in *Working Paper 2016.02*, Brussels, 2016, <http://www.etui.org>.

rischi per la salute e sicurezza²⁴. Diversa, infatti, è la previsione, dell'art. 20, c. 2, sull'apprendimento permanente²⁵, non destinata, nell'economia del testo della legge, ai profili prevenzionistici²⁶.

2.1. L'obbligo di cooperazione del lavoratore

L'art. 22 della l. 81/2017, nella sua seconda parte, dispone che il lavoratore cooperi all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali (c. 2).

Pensando al contenuto di tale obbligo, che vada oltre l'uso corretto delle apparecchiature assegnate (*notebook, tablet, smartphone, ecc.*), si dovrebbe riflettere se detta diligenza possa (o debba), e in quali termini, connotare la scelta del luogo di esecuzione della prestazione.

Una conferma può essere individuata nell'ultima parte dell'art. 23 della legge laddove, nel delineare i limiti della copertura dell'infortunio *in itinere*, si esplicita che la "scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di *ragionevolezza*". Il problema risiede, inoltre, nel fatto se tali luoghi debbano essere selezionati a priori o se il *test* di ragionevolezza si svolga *ex post*, a fini assicurativi.

Nel primo senso si sono orientate le linee guida di Assolombarda del 2015 (*Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al "Lavoro Agile/Smart Working"*) che prevedono, oltre ad una formazione mirata per i soggetti coinvolti, la necessità di individuare una rosa di luoghi in cui si possa svolgere la prestazione da remoto, la comunicazione della scelta effettuata e l'esclusione di luoghi isolati o non facilmente raggiungibili. Ciò anche in vista di possibili sopralluoghi, nel rispetto delle regole per l'accesso ai domicili privati. Nella stessa direzione si muovono alcuni accordi siglati a livello na-

²⁴ DAGNINO, TIRABOSCHI, TOMASSETTI, TOURESS, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in *Working Paper Adapt*, n. 2, 2016, rilevano un'attenzione dei contratti alla formazione in materia prevenzionistica (uso degli strumenti forniti, comportamento in caso di incidenti fuori sede) e al coinvolgimento del Servizio di prevenzione e delle rappresentanze per la sicurezza.

²⁵ AA.VV., *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017, p. 48 ss.

²⁶ Va segnalato che la modulistica reperibile in rete (Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro, Sole24ore) fa riferimento sia alle norme del d.lgs. 81/2008 – pur senza richiamare il titolo III e VII – sia alla necessità di apposita formazione sui rischi cui si tornerà *infra* nel § 3.

zionale o aziendale (*infra* § 3). Va sul punto segnalata anche la Dir. n. 3/2017 (Funzione Pubblica) che richiede l'integrazione dell'informativa da consegnare al lavoratore con alcuni rischi derivanti da situazioni di: pericolosità per l'esposizione diretta alla radiazione solare, a condizioni meteorologiche sfavorevoli (caldo o freddo intensi, elevata umidità); isolamento o difficoltà nel richiedere o ricevere soccorso; presenza di animali, degrado ambientale, rifiuti, sostanze combustibili, infiammabili; impossibilità di accedere ad acqua potabile²⁷.

Anche in questo caso, al di là della condivisione con il datore di lavoro – che potrebbe essere letta come una limitazione della libertà e, quindi, dell'appetibilità dell'istituto – penso al ruolo fondamentale di una adeguata formazione, affinché il lavoratore comprenda che vi sono luoghi di esecuzione della prestazione più idonei a prevenire rischi per la salute e forme di disagio lavorativo.

Se, da un lato, infatti, la fruizione di pause e l'esercizio del diritto alla disconnessione è meglio garantito se non si lavora in un luogo affollato (come un ufficio *open space*), dall'altro, come accennato, l'eccessivo isolamento porta con sé altri tipi di rischi, quale quello di *burnout*. Il lavoro eseguito fuori dagli spazi tradizionali può indurre il lavoratore ad auto-imporsi ritmi eccessivi o livelli di *performance* superiori proprio per non perdere il beneficio del lavoro da remoto (ad es. riduzione o soppressione della pausa pranzo); inoltre, nel caso in cui scelga la propria dimora come luogo di esecuzione della prestazione, il lavoratore può ignorare/sottostimare eventi morbigeni di lieve e media entità e rinunciare, implicitamente, al diritto al comporta per malattia.

Infine, non vanno sottovalutati gli aspetti relazionali che connotano l'ambiente lavorativo.

3. *Il luogo di lavoro come spazio sociale*

L'art. 3, c. 10, del d.lgs. 81/2008 impone al datore di lavoro di garantire l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza

²⁷ In generale sui processi di digitalizzazione nella pubblica amministrazione, cfr. ZILLI, *Autonomia e modelli negoziali per il lavoro pubblico locale. Dalla legge quadro alla riforma Madia*, Giapichelli, 2017, p. 209 ss.

rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda – ad es. la partecipazione alle attività sindacali – nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali²⁸. Chiaramente tali preoccupazioni sorgono anche per il lavoratore agile, quando la porzione di lavoro svolta da remoto sia consistente, e non sono peregrine sotto il profilo della parità di trattamento rispetto ai lavoratori “*in-door*”.

L'art. 20 assicura al lavoratore agile il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda. La previsione, importante sebbene pleonastica, non dà indicazioni sulla possibile genesi di disparità di trattamento ossia sui criteri di valutazione della prestazione, e del rendimento (anche in relazione ai controlli *ex art. 4 dello Statuto*²⁹), del lavoratore agile, lasciando all'accordo (individuale) tra le parti un margine di discrezionalità molto ampio³⁰.

Sempre nell'ottica della parità di trattamento, non convince nemmeno la costruzione del secondo comma della norma: il diritto all'apprendimento permanente per il lavoratore impiegato in forme di lavoro agile è una mera possibilità da definire nell'ambito dell'accordo e da realizzare in modalità formali, non formali o informali, così come la periodica certificazione delle relative competenze.

I profili richiamati sono strettamente connessi all'oggetto di questo pa-

²⁸ Come ricorda PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, n. 2, 2016, p. 366, la preoccupazione inerente l'isolamento del telelavoratore è all'origine di alcune clausole dell'Accordo quadro europeo del 2002, relative sia ai rapporti individuali (clausola n. 9) che a quelli collettivi (clausola n. 11).

²⁹ Il profilo dei controlli, che qui non si può affrontare, è di assoluto rilievo. Nella relazione del Senatore Sacconi sul ddl 2233-B si insisteva sulla necessità che il datore di lavoro fornisca una preventiva informazione sull'utilizzo degli strumenti di lavoro e delle circostanze nelle quali vengano realizzati i controlli, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003. A tal fine l'installazione di sistemi di geo-localizzazione sui dispositivi tecnologici in dotazione al lavoratore e di *software* avrebbe dovuto essere assoggettata alla procedura dell'art. 4, c. 1, della legge n. 300/1970. Le nuove norme non fanno cenno a tali aspetti.

³⁰ Ritiene poco realistico regolamentare questa modalità di esecuzione della prestazione solo sulla base di accordi individuali, SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 327, 2017, p. 10.

ragrafo. I sociologi sottolineano che una delle ragioni del mancato successo del telelavoro è risieduta nell'isolamento dall'organizzazione, che tra l'altro, nell'immaginario collettivo, impedirebbe prospettive di progressione in carriera³¹.

Se come sostiene Pinto “l'esecuzione della prestazione all'interno dell'azienda non costituisce né un effetto necessario del contratto, né un elemento imposto dalla legge, ma è soltanto una manifestazione socialmente tipica della subordinazione che, in quanto tale, rende quest'ultima visibile e riconoscibile sul piano pratico”³², non va però dimenticato che il luogo di lavoro è anche spazio di condivisione di conoscenze teorico-pratiche, di codici comunicativi, di ricerca e costruzione di relazioni. Il riferimento a modalità implicite di apprendimento ben si attaglia all'idea del confronto, anche se non formalizzato in schemi di affiancamento o *training*, con la comunità lavorativa, che si perde ove la prestazione sia resa per intero o in misura massiccia da remoto.

Il proliferare di esperienze di *co-working*³³ non può essere spiegata, se non con eccessivo semplicismo, con l'esigenza di ridurre il costo di una postazione di lavoro attrezzata. Creatività, interdisciplinarietà di pensiero, capacità di interazione, lavoro in *team* – in poche parole ciò che viene definito *social learning* – sono competenze che si sviluppano negli spazi condivisi³⁴ e che andrebbero valorizzate da un *management* attento.

Non voglio qui negare i tratti positivi del lavoro agile (miglior livello di *work-life balance*, risparmio di costi e di tempo per il tragitto casa-lavoro, riduzione dell'inquinamento, soprattutto per il trasporto su gomma), ma l'obiettivo deve essere quello di ponderare le scelte, valutare a fondo i rischi, evitare nuove forme di segregazione (lavoro agile=lavoratrice madre) e rendere edotto il lavoratore affinché la scelta sia libera e consapevole.

Cercare di slegare il lavoro agile dal telelavoro per aggirare la normativa prevenzionistica certamente non soddisfa tale obiettivo. Le parti sociali devono riempire il vuoto della legge, già colmabile con l'estensione in via interpretativa delle norme sulla sicurezza, con soluzioni che muovono dalla

³¹ CHIARO, PRATI, ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *SL*, n. 138, 2015, p. 71.

³² PINTO, *La flessibilità funzionale*, cit., p. 367.

³³ PAIS, *La rete che lavora. Mestieri e professioni nell'era digitale*, Egea, 2012, p. 107 ss. e *passim*.

³⁴ BILANDZIC, FOTH, *Libraries as Co-working Spaces: Understanding User Motivations and Perceived Barriers to Social Learning*, in *Library Hi Tech*, 31(2), 2013, p. 254 ss.

(innegabile) progressiva estensione e dissolvenza dell'ambiente di lavoro, per delineare nuovi orizzonti di tutela, evitando gli arbitri e le sperequazioni di accordi individuali che ripropongono asimmetrie informative e di potere³⁵.

Negli ultimi anni numerose compagnie (Barilla, Vodafone, Unicredit, Nestlè, Shell, ecc.) hanno testato forme di *smart working* con accordi aziendali che coinvolgono fette consistenti del personale³⁶. Durante l'Expo svoltosi a Milano nel 2015, la PW&C ha stipulato a livello nazionale (con Fisascat-Cisl) accordi di *smart working* per le tre aziende del gruppo. Le parti salienti degli accordi concernevano, oltre alla adesione volontaria del personale, la libera scelta del *manager* nel reclutare la popolazione ammessa alla modalità lavorativa in remoto, la limitazione dell'orario fuori sede al 50%, la possibilità di revoca, insindacabile, da parte dell'azienda in qualsiasi momento e "ove possibile con adeguato preavviso"³⁷, il mantenimento dei diritti previsti per il lavoro in sede (ad es. il buono pasto).

Al momento alcuni rinnovi contrattuali contengono, a livello nazionale, dei riferimenti di sostegno all'istituto, con rinvio alla contrattazione aziendale per la regolamentazione di dettaglio³⁸.

Il 6 febbraio 2017, Eni S.p.A. ha siglato un Accordo per l'avvio di un programma di sperimentazione dello *smart working*³⁹. L'accordo si applica, su base volontaria e previa valutazione discrezionale dell'azienda, ai lavoratori-genitori⁴⁰ assunti con contratto a tempo indeterminato (anche *part-time*) per un minimo di 6 mesi ed un massimo di 24 mesi, fino al limite dei 3 anni dalla nascita/adozione/affidamento del bambino. I lavoratori possono rece-

³⁵ Sul ruolo della contrattazione, in prospettiva critica proprio in merito all'aggiornamento della normativa di sicurezza, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 335, 2017, p. 24 ss.

³⁶ Il Politecnico di Milano ha istituito un Osservatorio sullo *smart working* che censisce le iniziative già avviate (http://www.osservatori.net/it_). Cfr. AA.VV., *Guida pratica al lavoro agile*, cit., p. 109 ss.

³⁷ Questo aspetto mal si concilia con la dichiarata finalità di sperimentare nuove forme di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro. Sul punto cfr. *infra* § 4.

³⁸ Cfr. ccnl Federculture, rinnovato il 12 maggio 2016.

³⁹ L'Accordo, che si applica anche alle società controllate, è stato siglato con Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil del settore Energia e Petrolio e rinvia ad un apposito Regolamento aziendale.

⁴⁰ Le parti si riservano di estendere la sperimentazione ad altre ipotesi (patologie di particolare gravità).

dere con un preavviso di 30 giorni. La prestazione può svolgersi da remoto – fermo restando la presa di distanza da ipotesi di telelavoro – per un massimo di 8 giorni al mese e 2 a settimana (da concordare con il Responsabile e con preavviso “coerente” alle esigenze dell’ufficio), da fruire in giornate intere, non cumulabili nel mese successivo e non recuperabili in caso di mancato godimento dell’opzione agile (ferie, malattia, festività, richiamo in sede⁴¹). Il lavoratore deve rispettare le fasce orarie previste dagli accordi sindacali ed essere disponibile, tramite gli strumenti forniti dalla Società e con connessione *internet* adeguata, durante l’orario di lavoro. Per quanto concerne il luogo di esecuzione della prestazione, può essere scelto dal lavoratore in base a criteri di idoneità, sicurezza e riservatezza, con esclusione di luoghi pubblici o aperti al pubblico; il Regolamento aziendale chiarisce, poi, che deve trovarsi sul territorio nazionale. L’Accordo prevede l’erogazione di attività a carattere formativo sia sulle tecniche di svolgimento della prestazione sia sui profili connessi con la normativa prevenzionistica⁴². È esclusa, però, l’erogazione di servizio mensa o sostitutivo (buono pasto): anche dando per scontato che la prestazione venga resa presso l’abitazione, c’è una perdita economica non trascurabile per il lavoratore e un trattamento difforme rispetto a quello riconosciuto ai lavoratori impiegati in sede.

L’Accordo di Enel Italia, valido per le società del Gruppo, del 4 aprile 2017, ha una impostazione analoga a quella sopra descritta (programmazione, rientro in sede, utilizzo degli strumenti, corrispondenza della giornata lavorativa a quella svolta in sede, con esclusione dello straordinario nelle giornate di lavoro agile, ecc.), limitando a 1 giorno la settimana, non differibile e non recuperabile, l’esecuzione della prestazione da remoto. Per quanto concerne il luogo, può trattarsi della residenza/domicilio del lavoratore, di altra sede Enel o di altro luogo liberamente scelto dal dipendente che risponda a criteri di “sicurezza e riservatezza anche dal punto di vista dell’integrità fisica e salubrità”. Non vengono riconosciute indennità di trasferta, trattamenti di pendolarismo o indennità per raggiungere sedi disagiate, ma viene erogato il

⁴¹ L’Accordo prevede che, per esigenze organizzative e produttive, il Responsabile possa richiedere il rientro in sede entro il termine della giornata lavorativa precedente alla giornata prevista di *smart working* (in sostanza, meno di 24 ore di preavviso); analogamente il rientro dovrà avvenire in caso di impedimento tecnico allo svolgimento della prestazione (es. mancanza di connessione *internet*; mal funzionamento del dispositivo portatile, ecc.).

⁴² Il Regolamento allegato all’Accordo parla di “apposito modulo formativo su salute e sicurezza in linea con il d.lgs. 81/2008”.

buono pasto per i lavoratori già assegnatari di *ticket* o la possibilità di fruire di servizi sostitutivi di mensa ove presenti. Con riguardo ai profili prevenzionistici, al dipendente che aderisce all'accordo individuale è consegnata "un'informativa *safety*", dedicata ai rischi generali e specifici connessi al lavoro agile, ed è previsto uno specifico modulo formativo⁴³. L'Accordo stabilisce che, essendo la scelta del luogo sottratta alla sfera dei poteri datoriali e rimessa all'unilaterale scelta del dipendente, il lavoratore assume su di sé la responsabilità di individuare luoghi, comportamenti e modalità per lavorare in salute e sicurezza. Tale affermazione, che in linea teorica propone un esonero da responsabilità del datore di lavoro, dovrà essere apprezzata sul piano concreto, attraverso una valutazione delle misure adottate, anche in termini di formazione e controllo.

Probabilmente proprio per ovviare ai profili complessi legati alla scelta del luogo, nell'Accordo siglato da Banca del Piemonte S.p.A. il 20 gennaio 2017, pur ammettendo un ampio ricorso all'istituto (2 o 3 giorni fissi a settimana, per un numero di giorni pari al massimo a 14 nel mese), si stabilisce che l'attività lavorativa possa essere svolta da un'altra sede aziendale ossia da un ufficio/locale individuato dalla Banca (c.d. "*hub* aziendale"), senza alcuna menzione all'abitazione del lavoratore. Anche in questo caso è riconosciuto il buono pasto, escluso il trattamento di missione e di norma non autorizzato il ricorso allo straordinario, salvo ragioni motivate da urgenza e indifferibilità.

Alcuni riferimenti al *remote working*, come strumento di conciliazione lavoro-famiglia, sono contenuti nella contrattazione aziendale bresciana, con indicazione, a seconda dei casi, del periodo massimo di lavoro svolto fuori dalla sede aziendale nel mese (es. 10 gg.) o nella settimana (es. 3 gg.). Ai lavoratori si chiede di garantire la stessa produttività del lavoro tradizionale, l'osservanza delle norme di sicurezza e sulla *privacy*, nel rispetto del regolamento e della formazione ricevuta. Un interessante caso di studio è costituito dall'esperienza maturata a Bergamo nel 2015 dove si è realizzata una *partnership* tra alcune *smart companies* (Abb-Asea Brown Boveri, Banco Popolare, Italcementi, Uni Banca e Volvo), il Comune e una società di consulenza (Variazioni-Valore D) per il lancio di forme di lavoro agile, che ha evidenziato ricadute positive in termini di riduzione dei tempi e costi di

⁴³ La formazione specifica è prevista anche nell'Accordo Ferrovie dello Stato S.p.A. del 2 maggio 2017, che richiama espressamente il d.lgs. 81/2008.

trasporto, di conciliazione, di autonomia nella gestione dei tempi, di mantenimento dei livelli di *performance*⁴⁴.

4. Agile e ragionevole?

Per concludere, merita attenzione la norma dedicata al recesso dall'accordo sulla modalità di esecuzione *agile* della prestazione.

L'art. 19, c. 2, della l. 81/2017, prevede una distinta estensione del preavviso, in genere non inferiore a 30 giorni, nel caso in cui la prestazione sia resa da un lavoratore disabile. In questo caso, infatti, l'accordo tra le parti non può prevedere un preavviso inferiore a 90 giorni "per consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro" in relazione "alle esigenze di vita e di cura del lavoratore".

La norma è di grande importanza e rappresenta la codificazione di una ipotesi di soluzione ragionevole. Quest'ultima, come ha sostenuto la Corte di Giustizia⁴⁵, va riferita "all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori" (punto 54 motiv. *HK Danmark*). L'art. 5 della dir. 2000/78/CE del 27 novembre 2000 definisce la soluzione ragionevole attraverso l'obiettivo che la stessa persegue, senza offrire esemplificazioni: "provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione"⁴⁶.

L'individuazione va, pertanto, fatta di volta in volta, esaminando l'impatto di una norma, legale o contrattuale, o della sua assenza.

Gli strumenti indicati nel *considerando* 20 della dir. 2000/78/CE costituiscono per la Corte un elenco non tassativo di provvedimenti, che possono

⁴⁴ L'indagine svolta dopo la sperimentazione mostra un dato significativo sulla riduzione di malattie e permessi, che andrebbe rivisto in un'ottica critica, alla luce delle considerazioni svolte nel testo.

⁴⁵ C. Giust. 11 aprile 2013, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab e HK Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*, cause riunite C-335/11 e C-337/11, in *RCDL*, 2013, n. 1-2, 42 ss.

⁴⁶ L'art. 5, inizialmente non trasposto dal nostro legislatore, ha portato alla condanna dell'Italia (C. Giust. 4 luglio 2013, *Commissione c. Italia*, causa C-312/11, in *DRI*, 2014, n. 1, p. 263 ss.), che ha poi sanato la lacuna – culturale oltre che normativa – con l'inserimento dell'art. 3 *bis* nel d.lgs. n. 216/2003 dell'art. 3 *bis*.

essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo purché efficaci “a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’*handicap*” (adattamento dei luoghi, delle attrezzature, dei ritmi di lavoro, ripartizione dei compiti, formazione, ecc.).

Altrettanto ampia è l’accezione di *accomodamento ragionevole* accolta dalla Convenzione Onu del 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dall’Italia con l. 3 marzo 2009 n. 18, ossia quelle modifiche e adattamenti necessari e idonei ad assicurare alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali (art. 2).

Immaginare un preavviso di durata superiore per il recesso dall’*opzione agile* – così come la giurisprudenza più recente ha fatto con il comporto per malattia⁴⁷ – costituisce una misura di non eccessivo impatto economico, ma con una ricaduta importante sul diritto al lavoro dei disabili e sull’effettività degli strumenti di garanzia delle pari opportunità e dell’eguaglianza.

La modifica degli spazi e del tempo di vita e lavoro può comportare per il disabile – con dei distinguo che qui non si possono approfondire in merito all’esigenza di sottoporsi a trattamenti sanitari o semplicemente di svolgere l’attività in modo compatibile con le proprie condizioni di salute – difficoltà maggiori in termini di organizzazione e conciliazione vita privata-vita lavorativa. Il rischio, infatti, è quello di precludere la continuazione del rapporto di lavoro e configurare una ipotesi di discriminazione che il legislatore tenta di arginare proprio con la doppia previsione.

La norma si chiude stabilendo che, in presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato.

Non si chiarisce se nell’accordo individuale sia previsto un ventaglio di ipotesi che possano integrare tale motivo. Sul punto sarebbe auspicabile un intervento della contrattazione collettiva, per evitare di svuotare di significato

⁴⁷ Trib. Milano, 28 ottobre 2016, n. 2875, in *RGL*, n. 3, 2017, con commento di chi scrive (*Soluzioni ragionevoli ed effettività della tutela antidiscriminatoria del lavoratore disabile*), p. 475 ss. Cfr. la recente sentenza C. Giust. 18 gennaio 2018, *Conejero c. Ferroser Servicios Auxiliares SA, Ministerio Fiscal*, causa C-270/16, in <http://www.dirittifondamentali.it/>, secondo cui è fatto divieto a una normativa nazionale di prevedere che un datore di lavoro possa licenziare un lavoratore per assenze intermittenti dal lavoro, giustificate, laddove siano dovute a malattie imputabili alla disabilità di cui soffre il lavoratore.

la norma sul preavviso e per garantire una attenta valutazione nella redistribuzione delle opportunità di accedere al lavoro agile, a maggior ragione ove collegato all'adozione di soluzioni ragionevoli per i disabili, fermi restando i *caveat* di cui *supra* sui profili prevenzionistici.

4.1. Smart working e active ageing: un primo spunto di discussione

Il lavoro agile, oltre ad essere uno strumento, come proposto dal legislatore, per favorire la produttività e la conciliazione, può ben essere utilizzato come misura che si colloca nelle campagne di *active ageing* e di qualità del lavoro.

Gli esperti di organizzazione parlano di *age diversity management* e, in tale filone di ricerca, viene analizzato l'impatto dell'età su attitudini, comportamenti e *performance*, nonché vagliate le pratiche aziendali idonee a valorizzare i collaboratori a tutte le età (organizzazione del lavoro, formazione e sviluppo, *rewarding* e *knowledge management*)⁴⁸.

La variabile *età* influenza la percezione della qualità del lavoro, come evidenziato dai questionari di profilazione elaborati negli ultimi anni (*Quality of Ageing at Work Questionnaire; Age-related Leadership Concept & Questionnaire*), che inseriscono la conciliazione, l'organizzazione del lavoro e l'autonomia nelle sezioni di indagine⁴⁹.

In questi casi il ricorso al lavoro agile, se la scelta è condivisa e costruita con il lavoratore "anziano", può essere letta in una duplice prospettiva, con forti tratti di circolarità. Una risposta, da un punto di vista prevenzionistico, connessa alla ricerca del benessere lavorativo (gestione del tempo, del ritmo di lavoro, della velocità di risposta) e una forma di lotta alle discriminazioni basate sull'età, evitando pensionamenti anticipati o uscite forzose dal mercato del lavoro, che aumentano il rischio di depressione e il declino cognitivo⁵⁰.

Come ho avuto modo di accennare in un altro contributo⁵¹, dal dibattito

⁴⁸ SAMMARRA, PROFILI (a cura di), *La diversità di età nei contesti di lavoro. Sfide organizzative e implicazioni per il people management*, Franco Angeli, 2017, *passim*.

⁴⁹ ASSOLOMBARDA, *Age Management. Teoria e pratica per la gestione dell'età nelle organizzazioni*, Franco Angeli, 2014, p. 128 ss.

⁵⁰ HARPER, *Health and Well-Being in Older Workers: Capacity Change with Age*, in PARRY, TYSON (eds.), *Managing an Age Diverse Workforce*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 212.

⁵¹ MALZANI, *Soluzioni ragionevoli*, cit.

della dottrina europea emerge una idea lata e generalizzabile di soluzione ragionevole, intesa come uno strumento trasversale capace di creare un *valore aggiunto* rispetto alla tutela offerta dalla Cedu e dalla dir. 2000/78/CE. In particolare, per le convinzioni personali e religiose⁵² ma con interessanti aperture anche agli altri fattori protetti⁵³.

Con riguardo all'età, la dicotomia lavoratore giovane/lavoratore anziano presenta una forte connessione con i profili prevenzionistici. Gli accomodamenti, nella rassegna contenuta nel Rapporto della Commissione europea, concernono l'orario, le condizioni di lavoro, l'esonero dal lavoro notturno ed un ruolo fondamentale viene rivestito dalla formazione.

La rilevazione dei fabbisogni formativi e delle competenze dei lavoratori maturi, anche in relazione alle innovazioni digitali, può essere uno strumento utile per delineare modelli di qualità del lavoro, che facciano perno su leve motivazionali e politiche non discriminatorie e valorizzino le caratteristiche soggettive di cui si è detto in apertura di questo lavoro.

⁵² BENEDI LAHUERTA, *Taking EU Equality Law to the Next Level: in Search of Coherence*, in *ELLJ*, Vol. 7, n. 3, 2016, p. 348 ss.; ALIDADI, *Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?*, in *ELR*, n. 6, 2012, p. 693 ss.

⁵³ EUROPEAN COMMISSION, *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe*, Luxembourg, 2013, p. 60-61.

Abstract

Il legislatore ha visto nel lavoro agile uno strumento per incrementare la produttività e favorire la conciliazione tra lavoro e vita privata. Questa modalità di esecuzione della prestazione, già utilizzata da molte imprese con interessanti esperienze pilota, rende a pieno l'idea di come, nella società post-industriale, il lavoro tenda a destrutturarsi, sia dal punto di vista temporale che spaziale.

Il saggio, sulla scorta delle previsioni introdotte dalla legge n. 81/2017 e delle norme della contrattazione collettiva, indaga le ricadute del lavoro agile sui profili connessi all'organizzazione del lavoro e ai rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

The legislator presented smart working as an instrument to increase productivity and promote the reconciliation of work and private life. A lot of big companies, during these years, have implemented it as a good-performing organizational solution.

The aim of this article is to identify the opportunities offered by this type of experimentation, facilitated by new technologies, but also focusing on the new risks for employers' health and safety. The analysis of the law and the collective bargaining is crucial to understand the potential discrepancy between theory and practice.

Key words

Lavoro agile, salute e sicurezza, contrattazione collettiva.

Smart working, health and safety at work, collective bargaining.

Micaela Vitaletti

La rappresentatività sindacale “utile”.

Cosa resta del T.U. del 2014

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Crisi della contrattazione collettiva nazionale. **3.** L'Accordo di modifica 4 luglio 2017 al T.U. sulla Rappresentanza. **3.1.** L'elaborazione contabile dei dati sulla rappresentatività sindacale. **3.2.** Capacità occupazionale e rappresentatività sindacale “utile”: la partecipazione dei datori di lavoro. **3.3.** Comitato di Gestione e rappresentatività sindacale “crescente”. **4.** Gli altri criteri. La misura della rappresentatività sindacale negli ulteriori Accordi Interconfederali. **5.** L'integrazione tra sfere di pluralismo sindacale: la rete degli Accordi. **5.1.** È ancora necessaria una legge sulla rappresentatività sindacale? **5.2.** L'Accordo Interconfederale 9 marzo 2018: note a margine.

1. *Premessa*

L'accertamento della rappresentatività sindacale quale condizione per legittimare il soggetto negoziatore a partecipare alla formazione del contratto collettivo nazionale è un fatto relativamente recente, strettamente connesso alla sottoscrizione da parte delle Confederazioni Cgil, Cisl e Uil e dell'associazione Confindustria dell'Accordo Interconfederale 10 gennaio 2014 (di seguito T.U.).

Se pur l'operatività della parte del T.U. relativa alla misura della rappresentatività sindacale era rimessa alla previsione di ulteriori regole applicative, la verifica del consenso espresso all'organizzazione sindacale mediante il superamento della soglia del 5% tra dato elettorale e dato associativo per ciascun contratto¹, non ha ancora trovato attuazione².

¹ Come è noto, e qui soltanto in estrema sintesi, in attuazione del Protocollo d'intesa 31 maggio 2013, l'Accordo Interconfederale 10 gennaio 2014 (T.U.) ha stabilito un sistema selettivo volto a riservare la contrattazione collettiva nazionale soltanto alle “organizzazioni sindacali che avessero nel comparto o nell'area una rappresentatività non inferiore al cinque

Eppure già il 22 dicembre 2014 le parti firmatarie dell'Accordo ribadivano l'interesse ad attuare il T.U. Poco dopo veniva sottoscritta con l'Inps la convenzione per la catalogazione dei contratti e delle organizzazioni aderenti³. Effettuata la suddetta catalogazione, i soggetti sindacali firmatari avrebbero dovuto fornire all'Inps le ulteriori indicazioni, "limitatamente alla tempistica, necessaria ai fini della rilevazione del dato degli iscritti da utilizzare per i rinnovi contrattuali in scadenza nell'anno 2016".

Il processo di attuazione di un sistema volto a verificare l'effettiva rappresentatività dei soggetti ammessi alla contrattazione collettiva nazionale sembra, invece, essersi interrotto, come se la volontà di trovare regole che restituiscano una corrispondenza tra soggetto rappresentativo e attore negoziale avesse perso la connotazione dell'urgenza.

La rappresentatività sindacale resiste, infatti, ancora come concetto dinamico di volta in volta concretizzato dalla partecipazione dei sindacati alla

per cento, considerando a tal fine la media fra il dato associativo e il dato elettorale". Per quanto riguarda il dato associativo, l'accordo disciplina la delega sindacale ai soli fini della misurazione del numero degli iscritti alle singole organizzazioni. A tal fine viene previsto il contenuto, la struttura, l'importo minimo, le modalità e gli effetti della revoca del contributo sindacale. Mentre il dato elettorale costituisce il risultato delle elezioni tenutesi nell'ambito delle Rappresentanze sindacali unitarie. Il sistema ha previsto poi una sorta di classificazione dei contratti collettivi da realizzare mediante l'indicazione da parte del datore di lavoro, del codice del contratto collettivo nazionale applicato. Sul Testo Unico del gennaio 2014 esiste, ormai, una bibliografia sterminata, v. senza pretesa di esaustività, limitatamente ai contributi più recenti, CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III dello statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *DRI*, 2014, p. 309; DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, 2014, p. 673; DI STASI, *Il testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 stipulato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil - Una riflessione critica*, in *RGL*, 2014, p. 149; LA FORGIA, *L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014: la riforma del sistema di relazioni sindacali e il principio di maggioranza* in questa rivista, 2014, p. 664; LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *RIDL*, 2014, p. 237; SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *DRI*, 2014, p. 687; v. altresì i contributi raccolti in CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt, Univ. Press, 2014.

² Ciò detto è opportuno specificare che le altre parti del T.U. hanno trovato attuazione, generando anche un consistente contenzioso. Si pensi ad esempio alla parte relativa alle Rappresentanze Sindacali Unitarie con riguardo alla clausola sei sulle ipotesi di decadenza dei componenti contenuta nella seconda parte del T.U. v. Trib. Napoli 3 luglio 2017, Trib. Napoli 4 luglio 2017, Trib. Napoli decreto 10 novembre 2017, e/o alla giurisprudenza relativa alle adesioni successive alla sottoscrizione del T.U. Tribunale di Roma 15 maggio 2015.

³ Convenzione 14 aprile 2015 pubblicata in www.inps.it.

negoziiazione collettiva. In altri termini, la storia esterna⁴ del sindacato sembra consegnare all'interprete la rinuncia ad introdurre regole diverse, là dove permane una sorta di refrattarietà al “giudizio” sulla rappresentatività.

Tant'è che i soggetti firmatari del contratto collettivo dei metalmeccanici, gli stessi che avevano dato origine al fenomeno dei c.d. accordi separati⁵, nel sottoscrivere nel 2016 il contratto collettivo hanno rinviato a data da destinarsi l'applicazione delle clausole relative al rapporto tra organizzazioni sindacali. Nell'ipotesi di accordo, sottoposta poi alla consultazione certificata dei lavoratori, le parti (Fiom, Fim e Uilm) hanno premesso e promesso “di allineare e armonizzare le prescrizioni contrattuali con quelle del Testo Unico 10 gennaio 2014 sulla rappresentanza decidendo di istituire una Commissione con il compito di individuare e comunque nell'arco temporale necessario del testo contrattuale, le soluzioni per il recepimento delle parti che il T.U. demanda alla regolamentazione contrattuale sui capitoli presenti”.

Le organizzazioni sindacali hanno, dunque, continuato a muoversi al di fuori della necessità di una verifica oggettiva delle parti, riproducendo essenzialmente un meccanismo tipico del diritto privato, ove al momento della formazione del contratto sono le stesse parti che si identificano mediante mutuo riconoscimento. La rappresentatività presunta costituisce in qualche modo ancora una qualità generica e presupposta del sindacato la cui autoregolamentazione è tesa semmai a definire regole di coalizione consensuale per governare l'azione tra le parti così individuate⁶.

⁴ Sul significato di storia esterna CONTE, *Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo*, in *RIDL*, 2007, p. 299.

⁵ Per una ricerca empirica, vedi REGALIA, GALETTO, TAJANI, *Osservazioni sulle relazioni industriali nei casi di contrattazione separata*, in *RGL*, 2010, p. 19. Si veda tra la copiosa letteratura sulle vicende che hanno interessato Fiat Industrial BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'archetipo Fiat di Pomigliano d'Arco*, 2010, in *QRS*, n. 3; CARINCI F., *La cronaca fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, p. 11; CARIUCCI, *La crisi della governance nel diritto del lavoro*, in *RDPC*, 2011, p. 131; DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla “sentenza Fiat”*, in *RIDL*, 2011, p. 1421; DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi del gruppo Fiat, una prima ricognizione*, in *RIDL*, 2011, p. 113; SANTORO PASSARELLI, *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, 2011, p. 161; TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *ADL*, 2010, p. 1091; PERSIANI, *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali*, in *GI*, 2012, p. 123.

⁶ Sulla separazione tra soggetto negoziale e soggetto rappresentativo, D'ANTONA, *Le varie dimensioni giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione*, in AMATO, MATTONI (a cura di), *Il sindacato alla svolta degli anni '90: contrattazione, rappresentanza democrazia*, FrancoAngeli, 1989, p. 93 ss. Sul C.C.N.L. metalmeccanici, BAVARO, *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane*, in *DLRI*, 2017, p. 709; MARESCA, *Il rinnovamento del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo di categoria*, in *DLRI*, 2017, p. 709.

Del resto, storicamente, l'attenzione sindacale, *in primis* delle Confederazioni⁷, si è sempre rivolta alla procedimentalizzazione della formazione del contratto rispetto alla quale le organizzazioni sindacali trovano regole per far convergere, in un percorso comune, l'azione negoziale con la condizione che la coesione tra associazioni derivi dal mutuo riconoscimento tra gli stessi.

L'aggregazione tra soggetti passa, dunque, ancora oggi, attraverso regole relative alla fase negoziale più che con riferimento all'individuazione delle parti contrattuali.

Eppure come si vedrà si tratta soltanto di una inerzia apparente.

2. *Crisi della contrattazione collettiva nazionale*

Gli effetti più evidenti della mancata regolamentazione della rappresentatività sindacale a livello della contrattazione collettiva nazionale sono rappresentati in due studi recenti⁸: il primo pubblicato dalla Cisl e l'altro dal Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro⁹, che, catalogando dal 2008, i contratti collettivi presenti nei diversi settori hanno segnalato come l'elevato numero dei contratti derivi dall'aumento esponenziale dei sindacati¹⁰.

I due studi, nel prendere a riferimento un arco temporale che in parte precede la data di sottoscrizione del T.U., mostrano come le criticità contrattuali, più che annidarsi nel fenomeno dei c.d. accordi separati, emergono intorno alla proliferazione di soggetti sindacali, espressione di quel pluralismo che costituisce oltre ad un valore costituzionalmente garantito¹¹, anche e soprattutto, come in questo caso, un criterio di valutazione dell'agire collettivo.

⁷ Sul sistema Confederale, BELLAVISTA, *Il sindacato federale: un centauro del terzo millennio*, in ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 47; PANDOLFO, *Qualche riflessione sui sindacati confederali*, in ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., DELFINO, *op. cit.*, p. 131.

⁸ Si tenga altresì conto del Rapporto Abi 2017 presentato a Milano 18 dicembre 2017.

⁹ Il Presidente del Cnel, il Prof. Tiziano Treu, ha definito "preoccupante" il fenomeno dei contratti al ribasso siglati da associazioni datoriali non rappresentative con sindacati, anch'essi privi di effettiva rappresentanza, in intervista Sole24ore, 9 novembre 2017. Le sollecitazioni del Prof. Tiziano Treu sembrano essere state raccolte dall'Accordo Interconfederale ratificato il 9 marzo 2018 che invita il Cnel a favorire un percorso in grado di contrastare il fenomeno di dumping contrattuale.

¹⁰ Più in generale sulla crisi del sistema delle relazioni industriali si veda il volume collettaneo, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., DELFINO M., *op. cit.*

¹¹ Sull'attuazione dell'art. 39 Cost si rinvia alle proposte presentate nell'ambito del con-

Se si raffrontano i contratti al numero degli occupati dipendenti – scrive il rapporto – nel 2008 la platea potenziale media per ogni contratto era nel totale delle attività economiche di circa 47 mila; la situazione al 2015 vede poco più di 25 mila unità, risultando di fatto una evidente contrazione dell'ambito di applicazione di ogni singolo contratto collettivo nazionale dovuto da un lato dalla presenza di più contratti collettivi nazionali sottoscritti separatamente dalle Confederazioni datoriali per il medesimo settore merceologico, a cui si aggiungono contratti collettivi relativi a micro ambiti che sottraggono spazio alla macro area di riferimento¹².

È interessante notare che le associazioni di categoria tradizionalmente considerate rappresentative hanno firmato unitariamente un terzo dei contratti collettivi applicati con una presenza eterogenea nei diversi settori.

I dati indicati mostrano chiaramente che la regolamentazione del rapporto di lavoro subordinato, patisce, prima ancora dell'effetto derogatorio dovuto alla contrattazione collettiva di secondo livello, la scomposizione della rappresentatività sindacale che realizza un sistema vario e complesso in cui è difficile orientarsi.

Più che di una destrutturazione dei trattamenti economici e normativi dovuta al decentramento del sistema contrattuale, si assiste ad una frammentazione delle regole sul piano deputato a garantire una maggior omogeneità della disciplina applicabile¹³.

La parcellizzazione dei trattamenti economici e normativi si realizza attraverso un duplice meccanismo: in termini orizzontali mediante la concorrenza tra contratti collettivi nazionali e, in termini verticali, attraverso la regolamentazione dal basso ad opera della contrattazione collettiva aziendale.

In tal senso la minoranza sindacale, priva di una effettiva rappresentatività, a parità di condizione nell'ambito dell'autonomia collettiva, si presta ad im-

vegno organizzato dalla rivista *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, il 13 aprile 2016, *L'attuazione degli art. 39 e 40 Costituzione. Tre proposte a confronto* i cui atti sono stati pubblicati da Ediesse, 2016.

¹² GOTTARDI, *Contrattazione collettiva, destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, p. 887; OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono perché crescono*, in *DLRI*, 2017, p. 417.

¹³ Da ultimo, BELLARDI, *Il decentramento contrattuale: vecchi problemi e ipotesi di riforma*, in *QRS*, 2016, p. 120; SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in questa rivista, 2015, p. 273; per una analisi delle recenti tendenze a livello locale, MALZANI, *Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva*, in *Provincia di Brescia*, in questa rivista, 2016, p. 197. Sulle prospettive delle relazioni industriali, CARRIERI, TREU, (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013.

plementare la concorrenza tra regole, portando il datore di lavoro non iscritto ad alcuna associazione di categoria, a scegliere il contratto collettivo sulla base di una valutazione esclusivamente dettata dalla “convenienza” dei contenuti.

Si noti, tra l’altro, che anche all’interno del sistema confederale, si tende alla creazione di molteplici bacini contrattuali afferenti alla medesima categoria intesa come attività merceologica. Il fenomeno non è soltanto “esterno” a quel sistema, ma è riscontrabile anche all’interno delle associazioni di categoria che aderiscono al medesimo, creando in tal modo un duplice effetto moltiplicatore dei contratti collettivi nazionali.

La moltitudine dei contratti, quale esito, si è detto, della parcellizzazione della rappresentatività sindacale, non è tuttavia che un riflesso del principio di autodeterminazione delle parti a cui è rimessa la definizione degli ambiti soggettivi di negoziazione; ambiti per definizione variabili e non individuabili a priori, nonostante i tentativi di recuperare in qualche modo concetti da tempo in crisi, al fine di costruire argini sicuri entro cui far ricadere la rappresentatività.

Difficilmente, tuttavia, anche qualora fosse stato applicato il T.U. le questioni sopra sollevate avrebbero trovato una qualche risposta. Del resto sono state evidenziate, fin dai primi commenti, le debolezze di un modello basato su confini auto-determinabili, prospettando così soluzioni di contenimento e auspicando per lo più l’intervento del legislatore al fine di superare le criticità connesse al carattere del T.U. che per sua natura non sembra garantire regole esigibili e, dunque, governare la misurazione della rappresentatività sindacale¹⁴. Se, infatti, il campo di applicazione dei criteri per misurare la rappresentatività sindacale è rimesso alle parti sociali, quei criteri sono da considerare operativi nell’ambito di uno perimetro definito dai medesimi soggetti a cui gli stessi sarebbero stati applicati. Il che rende evidente come la definizione di criteri *ex ante*, sia poi priva di un terreno sicuro su cui ricadere. Le organizzazioni sindacali sarebbero infatti libere di ridefinire i confini della contrattazione collettiva al fine di superare la soglia prescritta, anche rispetto ad accordi che raggiungono un numero inconsistente di lavoratori¹⁵.

¹⁴ Sulla necessità di introdurre una legge in materia si veda la proposta di legge presentata nel 2014 da questa rivista (intitolata *Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*), p. 157.

¹⁵ In particolare sul punto, MARAZZA, *Dalla “autoregolamentazione” alla “legge sindacale”?* *La questione dell’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* - 209/2014.

3. *L'Accordo di modifica 4 luglio 2017 al T.U. sulla Rappresentanza*

È in questo contesto, dopo un prolungato silenzio¹⁶, che interviene l'Intesa del 4 luglio 2017. Senza stravolgere l'impianto generale del T.U., l'Accordo introduce un ulteriore criterio di verifica della rappresentatività sindacale che si affianca a quello originariamente previsto relativo al consenso espresso all'organizzazione sindacale¹⁷.

L'Intesa del 4 luglio 2017 non cerca di introdurre un modello fondato su criteri di catalogazione predeterminati e chiusi, volti a limitare l'autodeterminazione delle parti, ma interviene sulla individuazione di una rappresentatività *utile* rispetto al contratto collettivo di riferimento.

Più nello specifico, l'Intesa lascia invariata la libertà dei soggetti di definire i perimetri negoziali entro cui misurare la rappresentatività sindacale, evitando di inciampare in definizioni aprioristiche, così superando l'attenzione per i “confini” sia interni (contratto), sia esterni (categoria merceologica) al fine di stabilire l'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale¹⁸.

Nel conservare inalterato il carattere liminale dell'ambito di applicazione di quella misurazione¹⁹ introduce, tuttavia, un criterio che condiziona la rappresentatività alla partecipazione dei datori di lavoro, promuovendo l'idea che sia necessario costruire un sistema simmetrico volto a coinvolgere l'altra parte contrattuale nel processo di qualificazione dei soggetti sindacali come agenti negoziali.

3.1. *L'elaborazione contabile dei dati sulla rappresentatività sindacale*

Andando con ordine, l'accordo prende atto che il “Cnel a cui erano state attribuite le funzioni fondamentali della misurazione della rappresen-

¹⁶ Scrive Romagnoli “Luciano Lama una volta disse che i sindacati sono come castori. Li guardi da lontano e ti sembra che non stiano facendo niente; poi all'improvviso ti accorgi che hanno tirato su una diga. È un'immagine che mi è tornata pensando al testo unico sulla rappresentanza”, in *RTPC*, 2017, p. 649 e qui si può dire guardando all'Intesa de 4 luglio 2017.

¹⁷ Sulla rappresentatività come tecnica di misura del consenso, BAVARO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali*, in questa rivista, 2012, p. 31.

¹⁸ SIOTTO, *La categoria come ambito di applicazione e perimetro di misurazione della rappresentanza*, in *RIDL*, 2017, p. 811. In termini critici, VISCOMI, *Soggettiva sindacale e categoria contrattuale*, in *RGL*, 2014, p. 71.

¹⁹ Sulla nozione liminale GIANNINI, *Beni culturali*, in *RTDP*, 1976, p. 3.

tatività sta attraversando una fase transitoria”. Per tale ragione l’Accordo rimette le funzioni, ad esso prima attribuite, all’Inps coinvolta nel testo originario del T.U. soltanto nella rilevazione del dato associativo tramite un’apposita sezione nelle dichiarazioni aziendali (Uniemens).

Il numero delle deleghe ricevute per ogni singola organizzazione sindacale di categoria elaborato dall’INPS e, in precedenza, da trasmettere al Cnel, resta in capo al primo soggetto che si occuperà anche di ponderare quel dato con quello elettorale.

Il verbale relativo alle elezioni delle Rsu pervenuto al Comitato Provinciale dei Garanti, dopo la verifica effettuata dal Capo dell’ispettorato territoriale del lavoro, viene, infatti, trasmesso all’Inps (non più al Cnel).

È importante notare che la raccolta dei verbali riguarda anche i soggetti datoriali che, pur non aderendo al sistema confindustriale, hanno ottemperato alla comunicazione all’Inps delle deleghe sindacali attraverso gli Uniemens mensili.

Effettuate le suddette operazioni, l’Inps comunicherà i dati a ciascuna organizzazione sindacale che potrà presentare le eventuali osservazioni al Comitato di Gestione.

Quest’ultimo è composto da un rappresentante del Ministero del Lavoro e da due rappresentanti del sistema di rappresentanza di Confindustria e delle organizzazioni sindacali che raggiungeranno la soglia del cinque per cento della rappresentanza in almeno cinque contratti nazionali di cui almeno tre rientranti tra quelli che risultano tra i primi dieci per platea di lavoratori interessati tra quelli che hanno sottoscritto il TU del 2014 e coloro che vi hanno successivamente aderito²⁰.

L’Accordo del 2017 raccoglie, dunque, le funzioni contabili intorno ad un unico soggetto, l’Inps, incaricato di elaborare tutti i dati raccolti al fine di verificare la soglia del cinque per cento. Il dato ponderato non è acquisito direttamente dalle organizzazioni sindacali interessate, ma è sottoposto al controllo di un organismo terzo, il Comitato di Gestione. Quest’ultimo può dirsi, da un lato, di garanzia rispetto alle operazioni effettuate; dall’altro di confronto con i soggetti sindacali che potranno sollevare delle osservazioni in merito ai dati acquisiti.

²⁰ Anche l’accordo Confesercenti del 7 settembre 2017 fa riferimento ad un organismo denominato Commissione Nazionale composto da sei membri di cui un rappresentante per ciascuna organizzazioni sindacale confederale e da un numero di rappresentanti pariteticamente espresso dalla Confesercenti senza, tuttavia, che sia previsto un componente istituzionale.

Tale passaggio, preliminare all’impiego dei dati, è teso a risolvere ogni questione relativa alla rappresentatività sindacale prima ancora di accedere alla formazione del contratto collettivo, evitando in tal modo le conflittualità che potrebbero emergere in sede di negoziazione.

Tant’è che il dato ottenuto deve essere approvato congiuntamente o disgiuntamente, dal 60% delle associazioni sindacali per le quali sono stati raccolti il dato associativo e il dato elettorale con riferimento al singolo contratto collettivo, con ciò escludendo che lo stesso possa essere successivamente contestato, là dove “blindato” a monte mediante i dati ottenuti dalle operazioni di voto.

Cambia, altresì, la tempistica della raccolta dei dati. L’accordo precisa che, a partire dal 2018, i verbali delle RSU dovranno essere trasmessi sino alla data del 10 dicembre, mentre il termine per verificarne la completezza e l’esattezza e, conseguentemente, inviarli al Capo dell’Ispettorato territoriale del lavoro, in qualità di Presidente del Comitato dei Garanti, è fissato al 20 gennaio dell’anno successivo.

Il sistema sarà operativo a decorrere dal 2019, se pur proceduto da un periodo sperimentale relativo al triennio 10 dicembre 2015-10 dicembre 2017.

3.2. Capacità occupazionale e rappresentatività sindacale “utile”: la partecipazione dei datori di lavoro

Il modello prime delineato riguarderà tuttavia soltanto le organizzazioni sindacali in cui il dato relativo agli iscritti sia stato raccolto con la partecipazione di un numero di imprese che abbiano alle proprie dipendenze la metà dei lavoratori il cui rapporto di lavoro è regolato dallo stesso contratto collettivo nazionale.

In tal senso interviene un criterio – il numero dei lavoratori dipendenti dalle imprese che partecipano alla realizzazione del modello delineato – incline a contenere la rappresentatività sindacale intorno al coinvolgimento dei datori di lavoro.

È interessante notare che non si guarda all’unità di impresa, ma alla sua capacità occupazionale. Non rileva il numero delle aziende che hanno comunicato il dato relativo agli iscritti e, dunque, il dato associativo, ma il numero di addetti ivi impiegato. Ciò vuol dire che se le suddette imprese non hanno alle loro dipendenze la metà dei lavoratori a cui si applica quel con-

tratto collettivo, la rappresentatività sindacale non verrà considerata “utile” ai fini della contrattazione collettiva.

Il coinvolgimento del datore di lavoro sembra pertanto costituire una condizione sospensiva ai fini della verifica della rappresentatività, là dove il dato degli iscritti al soggetto sindacale viene aggregato ad un ulteriore dato quello dei lavoratori impiegati alle imprese che partecipano all’attuazione del sistema delineato.

Non conta soltanto il consenso dei lavoratori a vario titolo espresso, ma conta il numero dei lavoratori impiegati nelle imprese partecipanti. Tant’è che l’Intesa nell’attribuire un ruolo attivo ai datori di lavoro indirettamente considera i lavoratori rispetto ad un ulteriore profilo. Il numero dei dipendenti rileva, infatti, guardando: a) all’iscrizione all’organizzazione sindacale (dato associativo); b) al voto espresso in occasione delle elezioni delle Rappresentanze sindacali Unitarie (dato elettorale) c) all’insieme delle imprese partecipanti al processo di selezione dei soggetti sindacali rappresentativi.

La modifica così come descritta potrebbe allora incidere sulla selezione degli accordi collettivi da adottare anche al fine di mitigare la frammentazione della contrattazione collettiva a livello nazionale. Se non può essere certificata la rappresentatività sindacale di un soggetto il cui contratto collettivo non vede la partecipazione di imprese che impiegano un numero di lavoratori corrispondenti alla metà dei lavoratori il cui rapporto di lavoro è regolato dallo stesso contratto collettivo, verrà meno la formazione stessa di quel contratto, in tal modo favorendo la contrazione del numero degli accordi collettivi e/o il venir meno di nuove aree contrattuali.

Questo sistema non risolve il problema dei c.d. contratti pirati che evidentemente si muovono al di fuori del modello sopra considerato²¹. Tuttavia tale sistema costringe comunque le parti sindacali a rivedere i perimetri contrattuali entro cui misurare la rappresentatività sindacale, in ragione della partecipazione dei datori di lavoro alla raccolta del dato associativo ovvero quando questa, se pur esistente, rischi comunque di non essere elemento di garanzia della prosecuzione dell’attività negoziale.

²¹ Trattasi, come autorevolmente definiti, di accordi tecnicamente “negoziati e poi firmati da sindacati minori, privi di una reale rappresentatività, e da dubbie associazioni imprenditoriali, con la finalità, aperta e dichiarata, di costituire un’alternativa rispetto al contratto collettivo nazionale di lavoro, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assumere formalmente la posizione giuridica – e, quindi, i conseguenti vantaggi – di chi applica un contratto collettivo”, MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, p. 29.

La correzione apportata dall’Intesa, tra l’altro, non incide soltanto con riferimento ai soggetti sindacali che aderiranno al T.U., ma assume una qualche importanza anche all’interno del sistema Confederale che potrà rivedere la geografia della contrattazione collettiva a cui partecipa mediante le associazioni di categoria che vi aderiscono.

Qualora, pertanto, il contratto collettivo per il quale deve essere misurata la rappresentatività non è utile ai fini anzidetti, possono verificarsi le seguenti ipotesi. I soggetti sindacali potranno essere oggetto di una nuova misurazione in ragione di un diverso contratto collettivo. Potranno, altresì, decadere da soggetti negoziatori di un determinato contratto, ma proseguire l’attività rispetto ad un altro contratto collettivo alla cui formazione già partecipavano. La negoziazione collettiva relativa al contratto collettivo la cui rappresentatività sindacale non è stata certificata potrebbe comunque proseguire mediante la fuoriuscita dal modello del T.U.

Delle opzioni prima delineate si potrebbe dire che le parti sociali coinvolte, qualora presenti su più tavoli negoziali, saranno incentivate ad abbandonare quelli che non consentono di raggiungere il requisito della rappresentatività sindacale “utile”. I soggetti sindacali che, invece, partecipavano ad una unica trattativa sindacale vedranno paralizzata la loro attività negoziale, salvo indirizzare la funzione contrattuale presso una diversa area collettiva. Gli effetti che ne seguono possono in qualche modo definirsi “caducatori” nella prima ipotesi, venendo meno un perimetro contrattuale; “espansivi” nel secondo caso, potendo il soggetto sindacale, mediante la sua partecipazione presso una altra area contrattuale, estendere il bacino negoziale.

L’individuazione del contratto collettivo, vale a dire il perimetro entro cui misurare la rappresentatività passa, dunque, prima per la verifica del numero dei lavoratori addetti alle imprese che consente una selezione dei contratti utili ai fini della rappresentanza sindacale.

Certo è che il dato complessivo dei lavoratori a cui si applica il medesimo contratto collettivo, a sua volta, non può considerarsi un dato certo, tenuto conto che resta la libertà del datore di lavoro di applicare un diverso contratto collettivo rispetto a quello di provenienza.

Tra l’altro l’Intesa rimette la determinazione del dato complessivo dei lavoratori raggiunti dal medesimo contratto alle informazioni fornite dall’Inps, senza specificare le modalità in base alle quali verrà elaborato il suddetto dato.

Il riferimento al dato occupazionale che emerge dalla sommatoria dei

datori di lavoro non sembra poi nella pratica incentivare l'attuazione del sistema delineato, oltre a prestarsi ad un evidente grado di soggettività, in quanto rimesso alla volontà dei datori di lavoro di partecipare alla raccolta dei dati.

Il correttivo introdotto dall'Intesa era invece da impiegare per realizzare una "corrispondenza" con il contesto in cui quei criteri sono applicati.

Gli indicatori della rappresentatività potevano, infatti, essere applicati e apprezzati nel *locus* per il quale gli stessi sono richiesti.

Più che il dato parziale e cioè il numero di lavoratori dipendenti dalle aziende che hanno partecipato alla raccolta dei dati confrontato con il totale dei lavoratori raggiunti dal medesimo contratto, era da considerare soltanto questo ultimo dato.

In altri termini la verifica della rappresentatività sindacale poteva essere riferita soltanto ai quei perimetri contrattuali che coprono un certo numero di lavoratori. Anche tale dato è in qualche modo variabile, tuttavia l'Intesa avrebbe valorizzato l'effetto pratico del processo di selezione, sganciando la scelta dei soggetti sindacali da un'idea di rappresentatività, senza diretti correlati fenomenici.

Si può dire, tuttavia che, se pur lontano dalle proposte fino ad ora intervenute in materia di rappresentatività datoriale²², tra le maglie di tale modifica sembra intravedersi l'intento di costruire un modello volto ad incentivare un ruolo attivo dell'altra parte contrattuale a livello nazionale,

²² Sulla rappresentatività datoriale, BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva: le interferenze reciproche*, in CARRIERI, TREU, *op. cit.*, p. 244; LASSANDARI, *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali*, in *DLRI*, 2017, p. 1; PAPA, *Struttura contrattuale e rappresentanza datoriali. Gli effetti del decentramento sulle peak associations*, in questa rivista, 2016, p. 335; sia consentito rinviare anche a VITALETTI, *Dall'altra parte: rappresentanza datoriale e contratto nazionale di categoria nello spazio giuridico globale*, in questa rivista, 2016, p. 362. Sul ruolo della rappresentanza datoriale rispetto ai nuovi lavori generati dall'economia digitale, CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 326/2017. Il tema non è trascurato neppure negli Accordi interconfederali. L'Accordo Interconfederale sottoscritto da Confcommercio 27 novembre 2015 richiama altresì la necessità di "determinare criteri di misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro e delle categorie aderenti, pur riconoscendosi reciprocamente nel frattempo quali soggetti comparativamente più rappresentativi". Per una analisi dell'accordo di Confcommercio FAIOLI, *Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle PMI del Terziario: la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia*, in questa rivista, 2016, p. 99. Anche l'Accordo Confesercenti 7 settembre 2017 considera la necessità di determinare criteri di misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro.

anche non mediato dall’associazione di riferimento, potendo partecipare alla raccolta dei dati anche i soggetti che non sono iscritti al sistema confindustriale, così privilegiando una sorta di “protagonismo” datoriale, a detrimento della dimensione associativa²³.

Occorre poi chiedersi se la rappresentatività “utile” ai fini negoziali riveli anche ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali ai sensi dell’art. 19 dello statuto dei lavoratori, tenuto conto che il T.U. stabilisce che “si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% della rappresentanza e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l’ultimo rinnovo del c.c.n.l.”. Se, infatti, si considera la misura della rappresentatività così descritta, le organizzazioni sindacali partecipanti alla negoziazione dei contratti collettivi che non incontrano il requisito dell’ “utilità” non potranno avere accesso all’esercizio dei diritti sindacali nelle modalità prescritte all’art. 19 St. lav.²⁴.

In qualche modo, dunque, il riconoscimento dei diritti sindacali risulterebbe condizionato dal numero di imprese che partecipa all’attuazione del T.U.. Tuttavia l’Intesa fa riferimento alla certificazione del dato della rappresentanza “utile” ai fini della contrattazione collettiva, così potendo sostenere che la stessa sia confinata alla sola dimensione contrattuale.

3.3. Comitato di Gestione e rappresentatività sindacale “crescente”

La necessità di guardare al dato occupazionale emerge anche al di fuori del sistema volto ad accedere alla formazione del contratto collettivo nazionale.

Guardando ai criteri per la composizione del Comitato di Gestione si scorge che la correlazione tra rappresentatività sindacale e individuazione del contratto tende ad assumere una dimensione bene più ampia di quella relativa al singolo perimetro. Qui non si richiede soltanto che il cinque per cento sia raggiunto in cinque contratti collettivi, ma che almeno tre di quei contratti rientrino tra i primi dieci per platea di lavoratori interessati. Anche

²³ Eppure l’Accordo interconfederale 9 marzo 2018 auspica un percorso teso a misurare la rappresentanza sindacale anche della parte datoriale.

²⁴ Sulla rappresentatività sindacale unitaria alla luce del T.U. per tutti, ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* - 204/2014.

in tale ipotesi rileva dunque la dimensione occupazionale, tuttavia nella sua entità complessiva.

L'Intesa sembra evocare quei parametri in passato definiti dalla giurisprudenza che consideravano, ai fini della verifica della rappresentatività effettiva, anche l'insieme dei lavoratori impiegati²⁵.

In tale ipotesi, il sindacato, quale componente del Comitato di Gestione, sarà in possesso di una rappresentatività sovraordinata a quella richiesta per accedere alla contrattazione collettiva nazionale, in tal modo realizzando due livelli di rappresentatività: 1) la prima generale e relativa al contratto collettivo nazionale; 2) la seconda appartenente soltanto ad alcuni soggetti sindacali a cui è rimessa la funzione di controllo e certificazione della raccolta dei dati sulla rappresentatività.

Occorre tra l'altro evidenziare che la clausola sette del suddetto Accordo fa riferimento alle organizzazioni sindacali. Tuttavia è poco probabile che le singole organizzazioni di categoria possano raggiungere una rappresentatività del cinque per cento in cinque contratti collettivi nazionale nell'ambito del medesimo settore merceologico, salvo, come già segnalato, siano stati sottoscritti più contratti. Ciò sembrerebbe, dunque, prospettare che il richiamo all'organizzazione sindacale sia piuttosto alla Confederazione che, mediante le associazioni di categoria aderenti, può raggiungere la soglia della rappresentatività rispetto ai cinque contratti relativi ai diversi settori merceologici.

In tal senso, la formazione del Comitato di Gestione si stringe intorno al sindacato confederale: non soltanto si guarda alla rappresentatività sindacale rispetto a più contratti collettivi nel medesimo settore merceologico, ma rispetto a più settori merceologici, assumendo, dunque, questi ultimi criterio per superare la soglia richiesta, con ciò minando la partecipazione delle autonomie sindacali che difficilmente potranno accedere al Comitato di Gestione.

²⁵ Si tratta dei criteri elaborati per individuare l'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa che tengono conto anche del numero dei lavoratori occupati. Se pur è stata segnalata la necessità di riformulare quei criteri alla luce del T.U., (PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRJ*, 2014, p. 378) i criteri adottati per accertare il sindacato comparativamente più rappresentativo restano quelli tradizionalmente adottati dalla giurisprudenza: il numero delle imprese associate, dei lavoratori occupati, la diffusione territoriale, la partecipazione effettiva alle relazioni industriali; da ultimo anche il TAR Lazio n. 8765/2015.

4. *Gli altri criteri. La misura della rappresentatività sindacale negli ulteriori Accordi Interconfederali*

Se l'Intesa introduce un criterio ulteriore affinché la rappresentatività raggiunta sia utile ai fini della contrattazione collettiva nazionale, gli altri Accordi Interconfederali sottoscritti a ridosso del T.U. stabiliscono, oltre ai criteri relativi al consenso, ulteriori indici di accertamento della medesima.

Si pensi, a titolo esemplificativo, l'Accordo separato tra Confindustria, sempre sottoscritto il 10 gennaio 2014 e l'Ugl, e poi il 14 gennaio 2014 con Cisl, quindi il 15 gennaio 2014 con Confsal che ha sottoscritto un ulteriore Accordo con Sistema Impresa. Cisl ha poi sottoscritto il 10 marzo 2014 un nuovo accordo con la Confederazione Conservizi. A loro volta, Cgil Cisl e Uil hanno firmato un accordo con Confapi il 26 luglio 2016, mentre Confindustria e imprese per l'Italia hanno sottoscritto un Accordo con Cgil, Cisl, Uil del novembre 2015.

Gli accordi considerati pur “separati” nella forma, sotto il profilo sostanziale, sono tuttavia assimilabili, con alcuni elementi di differenziazione, al T.U. del 10 gennaio 2014.

In particolare è interessante notare che l'Accordo interconfederale sottoscritto da Confindustria e Imprese per l'Italia con Cgil, Cisl e Uil il 26 novembre 2015 prevede che la misura della rappresentatività sindacale tenga conto di altri indicatori oltre al dato associativo ed elettorale. Si fa, infatti, riferimento al numero di vertenze individuali, plurime e collettive di lavoro rappresentate nel settore di riferimento nel corso del triennio antecedente all'avvio dei negoziati per il rinnovo del contratto collettivo nazionale e alle pratiche per la disoccupazione. Le parti poi si riservano di definire modalità specifiche di rilevazione, certificazione e ponderazione dei due ultimi criteri indicati, attribuendo specifici pesi agli indicatori complessivi rispetto a tutti i rilevatori.

Anche l'Accordo sottoscritto tra Confartigianato, Cgil, Cisl e Uil il 23 novembre 2016, come quello firmato da Confindustria, prevede l'individuazione di ulteriori indicatori afferenti al complessivo sistema della bilateralità nazionale e regionale, tenendo conto del valore di quel sistema e delle prestazioni da esso erogate che costituiscono elemento di tutela per le imprese e per le lavoratrici e i lavoratori.

L'Accordo tra Conservizi e Cisl rinvia agli Accordi Interconfederali del 6 marzo 2012 e del Protocollo del 2 agosto del 2013 ovvero quello separato e contestuale alla sottoscrizione dell'Accordo Quadro 31 maggio 2013.

Cisal, tuttavia, ha sottoscritto l'Accordo anche con Confindustria, rinviando in questo caso ai precedenti accordi interconfederali di settore.

L'Accordo sottoscritto da Agci, Confcooperative, Legacoop e Unicoop 28 luglio 2015 non prevede, invece, la soglia del cinque per cento per la partecipazione alla contrattazione collettiva nazionale.

Da ultimo l'Accordo sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil con Confesercenti il 7 settembre 2017 sulla rappresentatività sindacale tiene conto anche del numero di vertenze individuali plurime e collettivo di lavoro e le pratiche per la disoccupazione certificabili dall'Inps.

In base ai criteri individuati dai suddetti Accordi, la rappresentatività sindacale non è più la sintesi del consenso nei confronti del sindacato, ma tende ad indentificarsi con ulteriori elementi che attengono a fattori non correlati alla verifica del primo.

Il numero delle vertenze sindacali, gli adempimenti in caso di disoccupazione e la partecipazione al sistema bilaterale nazionale e regionale mostrano, come tra l'altro si legge nelle premesse dell'Accordo Confesercenti, che "il ruolo di rappresentanza dei corpi intermedi non si esaurisce nell'esercizio della contrattazione collettiva, ma estende i propri confini alla tutela degli interessi collettivi disciplinati attraverso appositi atti legislativi e nelle sedi istituzionali preposte".

Pur essendo notevolmente diversificato il quadro degli Enti Bilaterali, sia dal punto di vista delle funzioni svolte, sia dei settori produttivi coinvolti, può dirsi che tale sistema si caratterizza per la dimensione gestionale dei servizi erogati ai lavoratori e la conseguente attività congiunta, in chiave paritetica, svolta dalle parti sociali, prevalendo una visione partecipata a detrimento di una logica conflittuale²⁶.

La partecipazione al sistema Bilaterale presuppone in ogni caso che dell'organizzazione sindacale aderente non rilevi soltanto la rappresentatività nel senso suddetto, ma che il soggetto sindacale abbia sottoscritto il contratto collettivo che lo abbia istituito. Ciò sembra voler dire che la misura della rappresentatività presupponga in questo caso (anche) la sottoscrizione di un contratto collettivo (se pur non equiparabile nei contenuti ad un contratto collettivo nazionale) contrariamente alla logica del T.U. per il quale la suddetta firma non è necessaria.

²⁶ Sugli Enti Bilaterali, BAVARO, *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *LG*, 2007, p. 1169; BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva*, FrancoAngeli, 1989.

In ogni caso la previsione di parametri che muovono da una prospettiva opposta a quella che contraddistingue il consenso sindacale consente alla rappresentatività di evolvere da proiezione di un dato aritmetico funzionale alla contrattazione collettiva a criterio di verifica di quella parte dell'attività sindacale che “si svolge nel diritto pubblico, costituendo svolgimento di funzioni attribuite dall'ordinamento a tutela di interessi pubblici”²⁷. Con ciò sembra tenersi conto delle evoluzioni del mercato del lavoro la cui spinta è quella di porre l'accento della tutela sindacale in uno spazio ulteriore e diverso da quello connesso alla regolamentazione del rapporto di lavoro.

L'innesto di elementi riferibili a funzioni partecipative e/o strumentali alla tutela del lavoratore nel mercato volte a qualificare il soggetto sindacale, oltre alla misura del consenso, contribuisce a immaginare un possibile impiego di quella nozione anche in ambiti diversi da quello per il quale è stata formulata.

5. *L'integrazione tra sfere di pluralismo sindacale: la rete degli accordi*

Resta il tema dell'ambito di applicazione del sistema delineato.

Come evidenziato dai primi commentatori²⁸, il T.U., non prevedendo un esplicito meccanismo di adesione da parte di terzi, ha reso dubbie le implicazioni di un sistema intorno al quale si affollano soggetti sindacali a cui ad esso restano esterni; con ciò creando una dinamica debilitante per un modello che, nell'auspicare comunque l'egemonia confederale, si muove secondo un principio volontaristico che con difficoltà riesce a governare una platea più ampia degli interlocutori tradizionali.

È interessante notare che gli altri accordi prima menzionati, contrariamente alla prima stesura del T.U., hanno invece stabilito fin da subito un meccanismo esplicito di adesione. Quest'ultimo, a titolo esemplificativo, è

²⁷ LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *DLRI*, 2004, p. 470; MATTARELLA, *Sindacato e poteri pubblici*, Giuffrè, 2003.

²⁸ Sul punto, VISCOMI, *L'adesione successiva alla disciplina pattizia. brevi note sul testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in questa rivista, 2014, p. 43. La questione era già stata posta dal Protocollo del 31 maggio 2013 sottoscritto dal Confindustria, Cgil, Cisl e Uil di cui il T.U. costituisce l'attuazione, CARUSO, *Testo Unico sulla Rappresentanza, 30/10/2014*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* - 227/2014; DI STASI, *La RSU nell'Accordo del 31 maggio 2013. Una autoregolamentazione ad excludendum?*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso, e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, pp. 319-330.

contenuto nell'Accordo sottoscritto da Confapi che prevede nuove adesioni da parte di organizzazioni sindacali attraverso formale e sostanziale adesione, previa verifica delle parti firmatarie. Stessa possibilità è inserita nell'accordo firmato da Confartigianato il 23 novembre 2016 che consente nuove adesioni su richiesta di altre confederazioni che “non abbiano sottoscritto accordi che contengano norme e/o procedure in violazione della presente intesa e che non abbiano sottoscritto accordi collettivi con soggetti terzi che determinano compromissione degli accordi collettivi vigenti e sottoscritti tra i firmatari della presente intesa, salvo che vi pongano termine, tramite formale recesso e disapplicazione”.

L'accordo sottoscritto da Agci, Confcooperative, Legacoop e Unicoop il 28 luglio 2015 prevedeva un meccanismo di adesione.

Rispetto al testo originale, l'Accordo del 2017 prevede ora espressamente una clausola di adesione e tiene, altresì, conto di quei soggetti che, pur non avendo aderito all'Accordo, hanno consegnato i dati Unimiens. Di questi ultimi verranno raccolti i verbali per l'elezione della Rsu, in quanto implicitamente partecipi di quella parte dell'accordo relativa alla “misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria” con ciò generando un effetto catalizzatore del T.U.

La tenuta degli Accordi deriva inoltre dall'impossibilità per le organizzazioni sindacali di “selezionare” le parti del T.U. a cui aderire.

Sul punto era già intervenuta la giurisprudenza che ha ritenuto “condizionata” l'adesione dei terzi ad una “dichiarazione di “fedeltà sindacale” al Testo Unico”, pretendendo in cambio dell'apertura ai terzi una “sorta di sottomissione alle regole stabilite da altri”²⁹. Il richiamo è al principio di inscindibilità delle clausole degli accordi sindacali volto a garantire la tenuta del punto di equilibrio negoziale rispetto alle molteplici, sempre possibili, istanze di alterazione.

Le organizzazioni sindacali dovranno pertanto attenersi a tutte le clausole previste dal T.U. tra cui quelle previste per la costituzione della rappresentanza sindacale in azienda, salvo poi verificare la possibilità di concorrere alle elezioni della Rappresentanza sindacale unitaria, potendo presentare le proprie liste anche le “organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva”, e non soltanto le

²⁹ A tal proposito, MAIO, *Il T.U. del 10 gennaio 2014 come contratto di diritto comune*, in “Giustiziacivile” online, 26 gennaio 2016.

organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie del T.U. e le “associazioni sindacali che accettino espressamente, formalmente ed integralmente i contenuti (...) dell’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo d’Intesa del 31 maggio 2013”.

5.1. *È ancora necessaria una legge sulla rappresentatività sindacale?*

La stesura di ulteriori Accordi, al di fuori del sistema Confindustriale consente, dunque, la costruzione di un sistema a rete più difficilmente destrutturabile.

La definizione di regole in diversi settori e/o aree merceologiche in cui operano le diverse Confederazioni più che essere percepita come occasione per sottrarsi a un sistema comune, costituisce, al contrario, il modo per estendere la coperta della rappresentatività al fine di limitare e impedire la contrattazione collettiva da parte di soggetti non legittimati, senza tuttavia perdere le specificità dei diversi ambiti.

Aiuta anche la raccolta dei soggetti sindacali intorno alle Confederazioni datoriali che vengono legittimate quali unici interlocutori. Pur in assenza di regole selettive per l’altra parte datoriale, il proliferare all’esterno di organizzazioni di datori di lavoro è infatti compressa dalla presenza di una rete di accordi interconfederali che riduce gli spazi di operatività di queste ultime³⁰.

L’insieme di quegli accordi genera di per sé un modello *ad excludendum* dei soggetti sindacali e datoriali che si sono sottratti ad un sistema di regole, generando, in tal modo, indirettamente, l’effetto estensivo dei criteri di rappresentatività.

Se è pur vero che il T.U. ha rappresentato il primo sistema di regole in materia, lo stesso non opera più come se al di fuori di quel sistema non ci sia nulla. La presenza di più accordi genera, infatti, evidenti strettoie nella scelta delle regole da applicare, limitando, dunque, vie di fuga dall’applicazione del T.U.

In qualche modo si potrebbe dire che il concetto di rappresentatività sindacale viene assimilato come concetto generale, pur tuttavia conservan-

³⁰ Ovviamente bisogna comunque considerare che i singoli datori di lavoro, potendo recedere dal vincolo associativo, si trovano liberi di operare all’interno del sistema delle relazioni industriali, con ciò realizzando una sorta di “migrazione” delle imprese da un sistema contrattuale ad un altro, incidendo profondamente sulla tenuta del sistema e sul suo ambito di applicazione.

done il “genere” che traspare dai criteri adottati nei diversi settori entro cui quella rappresentatività verrà misurata.

Resta allora da chiedersi se sia necessaria ancora una legge sulla rappresentatività sindacale che contribuisca a rendere effettivo il sistema così delineato, quando il medesimo risultato è garantito dall’interazione tra Accordi interconfederali che, nella creazione di un sistema a rete, di fatto produce una estensione generale delle regole; anche tenendo conto che una legge la quale stabilisca comunque un sistema di regole omogenee, tuttavia di carattere generale, potrebbe ridurre l’attitudine del sistema, attraverso gli Accordi interconfederali, a valorizzare la specificità dei criteri delineati rispetto alle esigenze dei diversi settori.

5.2. L’Accordo Interconfederale 9 marzo 2018: note a margine

Poco dopo e a conclusione di queste riflessioni è intervenuto l’Accordo Interconfederale 9 marzo 2018³¹ che se pur richiama specificatamente il Testo Unico del 2014, non manca di ricordare che lo stesso si pone in continuità con tutti i precedenti accordi interconfederali e, dunque, anche con l’Accordo del 7 luglio 2017³².

A pochi mesi di distanza, Confindustria, Cisl, Uil e Cgil hanno avvertito la necessità di affrontare in termini più specifici, se vogliamo “diretti”, il tema del dumping contrattuale di cui si è ampiamente detto in precedenza. In tal senso invitano il Cnel a partecipare ad una ricognizione dei perimetri contrattuali, nonché dei soggetti che nell’ambito dei suddetti perimetri risultino firmatari di contratti collettivi al fine di accertarne l’effettiva rappresentatività. L’indagine empirica costituisce il presupposto – come recita l’Accordo – per assicurare regole per il rispetto dei perimetri contrattuali, garantendo coerenza e funzionalità al sistema contrattuale.

In qualche modo si recupera lo spazio in precedenza sottratto al Cnel se pur affidando allo stesso una diversa funzione, quella di ricognizione dei contratti nazionali. Tale operazione appare fondamentale anche al fine di risolvere le criticità prima evidenziate: a) l’individuazione dei soggetti sindacali legittimati ad accedere alla contrattazione collettiva (non tutti se non si raggiunge un certo numero di lavoratori); b) la definizione dei perimetri da va-

³¹ L’Accordo è intervenuto durante la pubblicazione del presente saggio, di conseguenza si farà riferimento soltanto alla parte che riguarda la misura della rappresentanza.

³² Paragrafo 4 dell’Accordo.

lutare nel rispetto dei processi di trasformazione in corso dell'economia italiana e al fine di garantire una più stretta correlazione con la reale attività d'impresa.

Sotto quest'ultimo profilo, l'Accordo conferma che sono le organizzazioni sindacali i soggetti idonei a definire i confini merceologici e la loro corrispondenza con i contratti collettivi; con ciò anche al fine di ridurre il numero, tenuto conto dell'insistenza di più contratti all'interno delle medesime aree. L'Accordo del resto non può risolvere la diversa questione della scelta del contratto collettivo da parte del datore di lavoro, non iscritto a nessuna organizzazione sindacale, ma può senz'altro intervenire limitando quella scelta a pochi contratti.

Dall'altro accelera il processo di definizione simmetrica della struttura contrattuale, riconoscendo, come in precedenza avevano già fatto altri Accordi Interconfederali (vedi quello del Commercio³³) l'importanza dell'altra parte contrattuale e restituendo alla associazione datoriale, e non al singolo datore di lavoro, come sembra fare l'Intesa del 4 luglio, un ruolo primario.

Se il tema della rappresentatività si arricchisce, dunque, di ulteriori puntelli, è pur vero che il percorso di realizzazione sembra essere ancora lungo³⁴.

³³ Vedi nt. 23.

³⁴ Le difficoltà di attuazione delle regole sulla rappresentatività, se pur per profili diversi, sono del resto comuni anche ad altri ordinamenti che hanno previsto regole analoghe. Basti pensare all'ordinamento francese il cui processo di attuazione, iniziato nel 2008 e previsto per legge, è stato particolarmente lungo, nonché soggetto a continue modifiche. Tant'è che i primi dati sulla rappresentatività sindacale sono stati ufficialmente comunicati soltanto a marzo 2017, ovvero quasi dieci anni dopo la pubblicazione della prima legge in materia. Sulla legge 20 agosto 2008 n. 789 e successive modifiche, per tutti, COMBEXELLE, *La réforme de la représentativité syndicale: vue de la salle des machines*, in *DS*, n. 11, novembre 2013; nella letteratura italiana MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli 2015. Sui risultati sulla rappresentatività sindacale in Francia comunicati a marzo 2017 v. <http://travail-emploi.gouv.fr/>.

Abstract

L'autore analizza l'evoluzione dei criteri adottati per accertare la rappresentatività sindacale tenendo conto delle modifiche apportate dall'Accordo Interconfederale 4 luglio 2017 al T.U. 10 gennaio 2014 e di quanto previsto dalla rete di Accordi successivamente sottoscritti.

The author analyzes the criteria to prove the trade union representativeness adopted by the 07/04/2017 agreement and by the agreements network subsequently signed.

Key words

Rappresentatività sindacale, criteri, Accordi Interconfederali-Contratto collettivo.

Trade union representativeness, criteria, collective bargaining.

Alberto Mattei

Welfare, contrattazione e scambio: regole e prassi

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Evoluzione della legislazione sul welfare aziendale in relazione con la contrattazione collettiva di produttività. **3.** Tendenze della contrattazione collettiva: la dimensione quantitativa del livello nazionale e delle intese decentrate per la detassazione, quali convergenze? **4.** Le ragioni, l'oggetto e i soggetti del welfare contrattuale incentivato di produttività. **5.** Evidenze empiriche del welfare contrattuale incentivato di produttività. **6.** Conclusione: quale scambio? Opportunità e rischi.

I. *Premessa*

Una delle tematiche che negli ultimi anni sta suscitando sempre più attenzione, sia sul piano legislativo sia sul piano del dibattito nella dottrina giuridica, è il welfare aziendale.

¹ Senza pretesa di esaustività, tra le più recenti pubblicazioni, BUOSO, *Primo e secondo welfare: il contrasto delle debolezze sociali oggi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-342/2017; CHIAROMONTE, VALLAURI (a cura di), *Modelli ed esperienza di welfare aziendale*, Giappichelli, Torino, 2018. COLOMBO, *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in RPS, 2012, p. 115 ss.; CARUSO, "The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in RIDL, 2016, I, p. 177 ss.; GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 161; LEONARDI M., *Le nuove norme sui premi di produttività e il welfare aziendale*, in DELL'ARINGA, LUCIFORA, TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Il Mulino, 2017, p. 361 ss.; MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, relazione in AA. VV., *Legge e contrattazione collettiva nel nuovo diritto post-statuario*, *Atti delle giornate di studio dell'Aidlass*, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, Milano, 2017, p. 181 ss.; PAVOLINI, ASCOLI, MIRABILE, *Tempi moderni. Il welfare nelle aziende italiane*, Il Mulino, 2013; PESENTI, *Il welfare in azienda*, Vita e Pensiero, 2016; PONZELLINI, RIVA, SCIPPA, *Il welfare aziendale: evidenze dalla contrattazione*, in QRS, 2, 2015, p. 145 ss.; SENATORI (coordinator), BORZAGA, BROMWICH (english language editor), CRISTOFOLINI, CURZI, DASKALOVA, DAZZI, DUBIN, FABBRI, FURAKER, GOMEZ ABELLEIRA, HUNGLER, KIRALY, RIBAROVA, RYMKEVICH, SALOMONE,

È un tema che tocca la “dimensione sociale della regolazione”, in grado di interagire in maniera stabile tra il sistema del welfare, la disciplina dei rapporti di lavoro e il sistema di relazioni sindacali², e che per tali ragioni, se forse non segna uno spartiacque tra un prima e un dopo per la contrattazione collettiva³, è certamente prevedibile intravederne un ulteriore sviluppo⁴. La legislazione, infatti, richiama e sostiene l'intervento dell'autonomia collettiva nel favorire la sottoscrizione di quelli che potremmo arrivare a chiamare contratti collettivi incentivati del welfare di produttività, nel senso che, portando in dote sgravi fiscali e/o contributivi, dovrebbero costituire uno strumento sia per raggiungere obiettivi di produttività sia, al contempo, favorire il benessere dei lavoratori dipendenti.

Alla luce delle regole e delle prassi in corso, il presente contributo vuole soffermarsi su tale tematica, evidenziandone le opportunità ma al contempo i rischi insiti.

2. *Evoluzione della legislazione sul welfare aziendale in relazione con la contrattazione collettiva di produttività*

Innanzitutto, nella cornice più generale, le dinamiche della globalizzazione e della crisi economica conseguente hanno inciso fortemente, tra i vari aspetti, sull'adozione di politiche redistributive sul piano del welfare pubblico, dove per l'attuazione dei diritti sociali è richiesto, per definizione,

Going up the High Road: rethinking the role of social dialogue to link welfare and competitiveness, in *QFMB Ricerche*, 2, 2015, in www.fmb.unimore.it; SENATORI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella promozione del welfare aziendale*, in *QFMB Saggi*, 2, 2012, in www.fmb.unimore.it; SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, Giappichelli, 2014, in part. p. 93 ss.; SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, in *ADL*, 2017, I, p. 383 ss.; TURSI, *Il “welfare aziendale”: profili istituzionali*, in *RPS*, 2012, p. 213 ss.; TREU, *Welfare e benefits: esperienze aziendali e territoriali*, in TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013, p. 10 ss.; TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, Ipsoa, 2016; VINCIGERI, *Attività sindacale e benessere organizzativo dei lavoratori*, in *DLM*, 2016, p. 635 ss.

² MAINARDI, *op. cit.*, p. 252, riprendendo SUPLOT, *Il futuro del lavoro*, Carrocci, 2003.

³ Sul piano empirico si è segnalato come il “welfare contrattuale ha ormai assunto rilevanza e centralità che richiedono consapevolezza e impongono a tutto il sindacato di non guardare solo in modo episodico allo stesso”, così OCSEL, *La contrattazione decentrata supera la crisi, Caratteristiche e tendenze della contrattazione di 2° livello negli anni 2015/2016*, 3° Report CISL, in www.fisasc.it, 13 giugno 2017.

⁴ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, VIII ed., Giuffrè, 2016, p. 549 ss.

l'accrescimento dei poteri dello Stato⁵, e sul declino dei tassi di sindacalizzazione⁶.

Si tratta di due fattori che, nel loro evolversi e nel loro intrecciarsi nel corso degli anni, hanno diminuito la necessità di compensare le organizzazioni di rappresentanza per la loro azione di mantenimento della pace sociale rispetto al periodo di consolidamento del Welfare State di stampo tradizionale, quando era riconosciuto il ruolo centrale al sindacato e al conflitto sociale nell'ottenere risorse di natura pubblica aggiuntive, ulteriori rispetto a quelle oggetto di contrattazione riguardante i temi del lavoro⁷.

La situazione attuale è, per certi aspetti, rovesciata: alle organizzazioni di rappresentanza, e più in particolare al contratto collettivo è richiesto di divenire uno strumento cooperativo per accrescere la produttività e al contempo favorire il welfare. Si tratta, però, di un welfare che assume connotati diversi rispetto al passato perché si sviluppa in “un ambito di (nuove) politiche sociali realizzate al di fuori dell'intervento pubblico”⁸.

Infatti, se il welfare tradizionale, a carattere universalistico, è messo ora anche in discussione dalla “strategia squisitamente monetarista” della *governance* economica dell'UE negli anni della crisi economica che impone “un controllo [altrettanto] severo degli adempimenti statali in materia di pareggio di bilancio e di sobrietà della spesa pubblica”⁹, a cui si aggiunge una vera e propria “disgregazione” dei sistemi di contrattazione collettiva¹⁰, lo Stato ora compie un'opera di arretramento, sul piano sociale rispetto ad un intervento

⁵ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. 72.

⁶ CARRIERI, FELTRIN, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia d'oggi*, Donzelli, 2016, p. 15 ss.; ora CELLA e TREU, *Recensioni*, in *DLRI*, 2017, p. 383 ss.

⁷ DAHRENDORF, *Citizenship and social class*, in BLUMER, REES (ed. by), *Citizenship today. The contemporary relevance of T.H. Marshall*, Ucl Press, 1996, ripreso da PONZELLINI, RIVA, SCIPPA, *op. cit.*, p. 147; più di recente, FERRERA, *Rotta di collisione*, Laterza, 2016, p. 50 ss.

⁸ TREU, *Il welfare aziendale: problemi, opportunità, strumenti*, in TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, cit., p. 4.

⁹ VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *DLM*, 2016, p. 232; anche LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 125 ss.

¹⁰ GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in *DLRI*, 2017, p. 130, che evidenzia come l'Ue, in base alle norme del Trattato, non abbia competenza in materia di contrattazione collettiva e di retribuzione, non potendo pertanto intervenire con una disciplina di armonizzazione minima; anche BACCARO, HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune in direzione neoliberalista*, in CARRIERI, TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2013, p. 189 ss.

diretto, volendo favorire in maniera indiretta, sul piano fiscale attraverso la contrattazione, “terreni negoziali convenienti”¹¹ che sostengono il welfare aziendale e inevitabilmente, quindi, portano ad una mutazione stessa dell’agire contrattuale¹².

Se, pertanto, le modalità sono nuove, il tema tuttavia non è inedito: storicamente, almeno nel panorama italiano, il fenomeno ha preso vita dall’esperienza aziendale delle più grandi realtà produttive del paese, che hanno aspirato a mettere in risalto il loro ruolo pubblico di attori del territorio in cui operano, anche nel tentativo di costruire un consenso allargato senza la mediazione dell’istituzione pubblica¹³. Si pensi, ad esempio, al caso italiano più noto, risalente nel tempo e forse unico per le sue caratteristiche, dell’*Olivetti* all’interno della quale, per volontà del suo ideatore, era stato istituito un articolato sistema di servizi sociali, con una forte attenzione alla persona del lavoratore, alla qualità e all’efficienza del lavoro¹⁴.

Anche a partire da questo tipo di esperienze, si è sviluppata la Responsabilità sociale d’impresa – RSI (Corporate Social Responsibility – CSR), tematica che ha avuto un riconoscimento a livello europeo con il Libro Verde della Comunità europea nel 2001¹⁵ e che sul piano del dibattito scientifico

¹¹ GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, p. 877 e in part. p. 895 ss.

¹² Efficacemente parla di “complementarietà in espansione” del secondo welfare rispetto al primo welfare BONOMI, *Il nuovo welfare che viene da lontano*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 luglio 2017.

¹³ Come vera e propria premessa di “costruzione di un processo di legittimazione, anche politica, del proprio ruolo” MARZOT, *I servizi socio-assistenziali nella società borghese*, in CESARI (a cura di), *Architettura per un’idea. Mattei e Olivetti, tra welfare aziendale e innovazione sociale*, Il Mulino, 2016, p. 140-141, che porta gli esempi più recenti provenienti dal territorio emiliano della Fondazione Manifattura di Arti, Sperimentazioni e Tecnologia – MAST (centro polifunzionale e spazio del gruppo Coesia), e la Fondazione Golinelli, che si occupa di educazione, formazione e cultura (l’ideatore è Marino Golinelli, fondatore del gruppo Alfasigma).

¹⁴ Si andava dall’assistenza alla maternità all’infanzia; dall’assistenza sanitaria e sociale all’istruzione professionale e ai servizi culturali. Tra gli autori che hanno maggiormente messo in risalto l’opera olivettiana GALLINO, *L’impresa responsabile. Intervista su Adriano Olivetti*, Edizioni di Comunità, 2001, p. 91 ss. Per una considerazione critica circa la lettura di quest’ultimo autore su Olivetti quale “artefice dell’impresa responsabile, anticipatore di questioni che il capitalismo contemporaneo doveva invece rimuovere”, ma semmai di versatilità dell’imprenditore di Ivrea, capace di avvalersi dell’impresa per cercare di tradurre in atti concreti i suoi piani, BERTA, *Adriano Olivetti secondo Luciano Gallino: l’impresa responsabile e il suo artefice*, in *Studi organizzativi*, 2016, p. 65 ss.

¹⁵ Definita come “l’integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche

ha avuto una certa attenzione negli anni che hanno preceduto la crisi economica degli anni duemila¹⁶. In questi termini, si può dire che il welfare aziendale, sostenuto legislativamente nella sua forma di welfare aziendale contrattuale (*infra*), ha le caratteristiche proprie della RSI, rappresentando “l’ultimo arrivato” di quelle politiche aziendali di responsabilità sociale implementate a favore della sostenibilità sociale e ambientale¹⁷.

Nella sua cornice legislativa, il fenomeno del welfare aziendale si è ramificato in assenza di una disciplina legislativa *ad hoc*. Infatti, pur non esistendo una nozione di welfare aziendale, se non per una prassi favorita da una multiforme strumentazione extra-legislativa, in particolare a livello contrattuale¹⁸, per esempio all’interno di alcuni settori come quello bancario dove si è sviluppata la previdenza aziendale¹⁹, il welfare aziendale ha avuto inizialmente e continua ad aver tuttora rilievo non sul piano della legislazione del lavoro, ancorché incida sulle relazioni collettive (*infra*), quanto sulla base della normativa fiscale: il paniere di beni e servizi, che vanno a comporre il welfare, è nato sulla base di previsioni normative che permettevano di escluderlo, se erogato in via unilaterale prima del 2015, dalla nozione di retribuzione imponibile²⁰.

La chiave di volta, a livello legislativo, è avvenuta al termine del 2015,

delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate”, Libro Verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese (presentato dalla Commissione)*, Bruxelles, 18.7.2001 COM(2001) 366 definitivo, par. 20.

¹⁶ In dottrina, GOTTARDI, *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in LD, 2006, p. 5 ss.; MONTUSCHI, TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Zanichelli, 2006; PERUZZI, *Il ruolo degli enti territoriali nella promozione della responsabilità sociale delle imprese*, in LD, 2006, p. 183 ss.; SALOMONE, *La responsabilità sociale dell’impresa: riflessioni a margine di una strategia europea sullo sviluppo sostenibile*, in DRI, 2004, p. 387 ss.; SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, 64, 2007.

¹⁷ MALLONE, *Imprese e lavoratori: il welfare aziendale e quello contrattuale*, in MAINO, FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia*, 2013, in www.secondowelfare.it, p. 49. Da ultimo, MAINO, FERRERA (a cura di), *Il Terzo Rapporto sul secondo welfare in Italia 2017*, è consultabile su www.secondowelfare.it

¹⁸ SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale nel modello del welfare aziendale “socialmente utile” e della produttività partecipata*, cit., p. 384, riprendendo TURSÌ, *op. cit.*, p. 229

¹⁹ Sull’evoluzione contrattuale in tale settore, GOTTARDI, *La contrattazione collettiva nel credito*, in BELLARDI (a cura di), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva in Italia (1945-1992)*, Cacciucci, 1992, p. 9 ss.

²⁰ Sul punto, BRENNIA, MUNNO, *Il welfare aziendale: aspetti fiscali*, in TREU (a cura di), *op. cit.*, 2016, p. 173 ss.

con la previsione inserita nella legge di Stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015 n. 208, art. 1, co. 182-190), che ha reintrodotto gli incentivi fiscali a favore dei premi di risultato stabiliti sulla base della contrattazione collettiva di secondo livello, ora connessi al welfare aziendale tramite la possibilità di conversione, in tutto o in parte, del premio in *benefit* aziendale (art. 1, co. 187 che ha rinviato all'art. 51 del d.lgs. 81/2015); e, l'anno seguente, con la legge di Bilancio 2017 (l. 11 dicembre 2016 n. 232, art. 1, co. 160-162), che, oltre ad allargare la somma delle soglie di premio convertibile in welfare²¹, ha ampliato la portata soggettiva sia per i firmatari delle intese, ossia ricomprendendo quelle sottoscritte a livello nazionale, di accordo interconfederale e di contratto collettivo territoriale (art. 1, co. 162) – aspetto di cui se ne ha richiamo nei più recenti rinnovi dei CCNL nel settore privato²² – sia per i beneficiari, cioè ai dipendenti del datore di lavoro anche pubblico (*idem*)²³.

Sul punto, va segnalato come, nonostante tale previsione, manchi sul tema un'effettiva contrattazione collettiva nei comparti pubblici²⁴ e si debba considerare l'orientamento recente della Corte costituzionale che

²¹ Attualmente il premio non deve ora superare il limite di importo complessivo di tremila euro lordi per lavoratori dipendenti con un reddito non superiore, nell'anno precedente a quello di percezione delle somme detassate, a ottantamila euro.

²² A titolo di esempio, in una sorta di “apripista”, il CCNL per l'industria metalmeccanica e della installazione impianti, sottoscritto il 26 novembre 2016, che prevede il nuovo istituto della *flexible benefits*, ossia piani consistenti in beni e servizi di welfare, a partire dal 1° giugno 2017.

²³ Art. 1, co. 162 legge di Bilancio 2017, andando così a colmare quella disparità avvertita in dottrina SQUEGLIA, *La previdenza contrattuale*, cit., p. 406. Da ultimo – con la legge di Bilancio per il 2018 (l. 205/2017) si rafforzano ulteriormente le misure di welfare con la non imponibilità in capo al lavoratore e ai suoi familiari degli abbonamenti per il trasporto pubblico locale, regionale e interregionale (art. 1, co. 28 l. 205/2017) e in merito all'azioni offerte ai dipendente, già oggetto di intervento la legge di Stabilità per il 2016, è stato altresì previsto che, ai fini della determinazione delle plusvalenze, il costo o il valore di acquisto è pari al lavoro delle azioni ricevute, per scelta del lavoratore, in sostituzione del premio di risultato (art. 1, co. 161 l. 205/2017), così ANTONELLI, MENGOLZI, *Il fisco salva le azioni ai dipendenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 gennaio 2018.

²⁴ Nell'intesa del 30 novembre 2016 tra Ministero della Funzione Pubblica e le organizzazioni sindacali si legge che il Governo s'impegna a “sostenere la graduale introduzione anche nel settore pubblico di forme di welfare contrattuale, con misure che integrano e implementano le prestazioni pubbliche, di fiscalità di vantaggio del salario legato alla produttività e a sostenere lo sviluppo della previdenza complementare”. Da ultimo, l'ipotesi di contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto funzioni locali triennio 2016-2018, 21 febbraio 2018, dove si prevede il welfare integrativo (art. 72) disciplinato in ogni caso in sede di contrattazione integrativa.

ha affermato la non estensione ai dipendenti del settore pubblico delle misure di detassazione, ravvisandone il carattere eccezionale e derogatorio²⁵, seppure il giudizio non riguardasse le misure ultime di detassazione ma quelle introdotte a partire dal 2008²⁶.

A prescindere da quest'ultimo aspetto, l'asse tra welfare aziendale e contrattazione ha avuto riconoscimento legislativo nel momento in cui il welfare aziendale è stato legato, con meccanismi d'incentivo, alla produttività, la quale, però, già prima del 2015 era sostenuta da incentivi di natura pubblica, se oggetto di negoziazione collettiva.

Infatti, gli incentivi per la contrattazione di produttività sono già presenti dagli anni novanta²⁷, e più direttamente dal Protocollo trilaterale del 23 luglio 2007²⁸, attuato poi in legge, volto a sostenere la contrattazione "aziendale, territoriale o di secondo livello" sul salario variabile attraverso, allora, gli sgravi contributivi (art. 1, co. 67 e 68 l. 247/2007, modificato dall'art. 4, co. 28 l. 92/2012).

Agli sgravi contributivi, con il 2008, proprio in coincidenza con l'inizio della crisi economica, si è affiancata una misura fiscale di agevolazione, di una quota del salario corrisposta come retribuzione di produttività (d.l. 93/2008, convertito in l. 126/2008), tramite un'imposta del 10% in sostituzione dell'aliquota fiscale ordinaria. Tuttavia, fino al 2016, la misura ha visto fasi alterne, nonché "tragico-comiche" secondo pareri più critici²⁹, ed è man-

²⁵ Corte. Cost. n. 153/2017, per cui "la *ratio* dei benefici non esigerebbe dunque la loro estensione ai dipendenti del settore pubblico, sicché si dovrebbe seguire l'orientamento della Corte per cui la concessione di agevolazioni relative a tributi erariali attraverso norme di carattere eccezionale e derogatorio rientra nella discrezionalità del legislatore".

²⁶ In particolare, art. 53, co. 1, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010 n. 122; art. 26, co. 1, d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011 n. 111; art. 2 d.l. 27 maggio 2008 n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008 n. 126, come richiamato dall'art. 33, co. 12, l. 12 novembre 2011 n. 183.

²⁷ Si pensi all'art. 3 del d.l. 14 giugno 1996 n. 318, convertito con modificazioni in l. 29 luglio 1996 n. 402, rispetto al quale, per un'analisi parallela al "sostegno" alla cd. contrattazione collettiva di prossimità TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti e opponibilità. Problematiche contributive*, in *DRI*, 2015, p. 342; e così anche l'art. 2, l. 23 maggio 1997 n. 135 che ha voluto eseguire l'indicazione, già presente nel Protocollo del 23 luglio 1993 sulla politica dei redditi. In proposito, LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 88 ss.; più recentemente, VITALETTI, *La retribuzione di produttività*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 80 ss.

²⁸ CELLA, TREU, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, 2009, p. 145.

²⁹ CARINCI, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, in

cata sia la diffusione del numero di intese sottoscritte sia l'analisi dell'efficacia dei risultati economici ottenuti con tale tipo di agevolazioni pubbliche³⁰.

Solo a partire dal 2016, si è aperta la strada al riconoscimento strutturale³¹ della detassazione del premio di risultato con la tassazione agevolata, ora oggetto di possibile conversione in welfare aziendale completamente detassato e decontribuito: è stata prevista la possibilità per gli accordi collettivi di permettere, sulla base della scelta del lavoratore, la sostituzione, in tutto o in parte, del premio in welfare aziendale, e in tal caso non concorrendo a formare reddito di lavoro dipendente, e non applicandosi quindi nemmeno l'aliquota fiscale ridotta³².

Rispetto agli anni precedenti, oltre alla strutturalità, è a più riprese richiamato nel testo del d.i. del 25 marzo 2016, applicativo delle norme della legge di Stabilità 2016, il vincolo dell'incrementalità e della misurabilità del premio di ammontare variabile, la cui corresponsione sia legata appunto a incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione (art. 2), da cui risulta escluso l'orario di lavoro straordinario³³.

La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio nel cinquantenario della nascita dell'associazione, Bologna 16-17 maggio 2013, Giuffrè, p. 182 ss.

³⁰ Approfonditamente sul punto CAMPANELLA, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, in *Prisma. Economia Società Lavoro*, 2013, p. 54 ss. Dubitava già della misura l'OCSE nel 2013 nel commentare le *Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia* del 2012 così MASSAGLI, PIGNATTI MORANO, *Detassazione e decontribuzione del salario di produttività*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 384.

³¹ Come chiarito nel d.i. del 25 marzo 2016, attuativo delle norme presenti nella legge di Stabilità 2016, per cui le nuove norme trovano applicazione "alle erogazioni effettuate nel periodo di imposta 2016 e in quelli successivi" (art. 7, co. 1). Nel modulo di monitoraggio si fa riferimento all'anno di validità "2015, 2016, 2017, 2018, 2019".

³² Testualmente, come afferma la Circolare n. 28 del 15 giugno 2016 dell'Agenzia delle Entrate, p. 4, "si tratta di disposizioni che interessano diverse componenti del reddito di lavoro dipendente collegate tra di loro in un disegno unitario, finalizzato a ridurre l'onere fiscale gravante sul lavoro subordinato, sia a favore dei dipendenti – assoggettati ad una minor tassazione per alcune voci retributive – sia a favore dei datori di lavoro, per il risparmio degli oneri contributivi dovuto all'ampliamento delle componenti escluse dal reddito di lavoro dipendente ed alla possibilità di dedurre – nella determinazione di tale reddito – spese sostenute per il welfare aziendale in precedenza soggette invece a una limitata deducibilità".

³³ Materia oggetto di intesa un tempo, si pensi all'Accordo interconfederale del 24 aprile 2013 che ha stabilito che l'accesso alla detassazione è ammesso in tutte le ipotesi in cui il contratto decentrato preveda una ridefinizione della disciplina degli orari di lavoro, venendo però meno la selettività dei criteri, che era alla base dell'intervento del Governo di allora (DPCM 22 gennaio 2013), ved. BOLEGO, *Produttività e detassazione nella "contrattazione di prossimità"*, in

Tuttavia, la cornice legislativa sconta un rilevante problema di effettività, intesa come monitorabilità e verificabilità di tali incrementi, a fronte di una mera compilazione della scheda allegata al decreto interministeriale da parte del soggetto firmatario dell'intesa, la quale va allegata nel momento del deposito. A questo riguardo, si tratta del deposito telematico inviato alla struttura ispettiva, la quale si limita a verificare il rispetto delle tempistiche (trenta giorni per il deposito dalla data di sottoscrizione³⁴): è un obbligo di deposito alla Direzione territoriale del lavoro competente, che oggi è esteso, all'interno di uno dei decreti legislativi del *Jobs Act*, a tutti gli accordi collettivi di secondo livello (aziendali o territoriali), che beneficiano di agevolazioni di tipo contributivo o fiscale, e pertanto diviene un mero deposito, ora telematico, che è pertanto *conditio sine qua non* per accedere al beneficio (art. 14, d.lgs. 151/2015)³⁵.

3. *Tendenze della contrattazione collettiva: la dimensione quantitativa del livello nazionale e delle intese decentrate per la detassazione, quali convergenze?*

Le agevolazioni fiscali e/o contributive legate alla retribuzione di produttività devono fare i conti con il quadro più generale della contrattazione collettiva che presenta elementi di interesse se letti alla luce del sostegno che il sistema pubblico fornisce all'autonomia collettiva.

Sul piano nazionale, da indagini recenti compiute a livello empirico, si segnala come, già dall'inizio della crisi economica, l'Archivio dei contratti depositati presso il CNEL indicava, contrariamente agli intenti unificanti di ridurre il numero di contratti collettivi nazionali, il deposito di 398 intese nazionali³⁶. Quello che è apparso lampante, negli anni della crisi economica, è il "saldo" raggiunto, sette anni dopo, nel 2015: in quell'anno sono stati conitati 705 contratti collettivi nazionali, quindi 307 in più rispetto a otto anni prima, numero ulteriormente incrementato nel 2016 a 757, fino agli 868 censiti nel settembre 2017³⁷ con un incremento del 74% dal 2010 al 2017.

MATTEI (a cura di), *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 86-87.

³⁴ Art. 5 del d.i. del 25 marzo 2016.

³⁵ La struttura periferica dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, a rigor di legge, è tenuta a metterli a disposizione in via telematica alle altre amministrazioni ed enti pubblici interessati.

³⁶ Di cui 273 nei servizi, 86 nell'industria, 17 nell'agricoltura e pesca e 10 nelle costruzioni.

³⁷ A prescindere dalla possibile presenza di accordi sostanzialmente superati o, viceversa,

Senza dimenticare che a tale proliferazione contribuiscono gli stessi attori nell'individuazione di interlocutori di comodo da entrambe le parti, alcune delle ragioni e degli effetti di questa proliferazione sono stati spiegati in questo modo: sul piano delle possibili motivazioni, siglare un'intesa nazionale è prerequisite per accedere a risorse quali fondi per la formazione, fondi per gli enti bilaterali e gestione di centri di assistenza fiscale e patronati. Ciò fa da contrappeso, sul piano degli effetti, al fatto che l'inflazione delle intese "porta inevitabilmente a svalutarne l'importanza", e quindi a indebolire il ruolo della contrattazione collettiva e del corpo intermedio, per non tacere dell'accrescimento d'incertezza, regole e riferimenti sul piano applicativo e, più in generale, a contribuire nel creare una "moltiplicazione disordinata"³⁸.

Questa evidenza empirica sconta, però, un problema di rilevazione qualitativa, ossia si tratta di un'indagine volta a mettere in luce più la quantità delle intese collettive che l'elemento qualitativo delle medesime (chi firma, cosa contiene il testo, come si raccordano con altri e precedenti contratti collettivi)³⁹, anche in considerazione del fatto che manca, a monte dell'indagine, la disponibilità di dati omogenei sulla platea di imprese e lavoratori occupati che sono interessati alle diverse intese collettive.

Nonostante tale carenza, questo dato di incremento quantitativo converge ed è interessante da accostare all'incremento, altrettanto significativo,

di intese non presenti o arrivate in ritardo. Una rielaborazione fonte CNEL è riportata da ultimo in POGLIOTTI, TUCCI, *Rappresentanza alt agli accordi pirata*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 marzo 2018, in occasione dell'intesa Confindustria, Cgil, Cisl e Uil recante il titolo "Contenuti e indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva di Confindustria e Cgil, Cisl, Uil" cd. Patto della Fabbrica, del 28 febbraio 2018 e ratificato il 9 marzo 2018, testo all'interno del quale si indica il CNEL come l'istituzione adatta per "accompagnare e favorire" il consolidamento e la funzioni della contrattazione collettiva "contrastando fenomeni di dumping contrattuale" attraverso una "precisione ricognizione dei perimetri della contrattazione collettiva nazionale di categoria" e altresì "un'attenta ricognizione dei soggetti che, nell'ambito dei perimetri contrattuali, risultino essere firmatari di contratti collettivi nazionali di categoria applicati" (p. 5). L'analisi del CNEL indica degli 868 contratti 2/3 pirata, e con una variazione percentuale del 2016-2017 dell'8,1 % di media tra compart (spicca la percentuale maggiore di variazione, 20%, proprio nei compart non classificabili, i cd. "altri vari"). Da ultimo, CIUCCIOVINO, *Come orientarsi nella giungla dei contratti*, in *Lavoce.info*, 20 aprile 2018.

³⁸ OLINI, *Quanti sono i contratti nazionali e perché crescono così tanto?*, Osservatorio Mercato del Lavoro, CISL, 2015, in *www.cisl.it*; OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *DLRI*, 2016, p. 417 ss., a cui si rinvia per i richiami sopra menzionati.

³⁹ Secondo l'indicazione di metodo di GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 880 ss.

delle intese depositate telematicamente presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali proprio con riferimento alla detassazione. Si ha un medesimo incremento per cui le intese, anche in tale caso, si contano e non si pesano: secondo quanto riporta il predetto Ministero, da maggio 2016, periodo in cui è stata resa operativa la detassazione, si ha un incremento di depositi telematici registrati al 16 aprile 2018, da 1305 nel 2016 a 31630 nel 2018⁴⁰. C'è da segnalare, ad ogni modo, un anomalo picco di depositi (8520) avvenuto entro il termine di scadenza del deposito iniziale (giugno 2016), che permetteva il deposito di quelle sottoscritte nell'anno precedente (nel 2015), con conseguenti dubbi circa il rispetto del vincolo dell'incrementalità adottato, a rigor di legge, solo dal 2016⁴¹.

Al riguardo, si è obiettato come non si possa parlare di contratti di secondo livello, siano essi aziendali o territoriali, poiché “non disciplinano nessun'altra materia o istituto di competenza di quest'ultimo in base ai rinvii del contratto di categoria”⁴², a cui si aggiunge il rischio del perdurante uso improprio della misura per la presenza di accordi territoriali fotocopia siglati al solo fine dell'incentivo, da cui ne deriva un aumento quantitativo così rilevante di intese depositate⁴³.

Sul fatto che non si sia in presenza di una contrattazione di secondo livello, in realtà, come si vuole far emergere dalla verifica empirica (*infra*), tale considerazione è opinabile, nel momento in cui la contrattazione integrativa prevede il premio di risultato con il meccanismo della cd. welfarizzazione, ossia della conversione del premio in welfare, ai fini della totale esenzione fiscale. Così si innesca, di conseguenza, la questione del diritto di opzione da parte del lavoratore nell'esercizio della volontà di convertire il salario in wel-

⁴⁰ Dal sito del Ministero del lavoro, fonte: www.lavoro.gov.it. Per un'analisi limitata alle schede di deposito ministeriali, si rinvia alla presentazione di SACCHI, *Il futuro del lavoro tra squilibri vecchi e nuovi. La necessità di politiche strutturali*, Intervento al Rapporto su Mercato del Lavoro e Contrattazione Collettiva 2016-2017, CNEL, Roma, 6 dicembre 2017, in <http://inapp.org/>. Non è un caso se la più recente circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 3 del 29 marzo 2018 consti di ben 45 pagine, andando a fornire “chiarimenti in merito ad alcuni aspetti della normativa emersi in questo periodo di applicazione” (p. 4) in <http://www.agenziaentrate.gov.it/>.

⁴¹ Nonostante la previsione del decreto che impone alle intese pregresse il rispetto delle condizioni fissate dal 2016 in avanti (art. 7, co. 2 d.i. del 25 marzo 2016).

⁴² BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, 2016, pp. 944-945.

⁴³ TOMASSETTI, *Detassazione 2016: il ritorno degli accordi “fotocopia” di livello territoriale*, in TOMASSETTI (a cura di), *Detassazione 2016: prime analisi sugli effetti del provvedimento*, in *Bollettino speciale ADAPT*, 11, 20 ottobre 2016, in www.bollettinoadapt.it.

fare in tutto o in parte, laddove previsto dalla negoziazione collettiva. Si può arrivare, perciò, ad una equiparazione sostanziale alla contrattazione di secondo livello, con le caratteristiche di avere al centro il welfare contrattuale incentivato di produttività. Tale tipo di contrattazione, come di recente sostenuto, vuole compensare solo in parte la contrattazione collettiva derogatoria, compresa ovviamente quella sostenuta dal legislatore a partire dal 2011 (art. 8, l. 148/2011), cresciuta progressivamente nel corso di questi ultimi anni⁴⁴, al punto tale che entrambe le forme di promozione legislativa della contrattazione sono emblematiche di una “solidarietà frammentata”⁴⁵.

Semmai, in ogni caso, la questione più rilevante è come si può osservare il fenomeno nel suo dispiegarsi: il modulo ministeriale previsto per la detassazione del 2016 ai fini del monitoraggio, che presenta pur comunque una novità rispetto alle precedenti esperienze di detassazione, dove vi era una totale assenza di controllo della prassi, è comunque insufficiente, soprattutto, ma non solo, negli obiettivi di verifica che vuole perseguire⁴⁶.

4. *Le ragioni, l'oggetto e i soggetti del welfare contrattuale incentivato di produttività*

Per le ragioni appena esposte, la questione che emerge dall'intreccio tra welfare, produttività e contrattazione è possibile esemplificarla con il seguente interrogativo: all'incremento sul piano quantitativo della contrattazione di primo e secondo livello, come visto, cosa corrisponde sul piano della qualità di ciò che viene effettivamente contrattato?

Lecture positive e lecture critiche al tema sono già state compiute⁴⁷.

⁴⁴ BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *DRI*, 2017, p. 17. Si veda l'emergere della tematica nelle realtà produttive “della crisi” come *Almaviva*, dove il welfare aziendale fa da contraltare alla ridefinizione del trattamento economico applicabile ai lavoratori del sito di Napoli; per la ricostruzione del caso studio cfr. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *DRI*, 2017, p. 729 ss.

⁴⁵ ZOPPOLI L., *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. IT - 356/2018, p. 11, per il quale il legislatore sostiene “l’articolazione di tecniche normative e misure promozionali di solidarietà sempre più ridotte a portatrici o di differenziazioni peggiorative persino rispetto a standard legali (art. 8 d.l. 138/2011) o di privilegi che non superano i confini aziendali (welfare aziendale)”.

⁴⁶ GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 895 ss.

⁴⁷ CARUSO, *op. cit.*, p. 185 ss.

Nella logica *win-win*, secondo una prospettiva che accoglie favorevolmente il welfare aziendale, vincerebbero tutti nel suo perseguimento: dall'impresa che risparmia sul piano fiscale, perseguendo al contempo la produttività, al lavoratore che ottiene servizi con un carico fiscale altrettanto conveniente, passando per lo Stato che sostiene, seppur indirettamente, la costruzione di un welfare sussidiario, fino, non ultimo, alle organizzazioni sindacali che sono necessariamente coinvolte⁴⁸. Per altro verso, in estrema sintesi, vi è chi critica la materia vedendo nel perseguimento di questo tipo di welfare l'accentuazione dei dualismi e degli squilibri nel mercato, in una logica anti-solidaristica.

In realtà, a prescindere dalla contrapposizione tra due prospettive che hanno aspetti condivisibili, si ritiene di rilievo porre l'attenzione sull'impianto complessivo: gli scopi, i contenuti e gli attori coinvolti del welfare contrattuale incentivato di produttività.

Se si considerano, innanzitutto, gli scopi per cui si ritiene meritevole perseguire il welfare aziendale, va considerato come l'alleggerimento del carico fiscale e il contenimento del costo del lavoro non possono essere gli unici obiettivi da raggiungere, ma semmai gli strumenti con cui perseguire la produttività e, ora, il welfare, in una combinazione di obiettivi e strumenti in cui l'incentivo pubblico è lo strumento attraverso cui viene veicolata la contrattazione.

In proposito, era già chiaro agli estensori della previsione del Protocollo del 1993 il rapporto fine-strumento per la produttività, per cui "in ragione della funzione specifica e innovativa degli istituti della contrattazione aziendale e dei vantaggi che da essi possono derivare all'intero sistema produttivo attraverso il miglioramento dell'efficienza aziendale e dei risultati di gestione, ne saranno definiti le caratteristiche ed il regime contributivo-previdenziale mediante un apposito provvedimento legislativo promosso dal Governo, te-

⁴⁸ Si pensi a come chiarisce in proposito la Circolare n. 28 del 15 giugno 2016 dell'Agenzia delle Entrate, sui limiti di deducibilità che diviene integrale in presenza di un "obbligo negoziale" (p. 21). In ogni caso, da un'indagine sulle imprese in merito al welfare aziendale si segnala "la disponibilità ad inserire nel confronto sindacale aziendale anche la tematica del welfare, quando ritenuto utile od opportuno in relazione alle specifiche circostanze od ai particolari contenuti dell'intervento che si intende sviluppare. Tale confronto non è tuttavia considerato come una modalità indispensabile per la declinazione operativa delle proposte aziendali, sovente ritenute efficacemente implementabili anche ricorrendo ad intese individuali plurime od a regolamenti aziendali", CONFINDUSTRIA BERGAMO, *Una proposta di linee guida aziendali per le imprese bergamasche*, p. 4 in www.bollettinoadapt.it.

nuto conto dei vincoli di finanza pubblica e della salvaguardia della prestazione previdenziale dei lavoratori” (§ 3).

La prima verifica al Protocollo, nel 1997⁴⁹, evidenziava come, da un lato, la contrattazione decentrata che aveva come obiettivo l'accrescimento della variabilità della retribuzione era risultata “quantitativamente e qualitativamente insoddisfacente, anche per la tardiva e limitata applicazione dell'incentivazione contributiva prevista”; mentre, dall'altro, la stessa contrattazione aveva stabilito “una erogazione tradizionale, non collegata a parametri oggettivi di produttività, redditività, qualità per diverse ragioni: vischiosità delle prassi precedenti, impreparazione “culturale” dei soggetti negoziali decentrati, resistenti ad allargare le materie oggetto di contrattazione (ad es., organizzazione del lavoro) [...]” (§ 20).

Le continue modifiche che si sono succedute nel corso degli anni sul regime agevolato in materia, sia esso di decontribuzione e/o detassazione, non hanno certamente aiutato lo sviluppo di tale tipo di contrattazione⁵⁰: la cornice normativa si è succeduta in maniera intervallata, secondo la legislazione finanziaria del momento, e non vi era certezza sul piano applicativo, per non parlare delle prassi contrattuali “cosmetiche” realizzate al solo fine dell'incentivo⁵¹. Si era, infatti, allora in presenza di accordi che impegnavano le parti per un orizzonte temporale di breve periodo in cui si poteva beneficiare dell'incentivo, sia esso fiscale o contributivo, senza quindi valutare le implicazioni di lunga durata⁵² che, ora, le misure dei premi di risultato convertite in welfare aziendale vorrebbero avere, in ragione della loro strutturalità.

In questi termini, pertanto, l'obiettivo che è alla base del welfare aziendale riscontra un problema a monte: l'eterogeneità e la frammentarietà delle fonti normative, e anche di conseguenza quelle contrattuali⁵³, che si sono

⁴⁹ Commissione per la verifica del Protocollo del 23 luglio 1993, composta da GIUGNI (Pres.), BELLARDI, BIAGI, CELLA, D'ANTONA, REBOANI, TOSI.

⁵⁰ Vede solo ora il suo rafforzamento all'interno di alcune “aree” contrattuali come le politiche di genere FERRARA, *Il gender mainstreaming nei contratti collettivi: tendenze della contrattazione di genere*, in DLM, 2014, p. 519 ss.

⁵¹ LASSANDARI, *Divisione sindacale e “crescita di produttività e competitività”*, in LD, 2013, p. 252.

⁵² In questo ricorda l'idea, in altro versante, della “ossessione” per il breve termine, da cui ne possono derivare costi “silenziosi e invisibili” per gli operatori economici della catena d'intermediazione finanziaria, ripresa da HALDANE, *Quanto costa l'ossessione per il breve termine*, in MAZZUCCATO M., JACOBS M. (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Laterza, 2017, p. 108 ss.

⁵³ Si pensi all'Accordo interconfederale del 24 aprile 2013, e ora all'Accordo interconfederale del 14 luglio 2016.

succedute nel corso degli anni, portano ad un quadro di sistema poco coerente; e cioè è confermato dalle ultime misure di sostegno al coinvolgimento dei lavoratori, non più detassato ma decontribuito⁵⁴. Si pone altresì un problema a valle, per la carenza di risultati economici positivi, avendo dato riscontro di un utilizzo poco virtuoso degli incentivi, dove si è ottenuto uno sconto, almeno fino al 2015, per misure di defiscalizzazione – nella lampante assenza di controlli effettivi *ex post*, ma in presenza di una mera procedura amministrativa di deposito *ex ante* – a favore di istituti non certamente legati alla retribuzione incentivante quali l'orario di lavoro straordinario.

La strutturalità che ha la detassazione a partire dal 2016 fa in conti con tale oscillazione della normativa, considerando altresì la più recente giurisprudenza costituzionale che, come anticipato, nel confermare la non estensione ai dipendenti del settore pubblico della detassazione, ha ravvisato sul tema il carattere eccezionale e derogatorio⁵⁵, entrambi caratteri già ripresi dalla medesima Consulta nel momento in cui si è trovata a esprimersi, nel 2012, sulla legittimità costituzionale della cd. contrattazione collettiva di prossimità⁵⁶.

Sul piano dei contenuti, l'apertura che le ultime leggi di Stabilità operano nei confronti del welfare aziendale tramite il meccanismo della conversione, in tutto o in parte, del premio in welfare, lascia aperti alcuni dubbi circa la portata di sistema.

Innanzitutto, a livello di indicazioni provenienti dal legislatore, la scheda

⁵⁴ Art. 55, d.l. 24 aprile 2017 n. 50 convertito in l. 21 giugno 2017 n. 96, dove in particolare, si prevede che per le aziende che coinvolgono in maniera paritetica i lavoratori nell'organizzazione del lavoro è ridotta di venti punti percentuali l'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro per il regime riguardante l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti su una quota delle erogazioni non superiore a 800 euro e sulla medesima quota non è dovuta alcuna contribuzione a carico del lavoratore. Per un primo commento CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. IT - 326/2017, p. 17.

⁵⁵ Corte. cost. n. 153/2017, cit.

⁵⁶ Corte cost. 221/2012, dove la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Regione Toscana, dell'art. 8 per contrarietà con gli artt. 39, 117, co 3 e 118 Cost., nonché con il principio di leale collaborazione, escludendo che la contrattazione di prossimità possa ledere la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia, e precisando che l'effetto derogatorio della contrattazione di prossimità opera solo in relazione alle materie richiamate dall'articolo medesimo "trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale". Per un commento, in *ADL*, 2012, II, p. 1219 ss., con nota di BOLLANI, *Contrattazione collettiva di prossimità e limiti costituzionali*.

di monitoraggio dei contratti fornisce indicazioni tanto varie, quanto generiche per la negoziazione collettiva del welfare. Se, infatti, i criteri incrementali a cui devono essere legati i premi convertibili in welfare devono “prevedere criteri di misurazione e verifica degli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione [...] rispetto ad un periodo congruo definito dall’accordo, il cui raggiungimento sia verificabile in modo obiettivo attraverso il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati” (art. 2 d.i. 25 marzo 2016), gli indicatori previsti sono del tutto variegati e non esaustivi⁵⁷, al punto che si può ritenere che qualsiasi intervento contrattuale, almeno potenzialmente, sia in grado, al netto dell’incrementalità e della verificabilità obiettiva, di essere ritenuto utile al perseguimento della produttività, e quindi senza alcun tipo di selezione a monte⁵⁸.

È pur vero, d’altra parte, che l’attuale normativa non consente più l’incentivo fiscale al più esteso concetto di “retribuzione di produttività”⁵⁹, escludendo così dal regime di detassazione voci quali la maggiorazione di retribuzione o l’orario di lavoro straordinario⁶⁰, ma se ne ricava l’impressione che non è comunque compiuta un’opera di selezione precisa degli indicatori previsti per l’accordo, che non pone chiarezza su quale può essere l’effettivo e il reale scambio tra le parti.

In questi termini, come osservato, il rapporto produttività-welfare, nel momento in cui è coinvolta la contrattazione, muta la relazione tra causa ed effetti: se è appunto vero, come visto, che il classico welfare aziendale è di stampo unilaterale, per cui è “un costo che l’azienda assume unilateralmente nella convinzione che ciò possa portare beneficio alla complessiva organiz-

⁵⁷ Si pensi solo all’indicatore “20) Altro (indicare).....” che può essere individuato.

⁵⁸ Se si considera per esempio che dalle risultanze empiriche appare l’orario di lavoro l’istituto su cui c’è maggior dinamicità della contrattazione di secondo livello, mentre la contrattazione sulla retribuzione di produttività e sull’istituto dell’elemento economico di garanzia che si ha in assenza di contrattazione del premio, negli anni scorsi, è stato caratterizzato da una logica più strettamente redistributiva; in questi termini TIRABOSCHI, *Produttività e orario di lavoro nella contrattazione decentrata*, in *C&CC*, 2017, p. 4 che auspica la promozione di incentivo sulla contrattazione in materia di orario, perché esprime “una funzione diretta nella definizione di modelli organizzativi utili al recupero di importanti margini di competitività”.

⁵⁹ D.p.c.m. 22 gennaio 2013.

⁶⁰ Come chiarisce l’art. 2 del d.i. del 25 marzo 2016 e la Circolare n. 28 del 15 giugno 2016 dell’Agenzia delle Entrate, p. 11.

zazione aziendale”, essendo quindi un presupposto della produttività, la quale tende ad essere negoziata distintamente, l’operazione legislativa di integrare il welfare all’interno della produttività, dentro quindi uno scambio negoziale, lo configura come “contropartita”. Infatti, grazie gli incentivi, ora presenti dal 2016, di deducibilità integrale a favore dell’azienda⁶¹, il welfare è effetto della produttività⁶², rispetto al quale, come visto, non è chiara a monte l’opera di selezione legislativa e di verifica⁶³. Pertanto, se idealmente, lo scambio virtuoso tra crescita del benessere e incremento della produttività potrebbe essere il percorso virtuoso per poter leggere questa tendenza della contrattazione, i numeri sui depositi telematici delle intese (*supra*) fanno credere che è l’incentivo fiscale ad avere il vero dominio dello scambio.

Al riguardo, ne è un esempio la questione, non affrontata in sede legislativa ma succintamente solo accennata, forse perché lasciata alla “sola” autonomia delle parti, di quale e quanta conversione è possibile avere, da premio a *benefit*, con conseguente diritto di opzione esercitabile in capo al beneficiario, aspetto che quindi solo un’analisi empirica della prassi può mettere in luce (*infra*).

Infine, sul piano degli attori coinvolti nel processo negoziale del welfare, tale aspetto risente degli aspetti più critici. È, infatti, escluso ogni tipo di riferimento in sede legislativa al tipo di agenti contrattuali in grado di sottoscrivere le intese contrattuali, se non per il rinvio all’art. 51 d.lgs. 81/2015⁶⁴, limitandosi la scheda ministeriale a richiedere il codice fiscale del datore di lavoro.

⁶¹ Circolare n. 28 del 15 giugno 2016 dell’Agenzia delle Entrate, cit., p. 21.

⁶² BAVARO, *op. cit.*, p. 33.

⁶³ COSTABILE, *Glossario dell’economista per il giuslavorista*, in RGL, 2009, I, p. 200, che avverte l’importanza di non ridurre la produttività ad visione logica esclusivamente “premiata”, e GINZBURG, *Sviluppo trainato dalla produttività o dalle connessioni: due diverse prospettive di analisi e di intervento pubblico nella realtà economica italiana*, in *Ec. lav.*, 2012, p. 64 ss., in cui ci si concentra più ampiamente sui “sistemi interconnessi di imprese e istituzioni, sull’interdipendenza di domanda e offerta aggregata e disaggregata in presenza di innovazioni di prodotto, sulla collocazione delle imprese nella filiera, sulla co-evoluzione delle specializzazioni produttive nella divisione del lavoro nazionale e internazionale”; convergenza vi è con le considerazioni di HIRSCHMAN, *Le connessioni nello sviluppo economico*, in HIRSCHMAN (a cura di), *L’economia politica come scienza morale e sociale*, Liguori, 1987, p. 15 ss. Da ultimo, sui “difetti” di produttività, innovazione, ricerca e sviluppo nel sistema italiano, in una prospettiva economica, GIUNTA, ROSSI, *Che cosa sa fare l’Italia*, Laterza, 2016, p. 93 ss.

⁶⁴ Norma che rappresenta un nuovo modello generale di rinvio legale all’autonomia collettiva, così PASSALACQUA, *L’equidistribuzione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all’autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in DLM, 2016, p. 275 ss.

Il rinvio da parte della legge (art. 1, co. 187 legge di Stabilità 2016), alla norma del *Jobs Act* per i soggetti qualificati a sottoscrivere tale contrattazione non fa venir meno i dubbi di sistema: la formula dell'articolo porta a ritenere che si sia di fronte non ad un punto di arrivo risolutivo, ma ad un "punto di partenza"⁶⁵, soprattutto per le realtà produttive di minori dimensioni; e ciò risulta ancora più evidente sia dall'Accordo interconfederale del 14 luglio 2016 che, tramite accordi quadro territoriali, consente la detassazione anche alle realtà aziendali dove non vi è presenza sindacale, assumendo un significato di apertura anche a ciò che non è propriamente contrattazione di secondo livello, sia dalla legge di Bilancio per il 2017 che, come visto, in aggiunta a quanto stabilito per il 2016, ha ampliato la platea dei possibili soggetti sottoscrittori.

Quest'ultimo meccanismo di estensione non fa i conti con la tendenza della contrattazione collettiva nazionale che aumenta in maniera esponenziale di anno in anno (*supra*). Potenzialmente si crea, quindi, un meccanismo di ricerca dell'incentivo – individuazione dei soggetti firmatari – sottoscrizione di un contratto, o anche solo di un regolamento aziendale ai fini della deducibilità per l'azienda, che può incidere negativamente sulla gestione contrattuale del fenomeno, al punto da chiedersi se proprio la genericità di riferimento al soggetto contrattuale non possa inficiare il ruolo delle parti sociali sottoscrittrici, non solo ai fini del monitoraggio, ma, in maniera ancor più problematica, ai fini del governo complessivo del welfare contrattuale incentivato di produttività⁶⁶.

5. Evidenze empiriche del welfare contrattuale incentivato di produttività

Così com'è successo per la contrattazione collettiva di prossimità, che ha innescato sul piano della dottrina un corposo dibattito sui molteplici profili di novità⁶⁷, anche osservando le modalità pratico-operative con le quali

⁶⁵ FAIOLI, *Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle imprese minori dimensioni del Terziario: la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia*, in *DLM*, 2016, p. 104-105.

⁶⁶ OLINI, *op. cit.*, p. 421. Sul ruolo del sindacato in termini di riequilibrio della possibile asimmetria che si ha a livello individuale, negoziando "presupposti ed effetti sui rapporti di lavoro" del welfare aziendale, si sofferma condivisibilmente da ultimo GARGIULO, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁷ Tra gli autori che si sono cimentati sulla funzione della norma che fornisce una prospettiva dell'inderogabilità di carattere problematico e dialogico, ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità*, in *DLM*, 2013, p. 77 ss.

si è evoluta⁶⁸, per la contrattazione collettiva incentivata del welfare di produttività può forse risultare utile osservarne le tendenze nella prassi, sulla scorta degli auspici di tornare all'insegnamento giugniano: verificare in maniera empirica cosa è stato fatto, monitorare la contrattazione collettiva, analizzare i contenuti per cercare di capire cosa concretamente avviene⁶⁹; a partire, quindi, dalle regole per arrivare alla prassi.

A tal riguardo, si possono prendere in considerazione, senza ovviamente pretesa di completezza, considerata soprattutto la quantità di documentazione contrattuale, alcune modalità con cui le parti, in sede negoziale all'interno di realtà produttive di grandi dimensioni, hanno affrontato il tema, tra il 2016 e il 2017.

Innanzitutto, una delle esperienze più celebri e classiche di welfare aziendale, è il modello *Luxottica*⁷⁰, che nel corso degli anni ha adottato negli accordi integrativi di secondo livello misure di welfare aziendale: dalla “banca ore etica” mediante cui il dipendente può donare una parte o tutte le ore che accantona a favore di un collega in stato di bisogno, alla “baby week” per consentire l’inserimento al nido per i figli dei dipendenti⁷¹. Peculiarità del “sistema welfare” (par. 8) nell’intesa 2015-2017⁷², è proprio la sua unicità:

⁶⁸ Il dibattito sull’art. 8 è particolarmente ampio, tra chi ha guardato al suo evolversi nella contrattazione IMBERTI, *A proposito dell’art. 8 della legge n. 148/2001: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 270 ss.; PERULLI, *La contrattazione collettiva “di prossimità”: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, I, 2013, p. 919 ss.

⁶⁹ GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *RGL*, 2012, p. 521 ss.; GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 877 ss.; da ultimo, TREU, *Recensioni*, cit., p. 389. A titolo di esempio, si pensi alla considerazione, a suo tempo, sulla necessità del sindacato di “rispondere con un penetrante approfondimento critico della realtà e con alternative fatte di cose e dati concreti”, GIUGNI, *Introduzione*, in ROMAGNOLI, *Contrattazione e partecipazione. Studio di relazioni industriali in una azienda italiana*, Il Mulino, 1968, p. 26.

⁷⁰ SALOMONI, *Qualità e welfare. Il caso Luxottica*, Guerini, 2011, p. III ss.

⁷¹ Ancora, il congedo retribuito per i neo-papà di cinque giorni; i servizi di medicina preventiva e diagnostica; le borse di studio e tasse universitarie per i giovani, fino al bonus vita consistente in un contributo di 30 mila euro per gli eredi legittimi o testamentari qualora vi sia il decesso del lavoratore anche fuori dall’azienda, che può raddoppiare in precisi casi individuati; così GANZ, *Bonus vita e banca ore etica*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 aprile 2017; TREU (a cura di), *Welfare aziendale 2.0*, cit., p. 334 ss.

⁷² Contratto integrativo Luxottica, 30 ottobre 2015 sottoscritto tra Luxottica, Coordinamento Sindacale Luxottica costituito dalle Organizzazioni Sindacali di Categoria Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec e rsu del Gruppo. Sui percorsi intrapresi in precedenza dall’azienda, MALLONE, *La storia del “modello Luxottica”: come nasce e cosa prevede*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, in www.secondowelfare.it, 15 novembre 2011. È l’azienda che si occupa di occhiali, e dopo la fusione

si tratta di una parte distinta dal premio di risultato (par. 13), che è affrontato in un altro paragrafo dell'intesa, caratterizzandosi quindi, almeno fino al 2017, per essere un welfare che va ad aggiungersi rispetto a quanto definito in termini di salario di produttività.

L'operazione d'integrazione tra produttività e welfare è avvenuta in sede negoziale con una successiva intesa del 2017⁷³, che ha previsto il diritto di opzione da premio a *benefit*, in tutto o in parte, e a scelta del dipendente e comunque revocabile entro un termine stabilito dall'intesa⁷⁴. Il diritto di opzione è ulteriormente incentivato per la previsione di una quota aggiuntiva, da parte dell'azienda, pari al 10% di quella relativa al premio a favore di ogni singolo dipendente che aderirà alla conversione. Si tratta di una proceduralizzazione del meccanismo della conversione che dà la possibilità, senza limiti e con l'ulteriore incremento, di realizzare integralmente la conversione in welfare del premio di risultato⁷⁵.

Di tenore parzialmente diverso è l'opera negoziale compiuta nel caso dell'*Enel*⁷⁶ relativamente al 2017: le parti hanno concordato che per l'erogazione delle quote riguardanti il premio viene predisposta una piattaforma informatica all'interno della quale saranno evidenziati gli importi riguardanti il premio e rispetto ai quali i lavoratori potranno optare (par. 1) per la conversione in welfare (es.: sanità) nel limite in questo caso del 50% e ulterior-

con la francese Essilor, le due società risultano oggi un colosso dell'occhialeria con più di 140.000 dipendenti (fonte: <http://argomenti.ilssole24ore.com/luxottica.html>). In Italia, conta circa 10000 addetti e 6 siti produttivi, così CASADEI, *Luxottica aumenta del 10% il borsellino welfare*, in *Il Sole 24 Ore*, 1 giugno 2017.

⁷³ Verbale di accordo del 23 maggio 2017 sottoscritto tra Luxottica e Organizzazioni Sindacali territoriali FILCTEM-CGIL Belluno, FEMCA-CISL BLTV, UILTEC UIL BLTV, e valido per gli stabilimenti bellunesi, trevigiani, di Rovereto e anche, da ultimo, di Lauriano.

⁷⁴ Potrà essere esercitato di anno in anno con riferimento a ciascuna singola corresponsione del premio.

⁷⁵ Si precisa ulteriormente che l'eventuale valore del premio convertito e non utilizzato entro l'anno potrà essere, su scelta del dipendente, destinato alla previdenza complementare con i benefici fiscali, oppure liquidato in busta paga e assoggettato a contribuzione e a tassazione agevolata, oppure riportato all'anno successivo e sommato all'eventuale importo convertito dal dipendente in tale anno (p. 6, lett. a, b, c).

⁷⁶ Enel S.p.a. è una società per azioni, in parte privatizzata dal 1992, ad oggi il Ministero dell'Economia e delle Finanze italiano è l'azionista di riferimento con una quota diretta e indiretta del 31%. È la maggior azienda fornitrice di energia elettrica in Italia e la seconda utility quotata in Europa per capacità installata. La forza lavoro è di 67mila unità (fonte: <http://argomenti.ilssole24ore.com/enel.html>).

mente incentivato dall'azienda con una successiva integrazione del 12%⁷⁷ in via sperimentale; il tutto è da condividere all'interno di un comitato bilaterale sulla tematica. In questo caso, il welfare aziendale contrattuale è in parte sostitutivo del premio: vi è una combinazione comunque fissata tra il mantenimento del salario reale di produttività e il bene aziendale derivante dall'incentivazione al welfare, nel rispetto della scelta individuale del lavoratore.

Del medesimo tenore l'accordo in *Eni* del 2017⁷⁸, dove è stata prevista la possibilità di conversione graduata, nel limite massimo di 50%, del premio di partecipazione in welfare (es.: servizi educativi), o anche nell'utilizzare la quota di conversione di premio per il pagamento dell'iscrizione ai fondi sanitari di settore, a cui segue una maggiorazione aggiuntiva del pacchetto di opere e servizi di welfare pari al 20% della quota del premio di partecipazione convertita. L'elemento di maggior interesse in questo caso è la sottoscrizione, a poche settimane di distanza⁷⁹, di un ulteriore accordo volto a prevedere prestazioni che hanno aggiunto ed esteso i fondi di assistenza sanitaria integrativi per i dipendenti dell'azienda e l'automatica iscrizione per chi non è iscritto con onere a carico dell'azienda, e con possibilità dei lavoratori di rinunciare. In tale caso, si ha un welfare contrattuale incentivato di produttività con un'ulteriore integrazione di welfare avvenuta successivamente attraverso un'altra intesa negoziale.

Caratteristica diversa è contenuta nel negoziato all'interno di *Fincantieri* per il 2016-2019⁸⁰, dove nella parte riguardante il welfare vi è la sostituzione

⁷⁷ Accordo collettivo Enel, 27 marzo 2017 sottoscritto tra Enel Italia srl, Filctem, Flai, Uiltec, dove è previsto che “al fine di favorire l'utilizzo delle opportunità offerte dalla nuova normativa, l'Azienda provvederà ad un'integrazione che si stabilisce in via sperimentale in misura par al 12% sulle quote di premio su cui il dipendente ha esercitato l'opzione welfare ed effettivamente convertite in welfare alla data del 30 novembre 2017, compresi gli importi destinati alla previdenza complementare”. In proposito, CASADEI, *Pacchetto aggiuntivo del 12%*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 aprile 2017. Meccanismo simile d'incentivazione del 10% alla conversione per un valore massimo del 50% del premio è il *Contratto Collettivo Integrativo Gruppo Hera*, 25 maggio 2017.

⁷⁸ Verbale di accordo, 31 marzo 2017 sottoscritto tra Eni spa, Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil. Eni è Ente Nazionale Idrocarburi, società per azioni attiva nel settore del petrolio, del gas e dell'elettricità; nel 2016 contava 25.126 dipendenti in Italia e 7.607 all'estero (fonte: https://www.eni.com/it_IT/azienda/profilo-compagnia/persone.page).

⁷⁹ Protocollo welfare, 4 luglio 2017 sottoscritto tra Eni spa, Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil.

⁸⁰ Ipotesi di accordo del 24 giugno 2016 sottoscritto tra Fincantieri S.p.A. e Fim Fiom

del premio di produzione in “premio sociale” e la possibilità di convertire volontariamente in istituti di welfare una quota del premio di partecipazione, secondo fasce prestabilite che possono raggiungere l’integrale importo; e anche in questo il welfare è ulteriormente incentivato dall’azienda, con un incremento del 10%, qualora la soglia di conversione in welfare raggiunga almeno il 30%. In tal modo, si realizza in maniera ancor più penetrante il welfare contrattuale incentivato di produttività, pur comunque nell’ambito di una gestione, dal punto di vista sindacale, partecipata dell’intesa, che prevede un gruppo di lavoro bilaterale a composizione paritetica.

Si contraddistingue ulteriormente per un’opera sussidiaria di intervento della contrattazione decentrata rispetto a quanto definito in sede nazionale, il più recente integrativo presso la *Basf* a decorrere dal 2017: cogliendo l’opportunità dell’abolizione del premio presenza avvenuta in sede di rinnovo del CCNL Chimici 2016-2018, le risorse complessive del premio abolito sono state destinate a favore di un pacchetto di welfare a livello aziendale, riguardante per esempio l’assistenza socio-sanitaria, spettante a tutti i dipendenti, a prescindere dalla presenza o meno in azienda⁸¹.

Di tenore infine diverso, perché il negoziato si muove nel campo soggettivo oltre le parti aziendali, coinvolgendo gli *stakeholders* del territorio, in una logica di responsabilità sociale degli attori territoriali, è l’intesa sulla *Creazione di una rete di servizi per le lavoratrici ed i lavoratori di Sesto San Giovanni* del giugno 2017⁸² che ha l’obiettivo di favorire l’attrattività del territorio,

Uilm nazionali, le strutture territoriali e le rsu. Fincantieri è un gruppo che progetta e costruisce navi da crociera, navi militari, offshore, navi speciali e traghetti a elevata complessità e mega yacht, ripara e trasforma flotte navali; conta 19.000 dipendenti, di cui oltre 7.800 in Italia (fonte: <http://argomenti.ilsole24ore.com/fincantieri.html>). Per i primi commenti, CASADEI, *Fincantieri vara il piano welfare*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 settembre 2016; ARCIDIACONO, *Fincantieri: welfare e partecipazione all’insegna del nuovo contratto aziendale*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, 29, 12 settembre 2016, in www.bollettinoadapt.it.

⁸¹ Accordo in materia di welfare aziendale del 16 dicembre 2016 sottoscritto tra società del Gruppo *Basf* e le segreterie nazionali Filctem Cgil, Femca Cisl, Uiltec Uil. *Basf* è una società con sede in Germania che opera nel settore dei prodotti chimici, vernici, poliuretani, prodotti per l’agricoltura, lastre di polistirene estruso, ecc...impiega più di 95000 persone, di cui più di 47.000 in Germania (fonte: <http://argomenti.ilsole24ore.com/basf.html>); in Italia conta 1400 dipendenti, così SANTONIV., *La formula del welfare aziendale di BASF Italia*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, in www.secondowelfare.it, 19 aprile 2017.

⁸² Dichiarazione di intenti sottoscritta tra Amministrazione comunale di Sesto San Giovanni, CGIL Milano, Cisl Milano, Uil Milano, Assolombarda Confindustria Milano Monza Brianza, Associazione Imprenditori Nord Milano, Unione del Commercio di Milano, Unione Artigiani di Milano.

cercando di rispondere, al contempo, al bisogno di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, per coloro che lavorano in quel contesto territoriale, anche se non residenti, potendo usufruire di misure di welfare, in questo caso, territoriale⁸³.

Ancora, assume una configurazione altrettanto diversa e si può dire di prospettiva, all'interno di un progetto di ricerca in corso di svolgimento⁸⁴, l'accordo integrativo valido per il 2017-2019 in un caso studio aziendale, di minori dimensioni rispetto alle realtà produttive sopra menzionate: in tale circostanza, il diritto di opzione si traduce in una mera possibilità subordinata alla volontà dell'azienda nel corso di vigenza dell'intesa integrativa, venendo prevista la possibilità di opzionare una parte del premio, nella misura massima di 1/3 del medesimo, sotto forma di welfare aziendale, come l'assistenza sanitaria integrativa o la previdenza complementare, e nel medesimo paragrafo sul welfare aziendale la previsione di un buono spesa da utilizzare in un esercizio commerciale definito tra azienda e RSU.

Nel loro complesso, si tratta di alcune intese negoziali sul welfare che registrano tratti peculiari, per il coinvolgimento delle organizzazioni di rappresentanza nel governo del welfare contrattuale incentivato di produttività, e al contempo tratti diversificati, siano essi integrativi del premio, sostitutivi di questo, oppure ancora estesi soggettivamente al perimetro territoriale extra aziendale, o ancora da definirsi in vigenza dell'accordo integrativo. Per converso, è da tenere in considerazione il dato quantitativo più rilevante (*supra*), che indica l'incremento cospicuo di accordi depositati telematicamente, frutto probabile di quelle "intese fotocopia" che, come avvertito, riprendono in maniera pedissequa i modelli allegati agli accordi quadro territoriali siglati sulla base degli accordi interconfederali, tra i quali quello sottoscritto tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL a livello nazionale il 14 luglio 2016⁸⁵.

Infatti, si tratta in quest'ultimo caso di un accordo nazionale che se, da un lato, ha aperto la possibilità di accedere alla detassazione anche a quelle realtà produttive medio-piccole in cui è assente la rappresentanza sindacale,

⁸³ Accompagnamento dei familiari dei lavoratori per visite mediche, ricevimento di libri dalle biblioteche sul posto di lavoro, parafarmaci a domicilio, ecc.

⁸⁴ Progetto Globalizzazione e Digitalizzazione delle Relazioni Giuridiche in Azienda (REGIA), Polo scientifico e didattico Studi sull'impresa – Vicenza, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Verona in www.progettoregia.it.

⁸⁵ Analoghi accordi sono stati sottoscritti nello stesso periodo, GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 898.

dall'altra ha favorito uno sviluppo del welfare contrattuale incentivato di produttività più orientato alle logiche del “marketing associativo”, sulla scia di una mutazione “genetica” dell’associazionismo imprenditoriale verso una funzione di servizio⁸⁶, in parallelo con quanto avviene per le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori⁸⁷. Questa tendenza avviene a svantaggio di uno scambio per la promozione di autentiche dinamiche di valorizzazione della misura di detassazione per perseguire la produttività del lavoro: se non di vero e proprio “scambio genuino, dinamico e partecipativo tra welfare, flessibilità salariale e flessibilità organizzativa e gestionale”⁸⁸, perlomeno si dovrebbe essere in presenza di uno scambio corretto e auspicabilmente virtuoso tra premio e *benefit* detassato.

6. Conclusione: quale scambio? Opportunità e rischi

Alla luce delle evidenze empiriche analizzate, il tema dello scambio del premio in *benefit* oggetto di conversione, graduato secondo quanto stabilito in sede di negoziazione collettiva, è alla base del welfare aziendale che tocca alla radice il ruolo dell’agente contrattuale e delle modalità di negoziazione.

Infatti, se la contrattazione collettiva è classicamente intesa “in funzione della disciplina dei termini essenziali di scambio della forza-lavoro”⁸⁹, che ha i suoi perni e oggetti principali nel salario e nell’orario di lavoro, il welfare aziendale è solo uno delle ultime evoluzioni, in ragione delle modifiche intervenute sia nelle forme di lavoro, flessibili e variabili, sia nelle controprestazioni, dovute a forme di retribuzione incentivanti, nate nella prassi e sostenute legislativamente⁹⁰.

Nella contrattazione collettiva lo scambio premio-*benefit*, dove al diminuire del salario cresce il beneficio detassato, non è l’unico scambio possibile,

⁸⁶ PAPA, *L’attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, 2016, p. 64. A titolo di esempio, si pensi all’indagine dell’Ufficio Studi di Confindustria Vicenza sulle preferenze dei lavoratori nell’ambito del welfare aziendale e la crescita del servizio dell’associazione di rappresentanza datoriale Welfaremeet, che è una piattaforma per consentire alle imprese di gestire le scelte dei dipendenti nell’ambito del piano di welfare aziendale, così GANZ, *Vicenza, I lavoratori scelgono benzina e previdenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 luglio 2017.

⁸⁷ CARRIERI, FELTRIN, *op. cit.*, p. 84-85.

⁸⁸ TOMASSETTI, *op. cit.*

⁸⁹ MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, 1985, p. 231.

⁹⁰ TREU, *Le forme retributive incentivanti*, in *RIDL*, 2010, I, p. 637 ss.

poiché le aziende possono anche richiedere flessibilità oraria in cambio di modulazione dei tempi di lavoro per la conciliazione al lavoratore (scambio flessibilità-conciliazione), oppure pagare entrambe le parti i contributi per attivare il welfare (scambio contributi-contributi), caratteristica tipica degli enti bilaterali⁹¹.

Tuttavia, lo scambio premio-*benefit* è l'ultima delle evoluzioni e la più significativa in campo legislativo: come visto, l'opera di collegare la retribuzione incentivante al welfare, tramite il meccanismo della conversione, vorrebbe apportare utilità al lavoratore come persona al di fuori del luogo di lavoro e dell'orario di lavoro, divenendo, com'è stato prospettato, uno "scambio sociale". Muta, in tal modo, il concetto stesso di retribuzione che va oltre il corrispettivo, in una logica di arricchimento in senso sociale dello scambio⁹², ma ciò inasprisce ulteriormente le ambiguità di sistema, già prospettate in dottrina, circa la portata delle misure di sgravio fiscale rispetto alla retribuzione e ai parametri costituzionali della giusta retribuzione e della tutela previdenziale⁹³.

Infatti, occorre ricordare in proposito che misure quali la decontribuzione del salario di produttività, già promosse dalla metà degli anni novanta⁹⁴, così come le attuali misure di detassazione del premio di risultato esenti da contribuzione laddove convertite in welfare aziendale, anche tramite il meccanismo del voucher come suo meccanismo di corresponsione⁹⁵, o di decontribuzione in caso di coinvolgimento dei lavoratori, possono recare un problema di compatibilità con le norme costituzionali, sia con riferimento all'art. 36 Cost. sia con l'art. 38 Cost.: come si è avuto modo di osservare, la

⁹¹ ORLANDINI M., *Lo scambio sociale come accoppiamento tra contrattazione di secondo livello e welfare aziendale: il caso bolognese*, in RIZZA, BONVICINI (a cura di), *Attori e territori del welfare*, Franco Angeli, 2014, p. 142 ss.

⁹² TREU, *Il welfare aziendale: problemi, opportunità, strumenti*, in TREU (a cura di), *op. cit.*, p. 45 ss.

⁹³ ZOPPOLI L., *Una nuova Costituzione per il sistema sindacale italiano? Riflessioni introduttive*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 27-28. Dal punto di vista fiscale, nella Circolare n. 28 del 15 giugno 2016 dell'Agenzia delle Entrate, p. 32, si precisa che le novità non sono volte "ad alterare le regole di tassazione dei redditi di lavoro dipendente e il connesso principio di capacità contributiva che comunque attrae nella base imponibile anche le retribuzioni erogate in natura".

⁹⁴ Le varie normative che si sono succedute nel corso degli anni sono riportate da ultimo in CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2016, p. 238.

⁹⁵ Rilievo critico posto da MAINARDI, *op. cit.*, p. 259.

“sterilizzazione ai fini della contribuzione previdenziale” va a comprimere il livello complessivo ed individuale dei trattamenti pensionistici, andando così a divaricare e non a raccordare le garanzie costituzionali⁹⁶.

Il dubbio, infatti, emerge nel momento in cui, anche in carenza di un’effettiva monitorabilità delle pratiche in atto da parte degli attori che operano per la negoziazione collettiva del welfare⁹⁷, soprattutto nelle realtà di piccole dimensioni, a tale arricchimento sul piano sociale, tramite la conversione, non rischi di corrispondere, nei fatti, un impoverimento economico del salario, a meno che non vi siano (adeguate) soglie di convertibilità adottate in sede di negoziazione, come visto nelle grandi realtà produttive.

Si potrebbe pensare che la saldatura avvenga con il successivo tassello di misure previste, ossia il “coinvolgimento in maniera paritetica dei lavoratori nell’organizzazione”⁹⁸, ora decontribuito (art. 55 d.l. 50/2017, convertito in l. 96/2017), se non fosse che impostato così reca una confusione di prospettiva tra coinvolgimento dei lavoratori e loro fidelizzazione⁹⁹, perché se il primo è improntato ad una logica *bottom up*, promossa quindi dal basso, la seconda è più propriamente *top down*, ossia calata dall’alto. Tale espressione è stata comunque fatta propria dalle parti sociali nell’AI di luglio 2016 nel quale hanno previsto tale coinvolgimento¹⁰⁰, e si sono limitate a prevedere

⁹⁶ CINELLI, *Nuove forme di retribuzione. Attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, in RIDL, 1997, I, p. 112. Si pensi agli effetti, nel lungo periodo, sulla contribuzione mancata in caso di conversione del premio in welfare, dove non è previsto il versamento previdenziale, ma al contempo, a fronte di un minor reddito dichiarato, si hanno, nell’immediato, effetti sull’Isee: è il caso della disdetta unilaterale da parte della Confindustria Vicenza dell’accordo integrativo provinciale sulla concia del luglio 2012 che porta al meccanismo del welfare in sostituzione del premio, così GANZ, *Concia, a Vicenza premio aziendale in buoni pasto*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 giugno 2017; SANTONIV., *Il settore conciario vicentino investe sul welfare aziendale*, in *Percorsi di Secondo Welfare*, in www.secondowelfare.it, 28 giugno 2017. Si avverte la medesima preoccupazione, da parte sindacale, per la mancanza di contributi figurativi laddove si promuove il welfare contrattuale nel settore metalmeccanico, in particolare in alcune grandi realtà produttive come Ansaldo, Piaggio, Cdi Gruppo Bracco, Vodafone auto motive, St Microelectronics, Lamborghini, Ima, gruppo Agrati, Engie (ex Gdf Suez), Italdesign, Leonardo, cfr. QUERZÉ, *Welfare metalmeccanico: 130 milioni in busta*, in *Il Corriere della Sera*, 20 luglio 2017.

⁹⁷ Una logica di collaborazione non più oppositiva ma volta a facilitare processi di innovazione è nella lettura di CARRIERI, FELTRIN, *op. cit.*, p. 84 ss.

⁹⁸ Sposa questa impostazione LEONARDI M., *Le nuove norme sui premi di produttività e il welfare aziendale*, cit., p. 377.

⁹⁹ GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 908. Una valutazione positiva a di tale meccanismo viene data da TREU, *Recensioni*, cit., p. 395.

¹⁰⁰ Si legge che “ai fini di incentivare gli schemi organizzativi della produzione e del la-

l'individuazione di comitati composti da rappresentanti sindacali e imprenditoriali che si occuperanno della valutazione di conformità all'accordo quadro territoriale delle comunicazioni inviate da parte delle imprese ai lavoratori beneficiari (p. 9), oltre alla redazione di un rapporto su dati aggregati, entrambi comunque *ex post* (p. 11)¹⁰¹.

Non basta ovviamente la presenza di tali strutture e di questo tipo di attività, perché il reale impulso all'azione è nella presenza e soprattutto nell'azione *ex ante*, come visto nelle grandi realtà aziendali dove si negozia contrattualmente il welfare e si presidia con organismi individuati appositamente, volti se non a ottenere "effettivi poteri di controllo"¹⁰², almeno a tenere una presenza attiva e tesa ad avere un ruolo incisivo nello scambio, in ragione del ruolo essenziale svolto dalle rappresentanze sindacali¹⁰³. In tal modo, forse solo così, dal rischio di uno scambio al ribasso, insito nel welfare aziendale per come si sviluppa in maniera inevitabilmente disomogenea e potenzialmente disintermediante, si arriverebbe all'opportunità di uno scambio al rialzo, che quindi non si riduca alla "sola" dinamica di effetto sul costo del lavoro nell'immediato, ma vada "oltre", magari guardando ai bisogni del territorio e della sua comunità, dove operano aziende e lavoratori¹⁰⁴.

D'altra parte, l'attuale sostegno legislativo alla contrattazione collettiva del welfare incentivata può essere letta come un'evoluzione *sui generis* di quel sostegno al sistema sindacale di fatto proprio dello Statuto dei lavoratori del 1970¹⁰⁵. Tuttavia, se permane, ora come allora, la "produzione giuridica extrastatuale", caratteristica della contrattazione collettiva, il sostegno, secondo

voro, orientati ad accrescere la motivazione del personale, le parti firmatarie del presente accordo potranno attivare iniziative sul territorio volte ad accrescere la cultura del coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro [...]".

¹⁰¹ Finora, a quanto consta, sono pubblicati i *Report di sintesi sui contratti collettivi di lavoro di secondo livello depositati*, consultabili sul sito del Ministero, che però si limitano a segnalare solamente il dato numerico, ad esclusione dell'indagine nazionale condotta da INAPP, ved. nota 4.

¹⁰² Già REGINI, *I dilemmi del sindacato*, Il Mulino, 1981, p. 208, per cui vi dovrebbe essere una "grande capacità di innovazione, di sperimentazione di soluzioni, di revisione delle proprie concezioni ideologiche da parte del sindacato"; e così, più recentemente, GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, cit., p. 916 ss.

¹⁰³ Sottolinea il ruolo di contropotere del sindacato in azienda GARGIULO, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁴ La Dichiarazione di intenti *Creazione di una rete di servizi per le lavoratrici ed i lavoratori di Sesto San Giovanni*, 8 giugno 2017, cit.

¹⁰⁵ Al tempo, chiedendo al sindacato un apporto riflessivo e "neostituzionale" nella regolazione del lavoro subordinato dipendente, ved. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 62.

una lettura, al tempo era dovuto al condizionamento della “politica contrattuale del sindacato” verso la “politica economica generale del governo”¹⁰⁶; mentre ora siamo di fronte ad un processo inverso, dal condizionamento statale, tramite gli incentivi di natura fiscale e/o contributiva, verso l’autonomia collettiva negoziale, all’interno del quale l’apparente scambio virtuoso tra aumento del benessere e crescita della produttività è nei fatti condizionato dall’incentivo, che diviene presupposto e, si pensi a situazioni di difficoltà economica delle imprese, il welfare aziendale funge altresì da utile elemento di scambio “per l’accettazione della moderazione salariale richiesta da parte datoriale”¹⁰⁷.

In altri termini, si può dire che l’incognita all’orizzonte è il riproporsi di uno “scambio politico masochistico”¹⁰⁸, a fronte di uno Stato che ora interviene indirettamente con la leva fiscale-contributiva a “sostegno” della contrattazione nel medio-breve periodo, e accordi collettivi che però rischiano, nei fatti, se non controllati nel loro governo e nel loro evolversi, di comportare una riduzione del benessere dei lavoratori e delle famiglie nel lungo periodo.

¹⁰⁶ MENGONI, *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. soc.*, 1971, p. I ss. (ora in MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, in particolare p. 191).

¹⁰⁷ GARGIULO, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁸ Espressione usata da TARANTELLI, *Tra scambio politico e “scambio masochista”: una proposta per il sindacato*, ora in ID, *La forza delle idee*, Laterza, 1995, p. 39 ss. Concetto ripreso in più occasioni, con riferimento da ultimo all’Accordo sulla produttività del novembre 2012, da TRONTI, *Dopo l’ennesimo accordo inutile. Un nuovo scambio politico. Scritti di economia e politica*, in *DLRI*, 2013, p. 303 ss.

Abstract

Il contributo analizza le attuali tendenze della contrattazione sul welfare, alla luce delle recenti promozioni da parte del legislatore, evidenziandone criticità e opportunità. Trattandosi di una serie di misure di incentivo pubblico, volte a promuovere il welfare aziendale tramite la contrattazione collettiva, si analizzano attraverso un'analisi empirica, le ragioni, l'oggetto e ai soggetti del welfare aziendale, cercando di individuare lo scambio che emerge dalla sua promozione.

The contribution analyzes current trends in company welfare, in light of recent proposals of the Italian legislator, highlighting its shortcomings and opportunities. Given that they consist of a series of public incentive measures aimed at promoting company welfare through collective bargaining, the article empirically analyses reasons, object and subjects of company welfare, trying to identify the exchange that emerges from its promotion.

Key words

Contrattazione collettiva, welfare aziendale, rappresentanza sindacale.

Collective bargaining, company welfare, trade union representation.

Giovanni Calvellini

Insufficienze e potenzialità della Carta sociale europea in tempo di crisi

Sommario: **1.** Diritti sociali e recenti tendenze: alla ricerca di una tutela internazionale (nella Cse). **2.** L'indifferenza verso la Cse e le decisioni del Ceds. Critica. **3.** Diritti sociali e crisi economica: il punto di vista del Ceds. **4.** Il salario minimo nella Cse e nella "giurisprudenza" del Ceds. **5.** Conclusioni.

1. *Diritti sociali e recenti tendenze: alla ricerca di una tutela internazionale (nella Cse)*

La devastante crisi economica ancora oggi in corso ha determinato la rottura degli schemi tipici di tutela dei diritti sociali in Europa. La tradizionale protezione offerta dagli ordinamenti nazionali, fondata su *standards* ben più elevati di quelli propri delle norme delle convenzioni internazionali, ha subito un netto arretramento in conseguenza dell'utilizzo dei diritti sociali come leva di intervento sulla contingenza economica. Si faccia attenzione però: con questo non si intende dire che le riforme regressive nella tutela della dimensione sociale siano state misure indispensabili per favorire la ripresa e quindi una conseguenza ineluttabile della crisi. Quest'ultima ha piuttosto fornito l'occasione per dare attuazione a quegli interventi (su pensioni, spesa pubblica in generale, contrattazione collettiva, contratti di lavoro, licenziamenti, orario di lavoro, retribuzioni) da tempo pretesi da quel pensiero neoliberista che oramai sembra aver preso il sopravvento nella "stanza dei bottoni". I dogmi della sostenibilità finanziaria del *welfare* e della competitività del sistema-paese sono divenuti i principi ispiratori delle riforme anti-crisi, mentre è stata rinviata *sine die* l'adozione di politiche di contrasto alle disuguaglianze

sociali¹ (senz'altro acuitesi dal 2007 ad oggi). L'esito è che l'intero peso della crisi ha finito per essere scaricato sulle fasce più deboli della popolazione, quelle cioè più esposte agli effetti dell'arretramento dello Stato sociale e della protezione del contraente debole nel (per natura asimmetrico) rapporto di lavoro.

In questo contesto, l'abbassamento del livello di tutela "interna" ha generato la tendenza a riprendere in mano le fonti "esterne" – a lungo dimenticate in Europa in virtù del summenzionato maggior valore protettivo del diritto nazionale – per verificare se tale regressione si fosse spinta fino al punto di dar luogo a una violazione del parametro internazionale. Infatti, se fino a non molti anni fa il grado di garanzia riconosciuto dalle convenzioni costituiva una sorta di minimo comune denominatore (o forse anche qualcosa di meno) tra le tutele approntate nei Paesi dell'Europa occidentale, oggi, dopo le riforme della crisi, i sistemi di *welfare* e le legislazioni lavoristiche di molti di quegli Stati hanno sofferto una tale involuzione che si è posto, in non pochi casi, un problema di conformità ai vincoli internazionali. Sono poche le misure anti-crisi, in Italia come altrove, sulle quali non siano state sollevate perplessità in ordine alla compatibilità con gli impegni assunti sul piano internazionale. Le materie interessate da questo fenomeno sono state le più varie: dalla libertà sindacale alla salute, dalla sicurezza sociale ai licenziamenti.

Nel diritto del lavoro questa rivalutazione dei vincoli "esterni" è avvenuta e avviene con le norme dell'Organizzazione internazionale del lavoro e con quelle del Consiglio d'Europa. Con specifico riguardo a questo secondo ordinamento regionale, anche se non sono rari i casi in cui si è fatto ricorso – talvolta anche con esiti positivi – alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) con finalità di tutela dei diritti sociali², la fonte che maggiormente si presta a un controllo di conformità internazionale delle

¹ Cfr. FONTANA, *Le politiche di austerità e i diritti sociali fondamentali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.INT, 2017, n. 140, p. 12 ss.

² Si vedano al riguardo LÖRCHER, *The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The Demir and Baykara Judgment, its Methodology and Follow-up*, in DORSSEMENT, LÖRCHER, SCHÖMANN (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, 2013, p. 3 ss., MARTÍNEZ MIRANDA, *Jurisprudencia social del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *Lex social*, 2016, n. 1, p. 353 ss. e GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 9 ss.

previsioni statali concernenti i diritti in parola è senza dubbio la Carta sociale europea³ (Cse).

È noto che la Cedu – pur predisponendo un efficace meccanismo di tutela giurisdizionale fondato sull’attività della Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte Edu) – non contiene il riconoscimento di tutti i diritti fondamentali, limitandosi perlopiù all’enunciazione dei soli diritti civili e politici. Come testimonia il suo Preambolo, però, con la sigla di questo documento si sarebbero solamente dovute adottare “le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale [dell’Onu del 1948]”⁴.

A completamento del catalogo di diritti contenuto nella Cedu viene pertanto sottoscritta nel 1961 la Cse, per mezzo della quale anche i diritti sociali trovano riconoscimento nel Consiglio d’Europa⁵. Questo nuovo documento, però, mostra da subito limiti consistenti, derivanti tanto dalla formulazione (meno specifica rispetto alla Cedu) delle sue disposizioni, quanto dalla mancata previsione di un efficace sistema di tutela dei diritti ivi contemplati. Diversamente da quanto è stato sostenuto⁶, queste “distinte velo-

³ Ad esempio, con riguardo al contesto italiano, in molti hanno cercato di mettere a confronto con l’art. 24 Cse la nostra disciplina in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo come modificata dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 e dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Il primo a rivalutare in questa chiave la citata disposizione internazionale è stato ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *DLRI*, 2012, p. 623 ss. Dopo, tra gli altri, anche BUFEA, *Due importanti decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *www.questionegiustizia.it*, 22 marzo 2017; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 140 ss. e GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2015, n. 246, p. 22.

⁴ D’altronde l’art. 1A dello Statuto del Consiglio d’Europa individua come obiettivo dell’organizzazione l’attuazione di “un’unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale”.

⁵ L’inserimento in due distinti documenti dei diritti sociali e dei diritti civili e politici verrà peraltro replicato pochi anni più tardi con i due Patti dell’Onu del 1966. Lo constatano anche PANZERA, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, 2015, p. 255; BRILLAT, *The European Social Charter and the system of protection of social rights in European sources*, in D’AMICO, GUIGLIA, LIBERALI (a cura di), *La Carta Sociale Europea e la tutela dei diritti sociali. Atti del convegno del 18 gennaio 2013. Università degli Studi di Milano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 19 e PORCHIA, voce “Carta sociale europea”, in *DDP*, Utet, 2005, p. 123.

⁶ Cfr. D’AMICO, *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, in D’AMICO, GUIGLIA, LIBERALI (a cura di), *op. cit.*, p. 13.

cità⁷ della Cse e della Cedu non risultano imposte dalla diversa natura delle classi di diritti che i due documenti mirano a tutelare⁸. Essa è piuttosto il risultato della scelta politica di non porre su di uno stesso piano diritti sociali, da una parte, e diritti civili e politici, dall'altra⁹; è insomma la conseguenza della storica ritrosia degli Stati a vincolarsi a norme supralegali immediatamente precettive concernenti i diritti sociali.

Quanto detto è testimoniato, peraltro, dal fatto che gli Stati contraenti non sono vincolati all'osservanza della Cse nella sua interezza, essendo loro concesso di impegnarsi al rispetto di solo alcune delle disposizioni che costituiscono l'*hard core* del documento¹⁰. Ne risulta una struttura "à la carte"¹¹ che impoverisce il valore giuridico dei diritti enunciati dalla Cse fino a

⁷ PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta online*, 2015, p. 497.

⁸ Al contrario, oramai è pacifico il riconoscimento del principio dell'indivisibilità dei diritti fondamentali (sul punto si vedano PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, cit., p. 492 ss., JIMENA QUESADA, *Adoption and Rejection of Austerity Measures: Current Controversies under European Law (Focus on the Role of the European Committee of Social Rights)*, in *Rev. catalana de dret public*, 2014, n. 49, p. 55 ss. e AKANDJI-KOMBÉ, *The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights*, in DE BÚRCA, DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 90 ss.). La Corte Edu ha infatti affermato che "non esistono barriere impermeabili che separano i diritti sociali ed economici dall'ambito coperto dalla Convenzione" (*Arey c. Irlanda*, sent. 9.10.1979, § 26). Lo stesso Preambolo della Cse riveduta ricorda che "la Conferenza ministeriale dei diritti dell'uomo svoltasi a Roma il 5 novembre del 1990 ha sottolineato la necessità [...] di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo, a prescindere se civili, politici, economici, sociali o culturali [...]". Pure la Dichiarazione adottata il 25 giugno 1993 all'esito della Conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani contiene l'affermazione secondo cui tutti i diritti umani sono "universali", "indivisibili" e "interdipendenti" (Parte I, §5).

⁹ In questo senso anche GUAZZAROTTI, *op. cit.*, 13 s.

¹⁰ Cfr. l'art. 20 della Cse del 1961 e l'art. A, Parte III della Cse riveduta.

¹¹ L'espressione è ricorrente: la utilizzano, tra gli altri, CLAUWAERT, *The Charter's Supervisory Procedures*, in BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT (eds.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Hart Publishing, 2017, p. 133 ss., DE SCHUTTER, *The European Social Charter as the Social Constitution of Europe*, in BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT (eds.), *op. cit.*, p. 44 (nonché ID., *The European Social Charter*, in KRAUSE, SCHEININ (eds.), *International Protection of Human Rights*, Abo Akademi University, 2009, p. 463), GUAZZAROTTI, *op. cit.*, p. 15 e PORCHIA, *op. cit.*, p. 124. OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in LD, 2008, p. 520, parla di "mancato universalismo dei contenuti", mentre GARCÍA BLASCO, ÁLVAREZ GIMENO, *Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité europeo de derechos sociales*, in MONEREO ATIENZA, MONEREO PÉREZ (a cura di), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Editorial Comares, 2017, p. 976 di "Cse fatta a misura di ogni Paese".

metterne in discussione la riconducibilità nell'alveo dei diritti fondamentali.

L'auspicato processo di riforma del sistema della tutela dei diritti sociali nel Consiglio d'Europa prende avvio sul finire degli anni '80 e si concretizza con l'affiancamento alla Cse di tre Protocolli (quelli del 1988, del 1991 e del 1995) e con la revisione della stessa Carta nel 1996, così ampliando il catalogo dei diritti enunciati e rafforzandone l'effettività.

Occorre, tuttavia, segnalare che, per quanto decisamente opportuno, tale processo di riforma ha ulteriormente complicato il quadro dei vincoli per gli Stati contraenti: alcuni di essi non hanno sottoscritto i Protocolli o la Cse riveduta¹², e, in ogni caso, è consentito loro di scegliere – come detto – a quali disposizioni della stessa vincolarsi. Il sistema degli obblighi per gli Stati è quindi estremamente diversificato (*rectius*, informe). E appare evidente che la ragione di questo regime “individualizzato” va ancora una volta ricercata in considerazioni di carattere politico, e cioè nella citata diffidenza degli Stati nei riguardi delle disposizioni internazionali aventi ad oggetto diritti sociali.

2. *L'indifferenza verso la Cse e le decisioni del Ceds. Critica*

I limiti della Cse del 1961 rilevati sopra hanno indotto in passato a definirli come nient'altro che “una grossa nota a piè di pagina” della Cedu¹³, circostanza questa che spiega il letargo in cui ha vissuto la prima – diversamente dalla seconda – per quasi quarant'anni. Tuttavia, la Cse, anche dopo la revisione e l'affiancamento dei Protocolli, non può che essere considerata ancora la “sorella povera” del più conosciuto documento del Consiglio d'Europa concernente i diritti civili e politici¹⁴.

¹² Ad oggi, solo 34 dei 47 Paesi aderenti al Consiglio d'Europa hanno ratificato la Cse riveduta. Lo stato aggiornato delle firme e delle ratifiche dei vari trattati dell'organizzazione può essere verificato all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

¹³ KAHN-FREUND, *The European Social Charter*, in JACOBS (ed.), *European Law and the Individual*, North Holland, 1976, p. 182.

¹⁴ Così PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, cit., p. 497, che richiama ALSTON, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System*, in DE BÚRCA, DE WITTE (eds.), *op. cit.*, p. 47, il quale individua nella differente considerazione – in seno al Consiglio d'Europa e non solo – dei diritti protetti dai due documenti la ragione di fondo della diversa efficacia prescrittiva degli stessi nei confronti degli Stati contraenti. Si tratta senz'altro di un'affermazione condivisibile che mette in luce come la differenza di trattamento

Il motivo principale di ciò risiede – secondo chi scrive – nella decisione (si ripete: meramente politica) di predisporre un meccanismo di monitoraggio dell’osservanza delle disposizioni della Cse da parte degli Stati che è fragile e chiaramente insufficiente¹⁵. Esso, com’è noto, si fonda sull’attività del Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds) e su di un duplice sistema di controllo: quello basato sui rapporti nazionali e quello azionato dai reclami collettivi¹⁶. Non vi è alcun dubbio che l’introduzione con il Protocollo del 1995 di questo secondo strumento di controllo abbia rivitalizzato il ruolo del Ceds, consentendo alle parti sociali e alle organizzazioni non governative (ma non ai singoli individui) di rivolgersi direttamente ad esso¹⁷. Una valutazione complessiva dell’attività di questo organo non può però trascurare il fatto che, ad oggi, pochi Stati contraenti hanno ratificato il Protocollo¹⁸ e, quindi, che per la maggior parte di essi il sistema di controllo continua a poggiare solamente sul meccanismo dei rapporti periodici. Va aggiunto poi che il Ceds non ha vere e proprie funzioni giurisdizionali¹⁹ e che il rifiuto

cui si assiste nel Consiglio d’Europa tra diritti sociali, da una parte, e diritti civili e politici, dall’altra, è imputabile solamente ad una consapevole scelta politica degli Stati contraenti. Sull’inesistenza di diversità strutturali tra le due classi di diritti fondamentali si veda LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro tra realtà e retorica*, Cacucci, 2012, p. 17 ss., secondo cui “questa categorizzazione, che differenzia tra effettività e struttura dei diritti di prima e seconda generazione, incarna in sé e trasferisce sul piano della giuridicità la contrapposizione, tutta politica, esistente tra Stato Liberale e Stato Sociale”.

¹⁵ GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo stato nazionale*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 4, p. 14, afferma che, “pur contenendo al suo interno una disciplina dei diritti sociali in grado di concorrere, per forza e capacità espansiva, con le più robuste costruzioni costituzionali nazionali”, la Cse predispose dei mezzi di tutela che “risultano ancora assai spuntati”.

¹⁶ Per un approfondimento sui due sistemi si rimanda a BIRK, *The Collective Complaint: a New Procedure in the European Social Charter*, in ENGELS, WEISS (eds.), *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, Kluwer Law International, 1998, p. 261 ss., LIBERALI, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: il sistema dei rapporti nazionali*, in D’AMICO, GUIGLIA, LIBERALI (a cura di), *op. cit.*, p. 109 ss., PRIORE, *Il sistema di controllo della Carta sociale europea: la procedura dei reclami collettivi*, in D’AMICO, GUIGLIA, LIBERALI (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss. e CLAUWAERT, *op. cit.*, p. 108 ss.

¹⁷ Secondo DE SCHUTTER, *The European Social Charter*, cit., p. 480, saranno proprio lo sviluppo del meccanismo dei reclami collettivi e la progressiva “giurisdizionalizzazione” dell’attività di monitoraggio del Ceds ad accrescere, nei prossimi anni, l’importanza della Cse.

¹⁸ Sono solo quindici ad averlo fatto: Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Norvegia, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia, Svezia.

¹⁹ Per primo BRILLAT, *The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact*, in DE BÚRCA, DE WITTE (eds.), *op. cit.*, p. 34 ss. ha parlato di “quasi-judicial body” con riguardo al Ceds, considerato sia in sede di esame dei rapporti periodici, che

degli Stati inadempienti di dar seguito alle sue statuizioni (*rectius*, alle raccomandazioni e risoluzioni del Comitato dei Ministri) è privo di implicazioni sanzionatorie.

Il fatto che gli Stati possano “impunemente” contravvenire alle decisioni del Ceds – che però restano vincolanti²⁰ – pone un serio problema di effettività dei diritti contenuti nella Cse. La questione, in verità, si inserisce all’interno del più ampio discorso che concerne il valore giuridico dei trattati (ratificati) sui diritti fondamentali all’interno degli ordinamenti nazionali; discorso per il quale non è possibile formulare una conclusione valida in assoluto, ma che assume differenti sfaccettature in ciascuno Stato.

Quello che può dirsi in generale – cercando di semplificare un ragionamento che invece meriterebbe una trattazione ben più approfondita – è che, quando l’ordinamento costituzionale riconosce ai trattati internazionali valore supralegale, sul giudice interno grava un obbligo di interpretazione conforme (alla norma pattizia) della disposizione nazionale e che, quando l’antinomia è irrisolvibile per via ermeneutica, la soluzione passa per un rinvio pregiudiziale al giudice costituzionale della previsione domestica o per

nell’ambito delle procedure introdotte con reclamo collettivo (concordano, tra gli altri, LIBERALI, *op. cit.*, p. 110, e PANZERA, *La «voce del Comitato»*, cit., p. 258). Più perplesso ALSTON, *op. cit.*, 58 ss., specie con riferimento al primo tipo di attività di monitoraggio.

²⁰ Come condivisibilmente afferma PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, cit., p. 498, il rispetto delle decisioni del Ceds “non è da considerarsi meno obbligatorio di quanto non sia l’osservanza delle pronunce della Corte di Strasburgo: sul piano internazionale, infatti, tra Cedu e Cse non v’è alcuna differenza in termini di vincolatività” (della stessa opinione sono CARDONA RUBERT, *La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta social europea*, in *RDSoc*, 2015, n. 69, p. 106, JIMENA QUESADA, *La protección internacional de los derechos sociales y laborales*, in *RDSoc*, 2014, n. 65, p. 14 e SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta social europea*, in ALFONSO MELLADO, JIMENA QUESADA, SALCEDO BELTRÁN, *La jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, 2014, p. 101. *Contra*, MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017, p. 18, SCIARRA, *Pluralismo sindacale multilivello nella crisi. Gli orizzonti della Carta sociale europea*, in *Studi sull’integrazione eu.*, 2014, n. 2, p. 240 e PRIORE, *op. cit.*, 101). Se per gli Stati non sussistesse un obbligo di dar seguito alle pronunce del Ceds non si spiegherebbe la norma dell’art. 10 del Protocollo del 1995 (“Lo Stato contraente interessato deve fornire informazioni sulle misure adottate al fine di dare attuazione alla raccomandazione del Comitato dei Ministri [emanata a seguito di una decisione del Ceds di non conformità] nel rapporto successivo che esso è tenuto a presentare al Segretario generale ai sensi dell’art. 21”). Il problema si pone, semmai, sul piano dell’efficacia, in quanto – contrariamente a quanto accade per le sentenze della Corte Edu – non esistono meccanismi (diversi dalla pressione politica) per costringere gli Stati a dar seguito alle (pur vincolanti) statuizioni del Ceds.

la sua disapplicazione (a seconda che il sistema di controllo di convenzionalità sia accentrato o diffuso).

In questo quadro, le decisioni degli organi internazionali cui il trattato attribuisce funzioni di monitoraggio sull'applicazione da parte degli Stati contraenti delle sue previsioni indicano la corretta interpretazione di quest'ultime. Ciò significa che nell'ordinamento interno si deve fare applicazione della disposizione convenzionale così come interpretata (e specificata) dall'organo internazionale a ciò deputato. In questo senso la "giurisprudenza" di quest'ultimo acquista valore per l'ordinamento interno.

Pertanto, tornando alla Cse, anche se non vi è modo di coartare lo Stato a modificare la propria legislazione in conformità alle statuizioni del Ceds, il giudice interno, nel caso concreto, non può far altro che dare applicazione alle disposizioni del trattato nel significato che tale organo del Consiglio d'Europa gli ha attribuito²¹, giungendo, se del caso, ad attivare (sistema accentrato) o a realizzare egli stesso (sistema diffuso) un sindacato di convenzionalità sulla legge nazionale eventualmente in contrasto²².

Premessa necessaria di quanto detto è che al trattato sia riconosciuto nell'ordinamento interno valore supralegale. E purtroppo nel nostro Paese, su questo punto, vi sono ancora (sorprendentemente) delle incertezze, perché la Corte costituzionale ha finora mantenuto un atteggiamento d'indifferenza nei riguardi della Cse (e, conseguentemente, della "giurisprudenza" del Ceds)²³. Segnatamente, occorre constatare che il più rilevante dei (pochi) riferimenti che la Consulta ha fatto nella sua giurisprudenza a questo documento internazionale è quello contenuto nella sentenza del 2000 con la quale fu dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo sull'art. 18 St.lav.²⁴; riferi-

²¹ Secondo GORI, *Domestic Enforcement of the European Social Charter: The Way Forward*, in DE BÚRCA, DE WITTE (eds.), *op. cit.*, p. 82 ss. – con il quale si concorda –, l'opera del Ceds di progressiva chiarificazione delle previsioni della Cse ha permesso (e continuerà a permettere) di estrarre diritti individuali da detto documento internazionale. Anche OLIVERI, *op. cit.*, p. 535 s. rimarca l'importanza del lavoro del Ceds nel "circoscrivere la portata dei singoli diritti e, per converso, nello stabilire la soglia al di sotto della quale si può parlare di violazione".

²² Così anche ALFONSO MELLADO, *La aplicación en el ámbito interno de la Carta social europea y de las decisiones del Comité europeo de derechos sociales*, in ALFONSO MELLADO, JIMENA QUESADA, SALCEDO BELTRÁN, *op. cit.*, p. 248 ss. e SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas*, cit., p. 237.

²³ Per una vigorosa critica all'atteggiamento tenuto in materia dal Giudice delle leggi si veda SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due carte internazionali: la Cse e la Ceal)*, in *Consulta online*, 2015, p. 508 ss.

²⁴ C. Cost. 7.2.2000, n. 46, in *De Jure*.

mento che, però, “è davvero troppo poco per dedurre qualcosa in più del mero ‘ausilio interpretativo’ ([...] *ad abundantiam*) della Cse”²⁵. Quello che stupisce è il diverso trattamento ad essa riservato rispetto all’altro trattato del Consiglio d’Europa in materia di diritti fondamentali. È risaputo infatti che, in relazione alla Cedu come interpretata dalla Corte Edu, il Giudice delle leggi ha elaborato un orientamento – inaugurato con le cc.dd. “sentenze gemelle” del 2007²⁶ – che la qualifica come “fonte interposta”, ovvero “come fonte integratrice del parametro di costituzionalità di cui all’art. 117 co. 1 Cost.”; con la conseguenza che il giudice interno è vincolato all’interpretazione delle disposizioni nazionali in senso conforme alle previsioni della Cedu (nel significato attribuito loro dalla giurisprudenza “consolidata” della Corte Edu²⁷) e, in subordine, cioè qualora si presenti un’antinomia irrisolvibile per via ermeneutica, a sollevare una questione di legittimità costituzionale in relazione alla citata norma costituzionale²⁸.

Lo stesso trattamento non è stato sinora esteso anche alla Cse e alla “giurisprudenza” del Ceds, le quali sono state – come accennato – sostanzialmente ignorate dalla Consulta²⁹. È auspicabile che la ragione di questo stia nel loro mancato richiamo da parte dei giudici *a quibus* e quindi nella mancanza di un’occasione vera e propria per la Corte costituzionale per qualificare anche la Cse come “fonte interposta”³⁰. Il timore è però che il difetto

²⁵ PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, cit., p. 495.

²⁶ Si tratta di C.Cost. 24.10.2007, nn. 348 e 349, in *De Jure*, sulle quali si veda SALAZAR, SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2009.

²⁷ Cfr. C.Cost. 26.1.2015, n. 49, in *De Jure*, sulla quale si veda ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osserv. AIC*, 2015, n. 2, p. 1 ss.

²⁸ Tutto ciò, a meno che non si ritenga che la disposizione della Cedu come interpretata dalla Corte Edu contrasti con una norma costituzionale. Nel qual caso, trattandosi pur sempre di “fonte interposta” e quindi comunque subcostituzionale, essa (*rectius*, la legge che la ratifica e le dà esecuzione) è destinata alla declaratoria di incostituzionalità.

²⁹ La diversità di trattamento tra Cedu e Cse non è motivata in alcun modo nelle sentenze della Corte costituzionale e – secondo chi scrive – non può trovare una giustificazione nelle differenze strutturali e funzionali tra i due documenti. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, p. 496 ss., nonché ID., *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Riv. AIC*, 2017, n. 2, p. 30 ss., cerca di indagare sulle possibili ragioni di tale diversa considerazione, ma finisce per non trovarne di decisive e quindi per auspicare un ripensamento da parte del Giudice delle leggi.

³⁰ Recentemente, il Tribunale di Roma ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo (art. 1 co. 7 lett. c, l. 10

di una presa di posizione netta sul valore giuridico da riconoscere nel nostro ordinamento ai trattati internazionali sui diritti fondamentali (diversi dalla Cedu) e, in particolare, alla Cse sia il frutto di una scelta consapevole presa dalla Consulta col proposito di ritagliarsi “un margine di manovra teoricamente a vantaggio dell’astratto principio di sovranità nazionale”³¹.

Le cose vanno diversamente in altri Paesi d’Europa. In Spagna, ad esempio, se è vero che il *Tribunal Constitucional* ha fatto perlopiù un utilizzo *ad abundantiam* della Cse³², è doveroso rilevare che l’esistenza di un sistema di controllo di convenzionalità diffuso³³ ha consentito ad alcuni giudici ordinari

dicembre 2014, n. 183 e artt. 2, 4 e 10, d.lgs. n. 23/2015) per contrasto – tra l’altro – con l’art. 117 co. 1 Cost., sostenendo la violazione dell’art. 24 Cse (Trib. Roma 26.7.2017, ord., in *Gu – 1° Serie Speciale*, 17.1.2018, n. 3, sulla quale si legga SPECIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, II, p. 333 ss.). Per quanto qui interessa, nell’ordinanza di remissione, il Giudice *a quo* sostiene che “la Cse deve essere considerata, al pari della Cedu, quale ‘fonte interposta’”. Di fronte ad un’affermazione di questo tenore, sarà difficile per la Consulta non prendere posizione sul tema. Ancora più diretta è la richiesta del Consiglio di Stato, il quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1475 co. 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (secondo il quale “i militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali”) per contrasto con l’art. 117 co. 1 Cost., in relazione all’art. 5 Cse (Cons. St., sez. IV, 4.5.2017, n. 2043, ord., in *Gu – 1° Serie Speciale*, 6.9.2017, n. 36). Il Giudice amministrativo, nello specifico, ha chiesto esplicitamente alla Corte costituzionale di esprimersi in ordine alla possibilità di riconoscere alla Cse il valore di “fonte interposta”.

³¹ SPADARO, *Sull’aporia logica*, cit., p. 511. GUIGLIA, *Le prospettive dalla Carta sociale europea*, in *www.forumcostituzionale.it*, 11 novembre 2010, p. 13 ss. è invece convinto che, già sulla base della giurisprudenza costituzionale attualmente esistente, sia possibile offrire alla Cse la copertura dell’art. 117 co. 1 Cost.

³² Cfr. STCE 8.4.1981, n. 11, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 99 del 25.4.1981; STCE 28.1.1983, n. 4, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 41 del 17.2.1983; STCE 19.12.2007, n. 259, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 19 del 22.1.2008. Questa sottovalutazione della Cse, peraltro, non sembra coerente con quanto stabilito dall’art. 10 co. 2 Cost. spagnola, a mente del quale “Le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciuti dalla Costituzione si interpreteranno in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e ai trattati e accordi internazionali concernenti le stesse materie ratificati dalla Spagna”. L’art. 96 Cost. spagnola aggiunge poi, a conferma del valore supraleale delle norme pattizie, che “I trattati internazionali validamente stipulati, una volta pubblicati ufficialmente in Spagna, formeranno parte dell’ordinamento interno. Le loro disposizioni potranno essere derogate, modificate o sospese solo con le modalità previste nei trattati stessi o conformemente alle norme generali del diritto internazionale”.

³³ A tal proposito, stabilisce la l. 27 novembre 2014, n. 25 che “I trattati internazionali avranno applicazione diretta, a meno che dal loro testo si deduca che l’applicazione resta condizionata all’approvazione delle pertinenti leggi o disposizioni regolamentari” (art. 30 co. 1) e

di disapplicare le disposizioni interne valutate in contrasto con alcuni dei diritti sociali riconosciuti dal documento e, soprattutto, con la “giurisprudenza” del Ceds su di essi³⁴.

In particolare, quello che appare veramente molto significativo in queste sentenze – e che ha dato manforte a quella dottrina che sosteneva il peso in termini di efficacia (negli ordinamenti nazionali) delle pronunce del Ceds³⁵ – è che la disapplicazione della previsione nazionale è stata giustificata facendo riferimento a una decisione sul merito che riguardava la Grecia³⁶: poiché la norma spagnola e quella ellenica erano molto simili³⁷ e, con riguardo alla seconda, il Ceds si era pronunciato nel senso della violazione da parte dello Stato degli obblighi contenuti nella Cse³⁸, i giudici iberici hanno ritenuto che tale decisione costituisse un precedente che, andando a chiarire il

che “Le norme giuridiche contenute nei trattati internazionali validamente stipulati e pubblicati ufficialmente prevarranno, in caso di conflitto, su qualsiasi altra norma dell’ordinamento interno, salvo che sulle norme costituzionali” (art. 31).

³⁴ Per prima SJS n° 2 de Barcelona 19.11.2013, n. 412/2013, sulla quale si veda SALCEDO BELTRÁN, *Incumplimiento por España de los tratados internacionales: Carta social europea y periodo de prueba (A propósito de la SJS n° 2 Barcelona de 19 de noviembre de 2013)*, in *RDSoc*, 2013, n. 64, p. 119 ss. e FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La Carta sociale europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale*, in *RGL*, 2014, II, p. 543 ss. Dopo, tra le molte, anche SJS n° 1 de Tarragona 2.4.2014, n. 179/2014 e SJS n° 1 de Mataró 29.4.2014, n. 144/2014, prese in esame da SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas*, cit., p. 195 ss., nonché SJS n° 1 de Toledo 27.11.2014, n. 667/2014, commentata da SANTOS FERNÁNDEZ, *Applicazione della Carta sociale europea in Spagna: eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro*, in questa rivista, 2015, p. 219 ss.

³⁵ Cfr. SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas*, cit., p. 184 ss.

³⁶ GARCÍA BLASCO, ÁLVAREZ GIMENO, *op. cit.*, p. 982, invece, si dicono contrari all’utilizzo da parte del giudice interno delle determinazioni del Ceds relative ad altri Paesi.

³⁷ In Spagna, il *contrato indefinido de apoyo a los emprendedores* (introdotto, nel contesto della c.d. *reforma laboral*, con l’art. 4, l. 6 luglio 2012, n. 3) è un contratto a tempo indeterminato (stipulabile dalle sole imprese con meno di 50 dipendenti) che si differenzia da quello *standard* solamente per la previsione *ex lege* di un periodo di prova che “in ogni caso” è di un anno, con la conseguenza che, durante questo periodo, vige un regime di libera recedibilità, senza preavviso e senza indennizzazione del lavoratore. L’unica differenza con la normativa greca (introdotto con l’art. 17 co. 5, l. 17 dicembre 2010, n. 3899) risiede nel fatto che, mentre quest’ultima stabiliva che il periodo di prova di un anno dovesse riguardare tutti i lavoratori assunti a tempo indeterminato, la nuova disciplina della prova in Spagna riguarda solo gli assunti con *contrato de apoyo*.

³⁸ Ceds, decisione sul merito del 23 maggio 2012 (reclamo collettivo n. 65/2011), in *www.hudoc.esc.coe.int*, sulla quale si vedano MOLA, *Le “misure di austerità” adottate dalla Grecia davanti al Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2012, n. 2, 419 ss. ed EAD., *Carta sociale europea e riforme strutturali del mercato del lavoro in tempi di crisi economica*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2013, n. 1, 206 ss.

significato della disposizione internazionale rilevante nel caso concreto, era idoneo a produrre effetti anche nell'ordinamento spagnolo³⁹. Peraltro, poco dopo il caso greco, il Ceds ha confermato le analogie tra le due discipline nazionali, dichiarando non conforme al contenuto dell'art. 4§4 Cse la disposizione dell'ordinamento spagnolo che aveva introdotto il *contrato indefinido de apoyo a los emprendedores*⁴⁰.

Si può, in definitiva, affermare che l'efficacia della "giurisprudenza" del Ceds dipende – non tanto dalla natura di tale organo o dalle caratteristiche delle sue pronunce, quanto – dal valore giuridico che nei singoli ordinamenti è riconosciuto alle norme internazionali pattizie concernenti i diritti fondamentali e, quindi, in fondo, dalla collocazione di queste nella gerarchia delle fonti⁴¹.

In chiusura, tuttavia, si deve far presente che, a prescindere da tutte le

³⁹ La pronuncia del Ceds nei confronti della Grecia è arrivata all'esito di un procedimento per reclamo collettivo. La Spagna, però, non ha ratificato il Protocollo del 1995 e, quindi, tale sistema di controllo non le è applicabile. Tuttavia, questa circostanza non ha impedito ai giudici iberici di ritenere efficace nei confronti del proprio ordinamento la decisione sul merito rivolta alla Grecia, posto che anche essa contribuisce a definire il significato delle disposizioni della Cse che vincolano la Spagna. Insomma, se ne può dedurre che la mancata ratifica del Protocollo del 1995 preclude solo la possibilità di presentare un reclamo collettivo contro quel Paese, ma le decisioni di merito contribuiscono a formare la "giurisprudenza" del Ceds valida per tutti gli Stati che hanno ratificato la Cse.

⁴⁰ Ceds, conclusioni XX-3 del 2014, Spagna, in *www.hudoc.es.coe.it*, sulle quali si veda CAR-DONA RUBERT, *op. cit.*, p. 111 ss. È noto, invece, che il *Tribunal constitucional*, senza fare alcun riferimento alla Cse nel testo della sentenza, aveva fatto salva la norma che introduceva il *contrato de apoyo a los emprendedores* (cfr. STCE 16.7.2014, n. 119, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 198 del 15.8.2014, confermata dalla STCE 22.1.2015, n. 8, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 47 del 24.2.2015). Interessanti i *Votos particulares* di Fernando Valdés Dal-Re, nei quali sono richiamati sia la Cse, che la decisione di fondo del Ceds sul caso greco, che, infine, le citate conclusioni del 2014 sul *contrato de apoyo*. Per l'analisi delle due sentenze e dei relativi *Votos particulares* sotto il profilo che interessa in questa sede si rinvia a GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Los desencuentros entre el Tribunal constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)*, in *RDSoc*, 2015, n. 70, p. 149 ss. e SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas*, cit., p. 203 ss.

⁴¹ Condivide questa impostazione e anche YANNAKOUROU, *Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level. The Case of Greece*, in KILPATRICK, DE WITTE (eds.), *Social Rights in Time of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, in *Eui WP*, 2014, n. 5, p. 27 s., secondo cui la Cse, come interpretata dal Ceds, costituisce un trattato internazionale ratificato in Grecia, che è diventato parte integrante del diritto interno e che prevale sulle previsioni contrarie della legge ordinaria; ne dovrebbe discendere – stante l'esistenza nell'ordinamento ellenico di un sistema diffuso di controllo di convenzionalità – l'obbligo per i giudici interni di disapplicare la disposizione nazionale contrastante con la statuizione del Ceds.

osservazioni in diritto che si sono fatte sopra, gli Stati contraenti hanno – nella maggior parte dei casi⁴² – dato seguito alle pronunce del Ceds che li riguardavano. Nonostante l'assenza di strumenti giuridici di coazione in questo senso, infatti, valutazioni di ordine politico spingono i Paesi ad adeguare il loro ordinamento interno. Questa efficacia “di fatto” delle statuizioni del Ceds, vista come rassicurante da certa dottrina⁴³, non può però essere ritenuta soddisfacente appieno, perché, anche quando sussiste, è comunque circoscritta agli Stati a cui la pronuncia si rivolge direttamente; ovvero, manca, in ogni caso, un generale adeguamento alla “giurisprudenza” del Ceds. Circo- stanza questa che può essere anche causa di lesioni dei diritti sociali sanciti nella Cse se gli organi giurisdizionali interni non hanno i mezzi (o anche se non sono dotati della necessaria cultura giuridica⁴⁴) per fare ricorso all'utilizzo di questo documento come interpretato dall'organismo a ciò prepo- sto.

3. *Diritti sociali e crisi economica: il punto di vista del Ceds*

Si può ragionevolmente affermare che se per molti decenni della Cse si è sentito parlare poco è perché mai (o quasi) nei Paesi del Vecchio Continente si era avvertita l'esigenza di ricorrere a questo strumento. Lo Stato sociale nato dalle ceneri della guerra era stato capace di assicurare una costante progressione nella garanzia dei diritti sociali che, sul finire del XX secolo, aveva raggiunto – tanto nella legislazione, quanto nell'attività delle corti na-

⁴² Il caso spagnolo costituisce un'infelice eccezione. Infatti, nonostante le citate conclusioni del Ceds che hanno dichiarato la non conformità della disciplina del *contrato de apoyo a los emprendedores* con l'art. 4§4 Cse, la relativa normativa è ancora vigente. Quindi, appare fondamentale – anche in termini di efficacia deterrente – la richiamata giurisprudenza interna che procede alla disapplicazione dell'art. 4, l. n. 3/2012 all'esito del controllo di convenzionalità.

⁴³ Cfr. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 2, p. 3; PALMISANO, *Sui limiti di applicazione della Carta sociale europea in termini di persone protette*, in D'AMICO, GUIGLIA, LIBERALI (a cura di), *op. cit.*, p. 40; OLIVERI, *op. cit.*, p. 532. Invece, FONTANA, *La Carta sociale europea e il diritto del lavoro oggi*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.INT, 2016, n. 132, p. 15, evidenzia come non ci si possa accontentare della “fortuna” del Ceds.

⁴⁴ Alla necessità di promuovere un maggiore utilizzo della Cse da parte dei giudici nazionali (oltre che dei legislatori e delle parti sociali) fa riferimento anche CLAUWAERT, *op. cit.*, p. 143.

zionali – un livello sensibilmente maggiore di quello prescritto da qualsiasi documento internazionale.

La crisi finanziaria scoppiata nel 2007/2008 e, soprattutto, la successiva crisi del debito sovrano di alcuni Paesi dell'Eurozona si sono tradotte in una rottura degli equilibri precedentemente raggiunti, motivata da una forte ostilità nei confronti della sfera pubblica di cui si pretende un considerevole alleggerimento e dalla subordinazione della spesa sociale degli Stati all'equilibrio di bilancio⁴⁵. Da questa metamorfosi della gerarchia dei valori⁴⁶ è dipeso l'avvio di politiche nazionali concretizzatesi nell'emanazione – soprattutto nei Paesi membri dell'Ue cc.dd. periferici⁴⁷ – di misure d'*austerità* chiaramente rivolte all'arretramento dello Stato sociale o, in alcuni casi, alla “devastazione” dello stesso⁴⁸. Accanto a questa spinta al contenimento del *deficit* “a tutti i costi”, l'asserita soluzione alla crisi ha assunto anche la forma di un forte intervento di riforma del mercato del lavoro nel senso di una riduzione di quelle tutele del contraente debole che erano viste come un ostacolo agli investimenti e, quindi, alla ripresa economica⁴⁹; intervento che spesso non ha trovato alcun tipo di argine significativo nella giurisprudenza dei giudici costituzionali⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. BAYLOS GRAU, *Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud dell'Europa*, in *LD*, 2013, p. 591.

⁴⁶ Da questo punto di vista, non si può non citare il c.d. *fiscal compact* (cioè il Titolo III del “Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'unione economica e monetaria” firmato nel Consiglio europeo del 1-2.3.2012) che, tra l'altro, nel nostro Paese ha comportato l'introduzione del vincolo dell'equilibrio tendenziale di bilancio nell'art. 81 Cost. (l. cost. 20 aprile 2012, n. 1). Lo stesso è avvenuto anche in Spagna con la riforma dell'art. 135 Cost.

⁴⁷ Per un esame critico di quanto accaduto ai diritti sociali negli Stati più “deboli” dell'Eurozona si veda KILPATRICK, DE WITTE, *op. cit.*.

⁴⁸ Così, BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 594, a proposito della Grecia. Secondo VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in questa rivista, 2016, p. 232, “la soluzione proposta dall'Ue per frenare e tentare di superare la crisi finanziaria ed economica [...] è destinata a sconvolgere le strutture portanti dello Stato sociale”.

⁴⁹ CHIECO, *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *DLRI*, 2015, p. 365, sottolinea molto chiaramente come “nell'ordinamento parallelo costruito per dare più efficace risposta europea alla crisi, le riforme strutturali, che pure dovrebbero ispirarsi alla piena occupazione nel progresso sociale, sono strutturate per assegnare ai diritti fondamentali uno spazio marginale perché strumentale agli obiettivi ‘altri’ perseguiti”.

⁵⁰ Ad esempio, l'atteggiamento del *Tribunal constitucional* spagnolo nei riguardi della *reforma laboral* anti-crisi è stato definito “filo-governativo” (FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *op. cit.*, p. 147). E, in effetti, è possibile affermare che il Giudice delle leggi iberico ha fatto un uso quantomeno discutibile del canone della propor-

Non è secondario ricordare le modalità con cui si è arrivati alla definizione di quelle politiche che hanno assunto tratti maggiormente rigorosi: esse sono il frutto della sottoscrizione da parte di alcuni Paesi – i più esposti, a causa dei loro problemi di bilancio, al rischio di *default* (Spagna, Irlanda, Portogallo, Cipro e, soprattutto, Grecia) – dei cc.dd. *Memoranda of understanding*, ovvero di documenti con i quali la *Troika* (Commissione europea, Banca centrale europea e Fondo monetario internazionale) si impegnava a concedere aiuti finanziari (sottoforma di prestiti) a quegli stessi Stati subordinatamente all’attuazione (immediata) da parte di questi di una serie di riforme “concordate” in maniera anche piuttosto detagliata⁵¹. Un metodo, quindi, non istituzionale⁵² con cui si è fatta applicazione – anche in relazione a Paesi con

zionalità (si vedano, al riguardo, i *Votos particulares* di Fernando Valdés Dal-Re nella STCE 16.7.2014, n. 119, cit. e nella STCE 22.1.2015, n. 8, cit., nonché SANGUINETI RAYMOND, *Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero. La convalidación definitiva de la reforma laboral de 2012*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, 2015, n. 2, p. 325 ss.). Ugualmente criticabili sono le decisioni del Consiglio di Stato greco sulle misure d’*austerità* messe in campo dal governo ellenico in attuazione dei *Memoranda of understanding* (in particolare, Cons. St., 20.2.2012, n. 668 e Cons.St., 27.6.2014, n. 2307, nelle quali il ragionamento che porta a giudicare conformi alla Costituzione greca le misure introdotte è fondato sulla dottrina dello “stato d’emergenza” in cui la Grecia si troverebbe in ragione della crisi. Per un esame più approfondito delle pronunce si vedano YANNAKOUROU, *Challenging Austerity Measures*, cit., p. 22 s. ed EAD., *Labour Measures of Memorandum II before the Greek Council of State: Decision 2307/2014 (Plenum)*, in *www.eurocrisislaw.eui.eu*, 2015). Il nostro Giudice delle leggi, malgrado non abbia ancora maturato un orientamento definito (per notare l’ambiguità dell’atteggiamento tenuto dalla Consulta, basta confrontare il diverso tenore di C.Cost. 11.2.2015, n. 10 e C.Cost. 30.4.2015, n. 70, entrambe in *De Jure*), ha recentemente affermato che “è la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” (C. Cost. 16.12.2016, n. 275, in *De Jure*, sulla quale si vedano ANDREONI, *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in *RGL*, 2017, II, p. 207 ss. e CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale*, in *RGL*, 2017, II, p. 353 ss.), così riconoscendo una subalternità dei vincoli contabili quantomeno al contenuto essenziale dei diritti sociali.

⁵¹ Anche nei riguardi di Stati che non avevano avanzato alcuna richiesta formale di sostegno economico, ma che presentavano comunque una situazione finanziaria difficile, vi sono state forti pressioni politiche. È proprio il caso dell’Italia, in cui la lettera del 5.8.2011 a firma congiunta Trichet–Draghi (all’epoca, rispettivamente, Presidente uscente e *in pectore* della Banca centrale europea) all’allora nostro Primo Ministro Berlusconi ha portato all’emanazione, pochi giorni dopo, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

⁵² Sul punto si veda LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 226 s., secondo il quale “non si può non notare come la riscrittura delle norme giuslavoristiche interne ad opera di un *Memorandum* redatto dalla *Troika*, non possa non considerarsi un evento autenticamente eversivo degli assetti costituzionali nell’ordinamento integrato”. Per BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 598, “i

una solida tradizione di tutela dei diritti sociali – della logica della condizionalità⁵³, la quale – come ha avuto modo di affermare il Parlamento europeo – costituisce una minaccia per gli obiettivi sociali dell’Ue, in quanto – tra l’altro – “le misure [previste nei *memoranda*] sono particolarmente onerose, soprattutto perché l’aggravarsi della crisi economica e sociale non è stato rilevato in tempo, perché è stato concesso poco tempo per l’attuazione di dette misure e perché non sono state eseguite valutazioni di impatto adeguate del loro effetto distributivo su diverse fasce della società”⁵⁴.

Insomma, in questo contesto, molti Stati europei hanno messo in campo interventi normativi anti-crisi che hanno prodotto come conseguenza un oggettivo drastico abbassamento del livello di garanzia dei diritti sociali (inclusi, ovviamente, quelli legati al rapporto di lavoro subordinato)⁵⁵. È a questo punto che gli studiosi della materia sono stati indotti ad

meccanismi della *governance* economica risultano *a latere* del metodo legale europeo, si configurano come una modalità di intervento che prescinde dalla deliberazione e decisione in spazi democratico-rappresentativi, conformano una procedura che espropria, in modo molto netto, la sovranità nazionale degli Stati in difficoltà economiche e preclude il pluralismo politico” (sulla limitazione dei processi democratici nazionali e sulla compressione dell’autonomia decisionale degli Stati membri per effetto delle politiche europee anti-crisi, si veda *amplius* GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT, 2013, n. 100, p. 20 ss.). La reazione del Parlamento europeo alla sua emarginazione nella stesura dei *Memoranda of understanding* è contenuta nella Risoluzione del 13.3.2014 su “aspetti occupazionali e sociali del ruolo e delle attività della Troika (Bce, Commissione europea e Fmi) relativamente ai Paesi dell’area dell’euro oggetto di un programma”.

⁵³ Peraltro, ad essa si è dato una copertura nei trattati con l’aggiunta all’art. 136 Tfeue del co. 3, a mente del quale “Gli Stati membri la cui moneta unica è l’euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell’ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità” (Decisione del Consiglio europeo del 25.3.2011). Ciononostante, come condivisibilmente rileva CHIECO, *op. cit.*, p. 398, i meccanismi della *governance* economica europea – fra i quali vi è la condizionalità – sono talmente distanti dagli assetti dei trattati Ue da provocare uno “sdoppiamento della legalità europea”: accanto a quello ordinario, si colloca un ordinamento parallelo costruito per rispondere alla crisi in modo più incisivo e vincolante per gli Stati membri.

⁵⁴ Risoluzione Parlamento europeo del 13.3.2014, cit. *Contra*, CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *op. cit.*, p. 67 ss., il cui affidamento sul principio di proporzionalità è però considerato da GIUBBONI, *Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT, 2016, n. 126, p. II, riposto “forse con eccesso di fiducia”.

⁵⁵ BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT, *Conclusions. The Potentials for the Charter to be Used*, in BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT (eds.), *op. cit.*, p. 512, rilevano che

approfondire l'analisi di strumenti internazionali, e tra questi della Cse, allo scopo di accertare se detta regressione nelle tutele avesse travalicato i limiti dagli stessi ammessi. In sostanza, si può ritenere che sia “per controbilanciare il minor interventismo statale a tutela del contraente debole” e, più in generale, dei diritti sociali del cittadino “che [oggi] si moltiplicano i richiami ai principi e alle fonti sovranazionali [...]” (e, per quanto qui rileva, alla Cse), “trattandosi di fonti ancora immuni dall'attacco portato alle tutele realizzate dalla legislazione ordinaria”⁵⁶.

In questo senso, la “giurisprudenza” del Ceds sul rapporto tra crisi e diritti sociali riconosciuti nella Cse è estremamente significativa. Difatti, nel 2009, quando le misure di *austerità* non avevano ancora manifestato tutto il loro potenziale destabilizzante, il Ceds ha affermato che la crisi economica non dovrebbe implicare la riduzione della protezione dei diritti riconosciuti dalla Cse e che, di conseguenza, gli Stati contraenti sono tenuti (“*are bound*”) ad assumere tutte le iniziative necessarie ad assicurare che essi (i diritti) siano effettivamente garantiti, proprio quando i beneficiari necessitano maggiormente di protezione⁵⁷.

È assolutamente condivisibile la posizione di quella dottrina che ha fatto discendere, da questa e da molte altre asserzioni sparse nelle pronunce del Ceds, il riconoscimento da parte di quest'ultimo di un principio di non regressione delle tutele, da intendersi però in modo relativo⁵⁸, cioè nel senso che non è precluso in assoluto un abbassamento del livello di protezione raggiunto; esigenze di finanza pubblica possono giustificare misure regressive⁵⁹ purché, però, tali interventi risultino inevitabili a causa dell'imprati-

non si trovano riferimenti né alla Cse né al Capo IV sulla “Solidarietà” della Carta di Nizza del 2000 nell'abbondante documentazione sulle politiche di *austerità* prodotta a livello eurounitario e nazionale in risposta alla crisi dell'Eurozona. Inoltre – come constatano ancora gli Autori citati – in molti casi, manca del tutto l'implementazione dei diritti sociali.

⁵⁶ Così, FONTANA, *La Carta sociale europea*, cit., p. 4.

⁵⁷ Ceds, conclusioni XIX-2 del 2009, *General introduction*, § 17, in *www.hudoc.esc.coe.int*. Il principio è stato ribadito in tutte le pronunce relative al caso greco: Ceds, decisione sul reclamo collettivo n. 65/2011, cit., Ceds, decisione sul merito del 23.5.2012 (reclamo collettivo n. 66/2011), Ceds, decisione sul merito del 7.12.2012 (reclamo collettivo n. 76/2012), Ceds, decisione sul merito del 7.12.2012 (reclamo collettivo n. 77/2012), Ceds, decisione sul merito del 7.12.2012 (reclamo collettivo n. 78/2012) Ceds, decisione sul merito del 7.12.2012 (reclamo collettivo n. 79/2012), Ceds, decisione sul merito del 7.12.2012 (reclamo collettivo n. 80/2012), tutte in *www.hudoc.esc.coe.int*.

⁵⁸ Cfr. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato*, cit., p. 6 ss.

⁵⁹ D'altronde, come giustamente sostiene SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte del-*

cabilità di soluzioni meno lesive del diritto sociale in gioco e che quest'ultimo – fermo ovviamente il rispetto del suo contenuto essenziale – sia sacrificato solo per quanto strettamente necessario al perseguimento del fine della stabilità finanziaria. Circostanze, quest'ultime, delle quali, secondo la “giurisprudenza” del Ceds, lo Stato deve dar prova, dimostrando di aver eseguito approfonditi studi e analisi preventivi su tutte le misure possibili e sull'impatto cumulativo delle stesse sui gruppi più vulnerabili, confrontandosi altresì con gli interlocutori sociali⁶⁰.

Il richiamato inciso delle conclusioni del 2009 si riferiva espressamente alla tutela del diritto alla salute e di quello alla sicurezza sociale. Tuttavia, successivamente il Ceds ha precisato che quanto aveva affermato per questi diritti deve valere pure per il diritto del lavoro e che, anche se può essere ragionevole che la crisi induca a dar vita a riforme in questo campo per ridurre la spesa pubblica o per allentare i vincoli sulle imprese, tali interventi non dovrebbero eccessivamente sacrificare la posizione di coloro che godono dei diritti sanciti dalla Cse. A ciò si aggiunga che – sempre secondo il Ceds – una maggiore flessibilità del rapporto di lavoro per combattere la disoccupazione e incoraggiare alle assunzioni i datori di lavoro non dovrebbe provocare la privazione per ampie categorie di lavoratori – e, in particolare, per coloro che non hanno un lavoro stabile da molto tempo – di quei diritti fondamentali nell'ambito del rapporto di lavoro che li proteggono da decisioni arbitrarie dei loro datori di lavoro o da fluttuazioni economiche. Questo in quanto – come conclude il Ceds – il riconoscimento e il mantenimento di questi diritti fondamentali costituiscono un obiettivo centrale della Cse⁶¹.

Quanto detto è sufficiente a rivelare il ruolo di autentico “baluardo legale [...] contro lo smantellamento dello Stato sociale”⁶² che il Ceds è venuto ad assumere grazie alla sua attività di approfondito monitoraggio sull'applicazione della Cse. Di fronte all'incedere della crisi, quest'organo

l'Europa, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *op. cit.*, p. 25, “sono giuridicamente qualificabili come fondamentali solo diritti ragionevoli, ossia moderati, relazionali e bilanciabili”. In altre parole, non esiste diritto fondamentale che non sia suscettibile di affievolimento o espansione se posto in relazione con altri valori di pari grado.

⁶⁰ Si veda, ad esempio, quanto affermato in proposito in Ceds, decisione sul reclamo collettivo n. 76/2012, cit.

⁶¹ Cfr. Ceds, decisione sul reclamo collettivo n. 65/2011, cit., Ceds, decisione sul reclamo collettivo n. 66/2011, cit.

⁶² Così, GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato*, cit., p. 16.

ha interpretato bene il proprio ruolo di garante dei diritti sociali, non esitando ad ammonire gli Stati in cui le politiche di *austerità* si erano tradotte in misure ingiustificatamente pregiudizievoli per questi diritti. E ciò, peraltro, rifiutandosi di accettare come giustificazione degli interventi nazionali regressivi l'assunzione di impegni in tal senso con altre organizzazioni o istituzioni internazionali⁶³.

In definitiva, in piena crisi economica, quella del Ceds è stata “l'unica voce in ambito europeo che si è levata, in modo ripetuto e convinto, per invitare gli stati a compiere ogni sforzo utile a non abbassare [...] il livello di tutela dei diritti sociali”⁶⁴. Per questo, lo studio delle sue pronunce e la presa di coscienza dell'importanza del suo ruolo è divenuto affatto imprescindibile nel contesto attuale, in cui per la difesa dei diritti sociali gli strumenti a disposizione sono sempre di meno.

4. *Il salario minimo nella Cse e nella “giurisprudenza” del Ceds*

Tra le più incisive misure anti-crisi adottate nella logica della condizionalità nel campo del diritto del lavoro si segnalano senz'altro quelle relative alla retribuzione. A tal proposito, i piani d'*austerità* hanno riguardato tanto il pubblico impiego, in cui si è proceduto alla riduzione dei livelli stipendiali e/o al blocco dei loro aumenti al fine di arginare la spesa pubblica, quanto il lavoro privato, dove gli interventi indiretti sulle retribuzioni (come la riduzione o il congelamento del salario minimo) hanno avuto l'obiettivo di

⁶³ Per prima, in questo senso, Ceds, decisione sul merito del 12.10.2004 (reclamo collettivo n. 16/2003), in www.hudoc.esc.coe.int. Poi anche Ceds, decisione sul merito del 23.6.2010 (reclamo collettivo n. 55/2009) e Ceds, decisione sul merito del 3.7.2013 (reclamo collettivo n. 85/2012), entrambe in . Infatti, “non esiste gerarchia tra le norme sovranazionali del Consiglio d'Europa e quelle che promanano dalle istituzioni dell'Ue” (SALCEDO BELTRÁN, *Reformas adoptadas*, cit., p. 124) o da qualsiasi altro organismo o accordo internazionale (inclusi, ovviamente, i *Memoranda* sottoscritti con la *Troika*). In materia si vedano anche DE SCHUTTER, *The European Social Charter as the Social Constitution*, cit., p. 26 ss. e BRILLAT, *The European Social Charter*, cit., p. 31 ss. che mettono in evidenza come, secondo il Ceds, non esiste alcuna presunzione di conformità del diritto dell'Ue alla Cse e, di conseguenza, che le norme nazionali che attuano il primo non necessariamente risultano rispettose della seconda.

⁶⁴ PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali*, cit., p. 502 s. Per un esame di “casi emblematici in cui la soluzione non giurisdizionale offerta dal Ceds ha finito per garantire in modo più forte, netto e incisivo i diritti sociali, di quanto le due Corti di Strasburgo e Lussemburgo sono riuscite a fare” si può vedere, tra gli altri, GRASSO, *op. cit.*, p. 18 ss.

favorire un contenimento del costo del lavoro per sostenere la ripresa economica⁶⁵.

In considerazione di quanto appena detto, è tutt'altro che irrilevante cercare di capire quanto, in base alla Cse, possono spingersi in là provvedimenti di tal fatta. Occorre verificare cioè fino a che punto questo documento del Consiglio d'Europa consente il ricorso a misure restrittive in materia.

A tal proposito, l'art. 4 Cse⁶⁶ stabilisce che “per garantire l'effettivo esercizio del diritto ad un'equa retribuzione, le Parti s'impegnano” – tra l'altro – “a riconoscere il diritto dei lavoratori ad una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso” (§1). Viene così affermato – sulla scia dell'art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e delle previsioni di molte costituzioni europee – il principio della sufficienza della retribuzione; principio che, lungi dall'essere una mera enunciazione programmatica, si traduce nel riconoscimento di un vero e proprio obbligo per gli Stati contraenti di ricorrere a tutti i mezzi necessari per assicurare al lavoratore una retribuzione sufficiente⁶⁷. La garanzia di quest'ultima, però, non è il fine dell'art. 4 Cse, ma rappresenta piuttosto lo strumento affinché il lavoratore e la sua famiglia possano godere di un livello di vita dignitoso.

Questa circostanza ha consentito al Ceds di adottare un approccio teologico nell'interpretazione della disposizione in parola, dal quale è disceso un atteggiamento molto pratico e orientato a considerare tutte le circostanze del caso concreto nella valutazione delle discipline nazionali⁶⁸.

In base all'orientamento attualmente seguito dal Ceds⁶⁹, il salario mi-

⁶⁵ Cfr. RICCI G., *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *op. cit.*, p. 208 ss. e DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Esi, 2016, p. 128 ss.

⁶⁶ La disposizione è identica nella Cse del 1961 e nella versione riveduta.

⁶⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, LÓPEZ INSUA, *Derecho a una remuneración equitativa*, in MONEREO ATIENZA, MONEREO PÉREZ (a cura di), *op. cit.*, p. 465.

⁶⁸ Cfr. Ceds, conclusioni I del 1969, in www.hudoc.es.coe.int, nelle quali si può leggere che l'art. 4 Cse, il quale “obbliga gli Stati contraenti ad adottare misure adeguate per garantire un tenore di vita dignitoso per i lavoratori e le loro famiglie, richiede che tali Stati facciano uno sforzo continuo per raggiungere gli obiettivi fissati [...]. Stando così le cose, si deve tenere conto del fatto che lo stato socio-economico del lavoratore e della sua famiglia cambia e che i suoi bisogni fondamentali, che in un primo momento sono centrati sulla fornitura di necessità di base puramente materiali come il cibo e l'alloggio, successivamente si estendono a interessi di natura più avanzata e complessa, come le strutture educative e le prestazioni culturali e sociali”.

⁶⁹ Per l'analisi di quello seguito sino al 1998 si rinvia a ADAMS, DEAKIN, *Article 4. The Right to a Fair Remuneration*, in BRUUN, LÖRCHER, SCHÖMANN, CLAUWAERT (eds.), *op. cit.*, p. 200 s.

nimo legale in un dato Paese contraente non può essere d'importo inferiore al 60% della retribuzione media per un *full-timer*⁷⁰, dovendosi considerare entrambe le somme al netto di imposte sul reddito e contributi previdenziali⁷¹. Nel caso di quegli ordinamenti (come il nostro) in cui la legge non fissa un salario minimo, si dovranno prendere in considerazione i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi dei settori maggiormente rappresentativi e/o quelli effettivamente corrisposti sul mercato del lavoro⁷².

Ma anche qualora il salario minimo previsto (dalla legge o altrimenti) si dovesse collocare al di sotto della suddetta soglia, non necessariamente – secondo il Ceds – si verifica una violazione dell'art. 4§1 Cse. Se infatti esso è inferiore al 60%, ma comunque superiore al 50% della retribuzione media, è ammesso che lo Stato dimostri, fornendo informazioni dettagliate sul costo della vita, che questo livello salariale è in ogni caso sufficiente a garantire al lavoratore uno *standard* di vita decente (è così che si manifestano gli effetti dell'approccio teleologico). Quando dunque il salario minimo riconosciuto si colloca tra il 50 e il 60% della retribuzione media, si ha solo una presunzione semplice di non conformità; quella assoluta scatta, invece, nel momento in cui esso resta al di sotto della soglia di povertà, individuata dal Ceds – per l'appunto – nella metà della retribuzione media nazionale. In questo caso, lo Stato incorre in una violazione della Cse senza che sia ammessa prova contraria e senza che rilevi in alcun modo che, di fatto, la maggior parte dei lavoratori percepisca una retribuzione superiore a quella sufficiente ex art. 4§1 Cse⁷³. Si può dunque ritenere che il 50% del salario medio nazionale rappresenti il contenuto minimo essenziale del diritto fondamentale ad una retribuzione sufficiente.

In ragione di ciò, è possibile affermare che eventuali benefici fiscali e

⁷⁰ La media è calcolata con riferimento all'intero mercato del lavoro oppure, ove ciò non sia possibile, con riguardo ad uno dei settori maggiormente rappresentativi come quello dell'industria manifatturiera.

⁷¹ Ceds, conclusioni XIV-2 del 1998, *Statement of interpretation*, in www.hudoc.esc.coe.int.

⁷² In Ceds, conclusioni XX-3 del 2014, Italia, in , è stato affermato che, quando il lavoro sommerso rappresenta una parte importante dell'occupazione in un determinato Paese (nel caso di specie, il 15%), quest'ultimo deve fornire informazioni anche sui salari minimi corrisposti in tale area del mercato del lavoro.

⁷³ In Ceds, conclusioni XV-2 del 2001, Slovacchia, in www.hudoc.esc.coe.int è stato affermato che “la garanzia dell'art. 4§1 si estende a tutti i lavoratori” e che “il fatto che la maggioranza o anche la grande maggioranza dei lavoratori percepisca un salario sufficiente non basta ad assicurare la conformità alla Cse”.

socio-previdenziali assumono rilevanza (e potranno essere presi in considerazione ai fini della valutazione di conformità alla Cse) unicamente qualora il salario minimo, preso da solo, abbia superato la soglia del 50%. Il Ceds, dunque, privilegia un approccio alla lotta alla povertà basato sulla retribuzione come principale fonte di sussistenza, riconoscendo, invece, ai benefici fiscali e socio-previdenziali un ruolo sussidiario, in quanto di essi si può tener conto solamente se il salario minimo raggiunge una determinata soglia. Si tratta di un'impostazione che è sicuramente il risultato della valorizzazione della lettera dell'art. 4§1 Cse, che non parla di "reddito" ("income") ma di "retribuzione" ("remuneration")⁷⁴. Pertanto, un ordinamento che preferisce strutturarsi su di un robusto sistema di benefici, anziché elevare il salario minimo sopra la soglia di povertà incorre comunque in una violazione della Cse per insufficienza della retribuzione prevista⁷⁵.

Ad essere abbastanza discussa è anche la decisione del Ceds di riferirsi, come termine di raffronto, al salario nazionale medio anziché a quello mediano⁷⁶, soprattutto in quanto il primo sarebbe inidoneo a descrivere in modo realistico il livello salariale di un dato Paese, rischiando di essere "falsato" dalle retribuzioni molto alte. La retribuzione mediana, invece, corrispondendo al livello stipendiale che separa l'insieme dei lavoratori in due metà, sarebbe in grado di rappresentare la situazione salariale nazionale in maniera più aderente alla realtà. A parere di chi scrive, però, l'adozione da parte del Ceds come termine di paragone della retribuzione media (e non di quella mediana) è apprezzabile se può servire a stimolare gli Stati contraenti a dotarsi di sistemi fiscali più improntati al principio di progressività e a mettere

⁷⁴ Cfr. ADAMS, DEAKIN, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁵ Sul punto è interessante il confronto tra la vicenda francese e quella del Regno Unito realizzato da ADAMS, DEAKIN, *op. cit.*, p. 206 ss. Nel primo caso il Ceds ha giudicato il diritto nazionale conforme all'art. 4§1 Cse in quanto, sebbene il salario minimo riconosciuto si arrestasse al 57% della retribuzione media nazionale, erano previsti dei benefici che consentivano di raggiungere il 66% (Ceds, conclusioni XVIII-1 del 2007, Francia, in www.hudoc.esc.coe.int). Il Regno Unito è stato, invece, più volte giudicato in violazione del diritto alla retribuzione sufficiente riconosciuto dalla Cse, poiché, nonostante la previsione di un forte sistema di benefici (soprattutto) fiscali, il salario minimo, considerato da solo, non raggiungeva la soglia del 50% (da ultimo, Ceds, conclusioni XX-3 del 2014, Regno Unito, in www.hudoc.esc.coe.int).

⁷⁶ Si veda MENEGATTI, *op. cit.*, p. 19, nt. 11, che definisce come maggiormente "opportuno" l'uso della retribuzione mediana. Inoltre, capita che gli Stati, nei loro rapporti, facciano riferimento a quest'ultima (cfr. Ceds, conclusioni XX-3 del 2014, Regno Unito, *cit.*), quasi a voler suggerire al Ceds una revisione del proprio orientamento in proposito.

in campo politiche redistributive maggiormente incisive⁷⁷. Difatti, considerato che la valutazione del Ceds in ordine alla conformità all'art. 4§1 Cse si basa sui valori netti, una pressione fiscale più rigorosa sui redditi elevati e una meno opprimente su quelli più bassi, andando proprio a incidere sull'importo delle retribuzioni nette, ridurrebbe il divario tra salario nazionale medio e mediano come conseguenza di un abbassamento del primo. Insomma, l'adeguamento alle indicazioni del Ceds in materia di retribuzione sufficiente potrebbe seguire due strade: quella più immediata dell'incremento dell'importo del salario minimo; oppure quella che implica un ripensamento complessivo del sistema fiscale nazionale in attuazione di un rigoroso principio di progressività.

Infine, occorre far cenno al tema della conformità al diritto ad una retribuzione sufficiente di trattamenti salariali inferiori (rispetto a quelli previsti per la generalità dei lavoratori) per alcune categorie di soggetti. La casistica su cui l'organismo di controllo della Cse si è pronunciato ha riguardato disposizioni nazionali che interessavano per lo più giovani, ma anche adulti al primo impiego o frequentanti un corso di studi. Ebbene, secondo il Ceds, anche se quelle appena descritte sono misure che, in linea di principio, non sono incompatibili con la norma dell'art. 4§1 Cse (purché perseguano una finalità legittima facendo uso di mezzi proporzionati), in nessun caso, questa riduzione stipendiale può spingersi al di sotto della soglia di povertà in quel dato Paese⁷⁸.

Quest'impostazione testimonia, quindi, una volta di più il fatto che la metà della retribuzione nazionale media costituisce il nucleo incompressibile del diritto in parola. Non esiste, pertanto, obiettivo – pur legittimo che sia – per il perseguimento del quale lo Stato possa riconoscere un salario minimo inferiore a quella soglia.

⁷⁷ E d'altra parte, il sistema applicato dal Ceds è tutt'altro che irragionevole, come dimostrano i numerosi casi di conformità all'art. 4§1 Cse accertati nel corso degli anni (da ultimo, Ceds, conclusioni del 2016, Belgio, in www.hudoc.esc.coe.int).

⁷⁸ Cfr. Ceds, decisione sul reclamo collettivo n. 66/2011, cit., Ceds, decisione sul merito del 23.3.2017 (reclamo collettivo n. 111/2014), Ceds, conclusioni del 2014, Irlanda, tutte quante in tutte quante in www.hudoc.esc.coe.int.

5. Conclusioni

L'orientamento maturato in relazione al diritto ad una retribuzione sufficiente dimostra come il Ceds sia in grado di dare concretezza alle previsioni della Cse. Non convince, pertanto, l'obiezione di chi richiama l'eccessiva genericità di queste ultime per giustificarne la qualificazione in termini di norme programmatiche e, quindi, per svalutarne la portata vincolante nei riguardi degli Stati contraenti. Al contrario, grazie all'opera del Ceds di specificazione dei principi, si ha l'impressione che nella Cse sia possibile trovare un utile strumento per arginare – anche in tempi di crisi economica – i rischi di derive regressive nella tutela dei diritti sociali, in generale, e di quelli afferenti il rapporto di lavoro, in particolar modo; uno strumento che – pur con tutti i limiti segnalati in punto di effettività – mostra grandi potenzialità, rimaste sinora inesprese vuoi per il diffuso trattamento sdegnoso che gli è stato riservato, vuoi per la scarsa conoscenza che ancora oggi vi è di esso.

Certo, quelle che il Ceds ricava dalla Cse sono tutele davvero minimali che, a dire il vero, frenano ogni entusiasmo. Lo si è visto in materia di salario sufficiente, dove il confine oltre il quale si ritiene violato l'art. 4§1 è tracciato lungo quella che è considerata la soglia di povertà. Tuttavia, in una fase storica quale è l'attuale, in cui le politiche nazionali (spinte dalla *governance* economica) hanno imboccato la pericolosa china di un drastico abbassamento degli *standards* di tutela dei diritti sociali, è molto importante che in Europa vi sia un documento che possa essere invocato quantomeno per fissare un limite invalicabile.

Claudia Murena

Le recenti riforme legislative e la “crisi” della giusta causa*

Sommario: **1.** Giusta causa: la complessità del concetto. **2.** Alcuni ‘duri colpi’ all’essenza della giusta causa: le recenti riforme legislative e la rilevanza del “fatto”. **3.** *Segue.* Le condotte extra-lavorative del prestatore e la loro valenza disciplinare. **4.** *Segue.* I limiti alla ricorribilità in Cassazione. **5.** Qualche osservazione conclusiva.

1. *Giusta causa: la complessità del concetto*

La cessazione ‘traumatica’ del rapporto di lavoro, come noto, può conseguire ad “ogni comportamento [...] seppure al di fuori della prestazione lavorativa [...] che per la sua gravità sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere la prosecuzione del rapporto pregiudizievole per gli scopi aziendali, dovendosi ritenere determinante, a tal fine, l’influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza”¹.

La ‘potenza’ dell’art. 2119 cod. civ. sta, da sempre, nel suo rappresentare una fondamentale porta per l’ordinamento giuridico verso realtà ‘esterne’, connotandosi dell’indiscutibile pregio di “allargare ‘le maglie del tessuto normativo’ per saldarlo alla storia e alle consuetudini del popolo tramite l’opera

* Il saggio rappresenta una versione integrata del lavoro presentato in occasione delle *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera*, organizzate dalla Fondazione omonima (Lucca, 6-7 Ottobre 2017).

¹ Cass. 18 settembre 2012 n. 15654, in *Dejure*. Salva diversa indicazione, tutte le pronunce di seguito indicate sono consultabili nella medesima banca dati.

creativa della magistratura”², chiamata a “[...]ricercare ‘valori’ fuori dai rigidi confini dell’ordinamento positivo”³. Elemento cardine alla base della valutazione giudiziale di quei *fatti* che non consentono la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro è la *fiducia*, costantemente richiamata nelle pronunce dei giudici, nelle quali si trovano riferimenti alla “lesione irreparabile del necessario vincolo fiduciario tra le parti”⁴; alla “grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro”, in particolare dell’elemento fiduciario⁵; a mancanze “oggettivamente e soggettivamente idonee a ledere in modo grave, così da farla venir meno, la fiducia che il datore ripone nel

² CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro* (nella versione provvisoria della relazione presentata alle giornate di studio Aidlass sul tema *Clausole generali e diritto del lavoro* - Roma, Università “La Sapienza”, 29-30 maggio 2014, consultabile in www.aidlass.it), p. 5, che richiama CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, 1970, p. 491.

³ RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *RDCom*, 1998, I, p. 1. Frequente, in giurisprudenza, un uso ambiguo, intorno a questo concetto, dei termini *clausole generali* e *norme elastiche* (come noto, ben diverse fra loro: v., per tutti, il celeberrimo studio di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCD*, 1986, p. 5 ss.): tanto è possibile leggere, infatti, nelle pronunce dei giudici, che “La giusta causa di licenziamento, quale fatto ‘che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto’, configura una *norma elastica*, in quanto costituisce una disposizione di contenuto precettivo ampio e polivalente destinato ad essere progressivamente precisato, nell’estrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto” (tra le altre, Cass. 7 marzo 2017 n. 5706; 24 novembre 2016 n. 24030; 5 aprile 2016 n. 6587; 19 marzo 2014 n. 6328; 11 ottobre 2013 n. 23172; 9 ottobre 2013 n. 22964; 25 febbraio 2013 n. 4654) quanto che essa va ricompresa, insieme al giustificato motivo, tra le nozioni che “la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni (ascrivibili alla tipologia delle cd. *clausole generali*) di limitato contenuto, delineanti un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa...” (cfr., *ex multis*, Cass. 26 giugno 2017 n. 15867; 25 maggio 2017 n. 13178; 9 novembre 2016 n. 22795; 15 giugno 2016 n. 12337; 11 maggio 2016 n. 9624; 11 dicembre 2015 n. 25044, in *ADL*, 2016, II, p. 949, con nota di AVONDOLA, *La giusta causa: clausola elastica e limiti al sindacato di legittimità della Cassazione*; 30 novembre 2015 n. 24367). Se è pur vero che entrambe le definizioni fanno riferimento a disposizioni dal contenuto ampio e generico che necessitano di essere specificate in sede interpretativa, sul piano prettamente linguistico non è agevole cogliere come un ‘fatto’, che definirebbe la nozione di giusta causa, possa essere classificato alla stregua di ‘norma’ (elastica).

⁴ Cfr. Cass. 17 ottobre 2011 n. 21437, in *DG*, 2011, 19 ottobre.

⁵ Fra le tante, Cass. 7 giugno 2017 n. 14192; 2 maggio 2017 n. 10637; 5 aprile 2017 n. 8819; 1 marzo 2017 n. 5273; 3 gennaio 2017 n. 56; 24 novembre 2016 n. 24023; 26 maggio 2016 n. 10950; 1 settembre 2015 n. 17370; 9 luglio 2015 n. 14311; 18 marzo 2014 n. 6219; 7 ottobre 2013 n. 22791; 25 marzo 2013 n. 7398; 26 aprile 2012 n. 6498.

proprio dipendente”⁶; come, ancora, a comportamenti idonei “ad incrinare il rapporto fiduciario tra le parti alterando il clima di ordinaria collaborazione tra dipendenti sul luogo di lavoro”⁷.

Al di là di valutazioni sull’abuso, non raro, del richiamo all’elemento fiduciario⁸, un dato resta certo: secondo il costante insegnamento della giurisprudenza, la valutazione dei fatti addebitati al lavoratore, ‘gravi’ al punto da compromettere irrimediabilmente il sereno svolgimento del rapporto di lavoro, affidata al giudice di merito, deve investire l’intera vicenda nella sua complessità, “in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei [fatti], alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all’intensità dell’elemento intenzionale”, al fine di stabilire, in ultima analisi, “se la lesione dell’elemento fiduciario [...] sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare”⁹, dovendosi ritenere “determinante, a tal fine, *l’influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza*”¹⁰ (mio il corsivo).

Ben si coglie la portata di tali affermazioni nel momento in cui solo si pensa all’oscillazione delle pronunce giurisprudenziali, dovuta all’inevitabile approccio personale dell’interprete ad un concetto ‘elastico’ quale la giusta causa, nella ponderazione dei singoli elementi che compongono il prisma della realtà fattuale (ad es. elemento intenzionale, pregiudizio patrimoniale o anche solo mera potenzialità lesiva della condotta) al fine di sancire la per-

⁶ V. ad es. Cass. 28 maggio 2015 n. 11053; 18 febbraio 2011 n. 4060; 21 gennaio 2011 n. 1459.

⁷ Cfr. Cass. 26 settembre 2011 n. 19623.

⁸ Giungendo, grazie al combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 cod. civ. con gli artt. 2104 e, soprattutto, 2105, cod. civ., a pretendere dal lavoratore l’astensione da “qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell’organizzazione dell’impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno” (in tali termini, fra le altre, Cass. civ. 5 luglio 2016 n. 13676; 10 febbraio 2015 n. 2550; 9 gennaio 2015 n. 144).

⁹ In tal senso, *ex plurimis*, Cass. 16 ottobre 2017 n. 24364; 11 settembre 2017 n. 21062; 9 maggio 2017 n. 12730; 28 aprile 2017 n. 10568; 9 gennaio 2017 n. 209; 3 gennaio 2017 n. 56; 24 novembre 2016 n. 24023; 25 maggio 2016 n. 10842; 21 ottobre 2015 n. 21409.

¹⁰ *Ex multis*, Cass. 10 novembre 2017 n. 26677; 16 maggio 2017 n. 12111; 22 settembre 2016 n. 18587; 25 luglio 2016 n. 15323; 5 novembre 2015 n. 22611; 9 luglio 2015 n. 14324; 21 ottobre 2014 n. 22292; 8 novembre 2013 n. 25203.

manenza in vita, o meno, della relazione lavorativa; decisione che dovrebbe seguire la regola della “non scarsa importanza” dell’inadempimento, di cui all’art. 1455 cod. civ., di guisa che l’irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata solamente laddove “qualsiasi altra sanzione risulti insufficiente a tutelare l’interesse del datore”¹¹.

2. Alcuni “duri colpi” all’essenza della giusta causa: le recenti riforme legislative e la rilevanza del “fatto”

A partire dal 2012 si ripete, quasi si trattasse di un *mantra* rassicurante, che le più recenti riforme che hanno riguardato la materia del licenziamento individuale (penso alla legge Fornero ed al d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23) *non hanno toccato i concetti di giusta causa e giustificato motivo oggettivo e soggettivo*. Secondo qualche Autore¹², le nuove dinamiche del licenziamento comporterebbero semplicemente un giudizio ‘bifasico’, che vede la scissione tra due momenti: quello concernente la valutazione circa la legittimità del licenziamento e quello riguardante la scelta, da parte del giudice, della sanzione applicabile.

Il punto, tuttavia, è chiedersi se tali innovazioni non abbiano comunque inferto dei duri colpi all’essenza stessa dell’art. 2119 cod. civ., nei termini in cui si dirà qui di seguito.

Partendo da un profilo sostanziale, nel 2012 la legge Fornero obbliga a chiedersi, per la prima volta, se il *fatto* con cui il giudice viene a confrontarsi, ai fini dell’applicazione della tutela reintegratoria (debole) debba essere considerato in senso *materiale* o *giuridico*. Come noto, il 4° comma del novellato art. 18 riserva infatti una delle residuali ipotesi reintegratorie all’evenienza in cui il giudice non ravvisi la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per la “insussistenza del fatto contestato”. Secondo un primo orientamento, tale “fatto” dovrebbe essere inteso esclusivamente nella sua *materialità*¹³; l’insussistenza di cui si discorre, cioè, “deve riguardare il nu-

¹¹ In tali termini, fra le altre, Cass. 7 marzo 2017 n. 5706; 4 gennaio 2013 n. 106; 26 gennaio 2011 n. 1789; 2 novembre 2005 n. 21213; 10 settembre 2003 n. 13284; 4 aprile 2000 n. 4138.

¹² Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, I, p. 1067; e poi, con riferimento al d.lgs. n. 23/15, ID., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, I, p. 276 ss.; CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 273/2015, in <http://esdle.lex.unict.it>, sp. pp. 50-51.

¹³ Cfr., tra gli altri, a partire da MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegit-*

cleo essenziale del fatto contestato, mentre non rileva ai fini del mancato accertamento di circostanze marginali, confermativa o di contorno”¹⁴. La tutela più forte, in quest’ottica, spetterebbe al lavoratore solo quando, come sostenuto da qualche Autore, il datore abbia un “torto marcio”¹⁵; laddove, in altri termini, “l’accusa rivolta al lavoratore non [sia] risultata vera in punto di fatto”; ipotesi che “si distingue chiaramente [da quella] del fatto accertato, ma ritenuto di gravità insufficiente a fondare la sanzione espulsiva”¹⁶.

Tale tesi si basa quindi su uno sdoppiamento tra il momento dell’*accertamento della sussistenza del fatto in sé*, ai fini dell’applicazione, o meno, della tutela reintegratoria, ed il momento della valutazione della *gravità* dello stesso, “che deve essere oggetto di un apprezzamento aggiuntivo”¹⁷.

Non può non evidenziarsi come lo stesso disposto legislativo releggi in un angolo tutti quegli ulteriori elementi che ruotano attorno alla realtà naturalistica del fatto – quali ad esempio l’antigiuridicità, l’elemento soggettivo, l’imputabilità, fino alla stessa proporzionalità della sanzione irrogata rispetto alla condotta inadempiente – in tal modo marginalizzando quella complessità del fatto cui fa costante riferimento la giurisprudenza: le “altre ipotesi” in presenza delle quali il giudice ritiene che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa trovano infatti spazio solo nel quinto comma dell’art. 18, ricollegate ad un ristoro meramente economico, ovvero al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva tra le 12 e le 24 mensilità, paramtrate all’ultima retribuzione globale di fatto¹⁸.

timo: le modifiche dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss., DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit.; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno nazionale del Centro studi Domenico Napoletano, Pescara 11-12 maggio 2012, in www.pietroichino.it, p. 12; MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 622 ss.; PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ivi*, 2013, I, sp. p. 6 ss.; PISANI, *L’ingiustificata qualificazione del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, p. 744; TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, p. 450; TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 st. lav.*, in CARINCI E, MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33, pp. 53-54; TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, p. 1 ss.; VALLEBONA, *L’ingiustificata qualificazione del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, sp. p. 622.

¹⁴ *Ivi*.

¹⁵ VALLEBONA, *op. ult. cit.* MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 437, parla di “assoluta pretestuosità del licenziamento”.

¹⁶ VALLEBONA, *op. ult. cit.*, p. 622.

¹⁷ DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit., p. 276 ss.

¹⁸ Sempre, lo si ricorda, in relazione all’anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero

In un simile quadro, dinanzi al quale sembrerebbe che la ‘fattispecie’ regredisca a ‘fatto’¹⁹, è toccato a certa parte della dottrina, ed alla giurisprudenza pressoché unanime²⁰, il compito di ‘ripescare’ quella complessità che non poteva certo essere messa in un angolo, nemmeno dinanzi all’esplicito riferimento, nel d.lgs. n. 23 del 2015, al fatto *materiale* (cfr. art. 3, co. 2): fermarsi alla formulazione normativa nel senso che “soltanto l’assenza degli elementi oggettivi può essere sanzionata con la reintegra”, non può non porre “delicati problemi interpretativi e di coerenza con la Costituzione”²¹;

dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

¹⁹ Resta, tuttavia, l’appiglio alle valutazioni che prendono corpo nei codici disciplinari, o nei contratti collettivi, che pur rappresentano, nel loro delineare una sanzione ricollegata a determinate fattispecie, la sintesi di una complessità giuridicizzata.

²⁰ A partire dalla celeberrima ordinanza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012 (su cui v. CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore* (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012), in *ADL*, 2012, I, p. 778). Tra le pronunce di legittimità si ricordano quelle del 13 ottobre 2015, nn. 20540 e 20545, annotate, tra gli altri, da MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2016, II, p. 102 ss.; PELUSI, *L'irrelevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, in *DRI*, 2015, p. 1128 ss.; DE MICHIEL, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*, in *ADL*, 2016, II, p. 85 ss.; FEDERICI, *In tema di insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *RGL*, 2016, II, p. 31 ss. In tempi più recenti cfr., fra le altre, Cass. 16 maggio 2016 n. 10019; 20 settembre 2016 n. 18418 (in relazione alle quali v. A. Di CASOLA, *Il mosaico del "fatto" tra imputabilità e antiguridicità*, in *questa rivista*, 2017, p. 415 ss.); 9 novembre 2016 n. 22780; 19 aprile 2017 n. 9867; 25 maggio 2017 n. 13178; 26 maggio 2017 n. 13383; 31 maggio 2017 n. 13799; 5 dicembre 2017 n. 29062. Si segnala altresì la recentissima pronuncia a Sezioni Unite del 27 dicembre 2017, n. 30985, che ribadisce come “la insussistenza o la manifesta insussistenza che legittima l’accesso alla tutela reintegratoria attenuata non [possa] non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo, tanto più che la riforma ... di cui alla L. n. 92 del 2012 non ha modificato, per quel che qui interessa, le norme sui licenziamenti individuali, di cui alla L. n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell’art. 2119 cod. civ. o per giustificato motivo” (punto 8 dei motivi in diritto della decisione).

²¹ Così SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 124. Tra i numerosi Autori che, prima con riguardo alla legge Fornero, e poi in relazione al *Jobs Act*, hanno posto l’accento sulla necessità di non considerare il fatto nella sua mera materialità, pur sotto diversi punti di vista, BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 9 ss.; CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2012, I, p. 1103 ss.; CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste*

si tratta di una tesi “ingiusta” sul piano sostanziale, nonché “insostenibil[e] sul piano esecutivo, posto che la norma parla di insussistenza del fatto ‘contestato’ (comprensivo quindi anche di altri elementi non materiali)”²²; d’altronde, come evidenziato da qualche Autore, con riguardo al licenziamento ‘ontologicamente disciplinare’ non vi è alcuno “sdoppiamento logico fra la verifica dell’esistenza/mancanza della causale e la conferma/smentita della sanzione...”, di talché “la verifica compiuta dalla giurisprudenza ha finito

dall’art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema, in RIDL, 2012, II, p. 1052 ss.; GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 277 ss.; MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 st. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 235 ss.; ID., *Fatti e misfatti*, cit.; NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in DLRI, 2012, p. 661 ss.; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in ADL, 2012, I, sp. p. 794 ss.; RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in RIDL, 2013, I, p. 961 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte II)*, in RGL, 2014, I, p. 447 ss.; ZOPPOLI L., *op. cit.* Anche DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio), art. 18*, in RIDL, 2015, II, pp. 35-36, pur precisando che “ogni fatto preso in considerazione dal diritto per farne derivare incerto effetto è definibile come ‘giuridico’”, evidenzia come il fatto, in quanto ‘contestato’, debba essere corredato quantomeno dell’elemento soggettivo e della antiguridicità. In una in una prospettiva di raffronto tra la disciplina di cui alla legge Fornero e quella introdotta dal *Jobs Act*, v. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, 2015, I, p. 327 ss.; MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra Riforma Fornero e Jobs Act*, in RIDL, 2015, II, p. 41 ss.; PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in ADL, 2015, I, p. 26 ss. Sempre con riguardo al d.lgs. n. 23/2015, v. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 246/2015, in <http://csdle.lex.unict.it>; MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 256/2015, *ivi*; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in ADL, 2015, I, p. 507 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, p. 413 ss.; ID., *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Nاسpi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 111 ss.; ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in questa rivista, 2015, p. 306 ss.; ZOPPOLI L., *Contratto a tutele crescenti ed altre forme contrattuali*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*. Relazione del Convegno di presentazione della Rivista “La legge n. 604 del 1966 a cinquanta anni dalla sua apparizione”, Parma, 26 febbraio 2016, in VTDL, 2016, sp. p. 432 ss.

²² RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs act e riforma Fornero*, in www.altalex.com (articolo del 28 febbraio 2015).

per incorporare in sé la stessa sanzione prospettata²³: gli stessi giudici hanno precisato come una diversa interpretazione “sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell’ordinamento civilistico ... posto che [si] potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l’aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell’elemento psicologico, o addirittura privi dell’elemento della coscienza e volontà dell’azione”²⁴, in tal senso violando apertamente il principio di buona fede nell’esecuzione del rapporto lavorativo. Del resto, dal punto di vista propriamente letterale, lo stesso termine ‘insussistenza’ consente di teorizzare un fatto “privo di fondamento”²⁵.

Dunque, seguendo il filo di queste brevi considerazioni, può evidenziarsi come l’operazione di ‘ripescaggio’ sia stata posta in essere, principalmente, “rivitalizzando” il fatto *disciplinarmente rilevante, imputabile e volontario* attraverso il momento della contestazione dell’addebito e la rilevanza del profilo soggettivo della condotta, e valorizzando la riconduzione dello stesso, attraverso una lettura che passa per l’articolo 12 delle Preleggi, alle fattispecie di cui agli artt. 2119 cod. civ. e 3 l. 15 luglio 1966 n. 604²⁶: se tale ultima norma fa riferimento ad un inadempimento degli obblighi contrattuali che sia *notevole*, e l’art. 2119 cod. civ. si riferisce a *qualunque causa* che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro, non può dimenticarsi il costante indirizzo dei giudici che, come si è anticipato, valorizza tutti gli elementi circostanziali che ruotano intorno al mero accadimento materiale: la *natura del rapporto*, la *posizione delle parti*, il *grado di affidamento* delle mansioni, le *circostanze* in cui si è verificato il fatto, sino, lo si ripete, alla *portata soggettiva* del medesimo ed ai *motivi e all’intensità dell’elemento intenzionale o di quello colposo*²⁷. Tant’è vero che, pur in presenza di

²³ CARINCI F., *Il legislatore e il giudice*, cit., p. 778.

²⁴ Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, cit.

²⁵ V. la voce *Insussistenza* nel *Vocabolario Treccani*, in www.treccani.it.

²⁶ Cfr. ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 135 ss., nonché la recentissima Cass. n. 30985/17, citata alla nota 20.

²⁷ Cfr. le sentenze citate alla nota 9; ed ancora, tra le più recenti, Cass. 13 dicembre 2017 n. 29960; 6 dicembre 2017 n. 29239; 16 ottobre 2017 n. 24364; 11 settembre 2017 n. 21062; 20 giugno 2017 n. 15209; 22 marzo 2017 n. 7346; 22 febbraio 2017 n. 4619; 24 novembre 2016 n. 24023; 15 settembre 2016 n. 18124, con nota di LAMA, *La giusta causa di licenziamento: la natura plurifattoriale del giudizio di proporzionalità e la rilevanza esimente dell’assenza di precedenti disciplinari, in Labor*, 2017, p. 78 ss.; 24 agosto 2016 n. 17304; 18 luglio 2016 n. 14640; 2 febbraio 2016 n. 1978,

tipizzazioni contrattuali di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, “il giudice investito dell’impugnativa della legittimità del licenziamento deve comunque verificare l’effettiva gravità della condotta addebitata al lavoratore”, poiché “la valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento, motivato dalla ricorrenza di una delle ... ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, non può conseguire automaticamente dal mero riscontro della corrispondenza del comportamento del lavoratore alla fattispecie tipizzata contrattualmente, ma occorre sempre che quest’ultima sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo”²⁸.

Eppure, qualcosa è avvenuto comunque, in misura certamente più consistente nel passaggio dal nuovo articolo 18 al decreto 23 del 2015, comportando indubbi scossoni alla tenuta del sistema: al di là della marginalizzazione della tutela reintegratoria, per un verso, è stata censurata la via di fuga dalla mera indennità rappresentata da quella ‘complessità giuridicizzata’ dei contratti collettivi, di cui s’è detto (cfr. nota 19); per altro verso, il profilo della *proporzionalità*, specchio di un’operazione valutativa che guarda proprio alla complessità del fatto al fine di vagliare la giustificatezza della più grave delle sanzioni disciplinari rispetto al comportamento del prestatore, è stato relegato in un angolo; questo dato, unitamente alla precisa scansione legislativa delle tutele spettanti al prestatore in caso di licenziamento illegittimo, rivela un’indubbia ‘mortificazione’ del ruolo dell’organo giudicante, che, dallo svolgere una delicata, e complessa, attività *valutativa* – la quale implica una ‘determinazione del valore di cose e fatti di cui si debba tenere conto ai fini di un giudizio o di una decisione’²⁹ – si ritrova adesso ingabbiato, salvo acrobazie ermeneutiche, in un rigido dettame che lo obbligherebbe a dover ‘semplicemente’ *scegliere* la sanzione applicabile.

in *ADL*, 2016, II, p. 1009, con nota di FAVRETTO, *Può il datore di lavoro limitare la sfera sessuale del lavoratore in nome degli obblighi di fiducia e correttezza?*

²⁸ Cass. 4 marzo 2013 n. 5280.

²⁹ V. la voce *Valutazione* in *www.treccani.it*.

3. Segue. *Le condotte extralavorative del prestatore e la loro valenza disciplinare*

Al di là del profilo sostanziale di cui s'è appena detto, vi sono altre due novità, alle quali non viene forse dato il giusto rilievo, che si innestano in quel quadro teso a scardinare, per vie 'indirette', la complessità della giusta causa. Con riguardo alla prima, è necessario fare un piccolo passo indietro, e ricordare come in tempi recenti un orientamento, pur minoritario, ribadisca l'esclusione delle fattispecie concernenti fatti diversi dall'inadempimento contrattuale dall'ambito del disciplinarmente rilevante, con la conseguenza, *in primis*, della non applicabilità della procedura di cui all'art. 7 St. lav.³⁰: "Quando vicende attinenti alla persona del prestatore determinino effetti obiettivamente negativi sull'azienda è ammissibile la configurabilità di una giusta causa 'oggettiva', intesa proprio 'come tutto ciò che non è inadempimento, ma che invece attiene alle ragioni aziendali' con conseguente licenziabilità del prestatore nel rispetto delle procedure di cui all'art. 7 l. n. 604/66 – qualora si versi nell'ambito applicativo dell'art. 18 St. lav. – e non, invece, delle procedure sancite all'art. 7 St. lav."³¹.

A tal riguardo, è noto come in una celeberrima pronuncia del 1982³² la Consulta, dirimendo un ampio contrasto dottrinale e giurisprudenziale circa

³⁰ Per commenti a tale norma cfr., tra gli altri, BORTONE, *Sub art. 7*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, 1979; SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO, *Sub art. 7*, in PROSPERETTI U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, I, Giuffrè, 1975; PERA, *Sub art. 7*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972.

³¹ CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro* (testo della relazione presentata in occasione delle giornate di studio Aidlass 2014 – Roma, Università "La Sapienza", 29-30 maggio – sul tema *Clausole generali e diritto del lavoro*, p. 101). V. altresì CAVALLARO, *Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione*, in *RTDPC*, 2014, p. 213 ss. In tempi recenti, prima della legge Fornero, un altro Autore che ha negato la natura "ontologicamente" disciplinare del licenziamento di cui si discute è MANNACIO, *Ancora sul licenziamento disciplinare*, in *LG*, 2012, p. 484 ss. In giurisprudenza, le sentenze di merito sono riconducibili fondamentalmente ai Tribunali di Bari e di Teramo: cfr., fra le più recenti, Trib. Teramo 11 marzo 2015 n. 288; 11 giugno 2014 n. 339; 13 novembre 2013 n. 789; 22 luglio 2013 n. 522; 16 luglio 2013 n. 491; Trib. Bari 21 febbraio 2017; 21 ottobre 2014; 24 febbraio 2014; 19 novembre 2013. Tra le pronunce di legittimità, v. Cass. 16 gennaio 1996 n. 307; 24 settembre 1991 n. 9953.

³² C. Cost. 30 novembre 1982 n. 204, in, tra le altre, *RIDL*, 1983, II, p. 214, con nota di SUPPIEJ, *La Corte costituzionale legifera sui licenziamenti individuali?*; in *GC*, 1983, I, p. 19, con nota di PERA, *Il licenziamento come sanzione disciplinare*. V., per una panoramica sugli interventi della Corte costituzionale in materia di licenziamento disciplinare, ZILIO GRANDI, *Corte costituzionale e licenziamento disciplinare*, in *LD*, 1992, p. 99 ss.

l'applicabilità o meno delle garanzie statutarie ai licenziamenti individuali intimati ‘per colpa’ del lavoratore³³, abbia dichiarato l’illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell’articolo 7 dello Statuto interpretati nel senso della loro inapplicabilità ai licenziamenti disciplinari “per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro”. Siffatta interpretazione, rilevava la Corte, rappresentava una violazione dell’art. 3 Cost., in quanto assoggettava l’irrogazione di una sanzione grave come il licenziamento – solo per mancanza di un elemento formale – ad una disciplina meno garantista, in termini di contraddittorio, di quella prevista dalla legge per la comminatoria di sanzioni meno gravi.

Tale sentenza, tuttavia, non risolveva la questione definitoria del licenziamento disciplinare. E così, in seguito ad essa, un primo filone interpretativo sostenne la necessità, ai fini dell’applicazione delle garanzie statutarie, di una *esplicita qualificazione* in tali termini – ad opera della contrattazione collettiva o della regolamentazione aziendale – del licenziamento per mancanze, nel senso della sua inclusione tra le sanzioni disciplinari (c.d. teoria ‘formalistica’); diversamente, un secondo orientamento (c.d. teoria ‘ontologica’) rilevò come fosse necessario considerare la *ratio* sottostante alla decisione, più che la ‘formale qualifica’ del licenziamento, perché non vi fosse una disparità di tutela tra il lavoratore colpito da una sanzione disciplinare conservativa e quello destinatario di una sanzione espulsiva³⁴.

Cinque anni più tardi le Sezioni Unite della Cassazione³⁵ ribadivano

³³ Alcuni autori proponevano la totale applicazione dell’art. 7 St. lav. ai licenziamenti qualificati come disciplinari: fra gli altri, BORTONE, *Sub art. 7*, cit.; MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973; SPAGNUOLO VIGORITA, FERRARO G., *Sub art. 7*, cit.; altri la escludevano *in toto*: ad esempio ASSANTI, *Studio sull’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *OGL*, 1971, p. 300; ZANGARI, *Potere disciplinare e licenziamento*, Giuffrè, 1971. Una soluzione intermedia, concernente l’applicazione dei soli primi tre commi dell’art. 7, era proposta, tra gli altri, da PERA, *Sub art. 7*, cit.

³⁴ V., in argomento, fra gli altri, DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dopo l’intervento della Corte costituzionale: profili problematici e prospettive*, in *FI*, 1983, I, c. 855 ss.; FERRARI, *Il licenziamento disciplinare tra concezione “ontologica” e concezione “formale” e i limiti di applicabilità dell’art. 7 dello statuto dei lavoratori*, in *GM*, 1986, I, p. 25 ss.; MAGRINI, *Procedimento disciplinare e licenziamento per giustificato motivo soggettivo (ovvero, come nasce una “massima”)*, in *GC*, 1984, p. 803 ss.; PAPALEONI, *Perplexità applicative sulla nozione ontologica del licenziamento disciplinare*, in *GC*, 1986, I, p. 1717 ss.

³⁵ Cass. Sez. Un. 1 giugno 1987 n. 4823, in, tra le altre, *FI*, 1987, I, c. 2031, con nota di DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte costituzionale alle Sezioni unite: opzione per la tesi “ontologica”, chiara definizione dei ruoli, coerente assetto delle fonti*; in *RGL*, 1987, II, p. 219, con nota di

come dovesse essere disattesa la tesi formalistica del licenziamento disciplinare, avvalorando la concezione ontologica, secondo la quale “il licenziamento ha natura disciplinare ogni volta che sia motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa (intesa in senso generico) al lavoratore”; licenziamento che, precisava la Corte, “copre l’area del licenziamento per giustificato motivo soggettivo (notevole inadempimento) ed, in parte, quella del licenziamento per giusta causa”³⁶.

È proprio questo, a parere di chi scrive, un punto debole della pronuncia, nel momento in cui comporta l’esclusione dalla qualifica di ‘disciplinare’ del licenziamento per giusta causa concernente fatti diversi dall’inadempimento contrattuale del lavoratore. Tale esclusione si tinge infatti di una inevitabile irragionevolezza, laddove comporta una diversità di trattamento per il lavoratore colpito dalla medesima sanzione (recesso senza preavviso): tutelato dalle garanzie procedurali per quei comportamenti manchevoli maggiormente idonei, per la loro attinenza alla prestazione lavorativa, a suscitare dubbi su quella *correttezza degli adempimenti futuri* cui si riferisce la giurisprudenza³⁷, e non invece rispetto a condotte estranee alla prestazione lavorativa.

MAZZIOTTI, *Natura “ontologica” del licenziamento disciplinare e applicazione generalizzata dell’art. 7, commi 1-3, Statuto dei lavoratori.*

³⁶ Nella pronuncia di cui si discute la Corte affrontava anche la questione della *pubblicità del codice disciplinare*, operando un netto distinguo tra sanzione espulsiva e sanzioni conservative: mentre per tali ultime, alla luce del rinvio operato dall’art. 2106 cod. civ., la fonte del potere del datore “è soltanto indirettamente la legge”, con la conseguenza che “qualsiasi sanzione disciplinare conservativa può essere irrogata soltanto se, e nei casi in cui, sia espressamente prevista da tale normativa”, la fonte del potere di recesso si rinvia direttamente nella fonte normativa (artt. 1 e 3 l. n. 604/66; artt. 2118 e 2119 cod. civ.), con la conseguenza che “per l’intimazione del licenziamento per colpa ... la compilazione del codice e la sua pubblicazione costituiscono il contenuto di oneri di più limitata rilevanza, il cui adempimento non costituisce condizione indefettibile per l’esercizio del potere di recesso, ma soltanto un mezzo idoneo, in via preventiva, ad impedire che determinati comportamenti siano tenuti, in via repressiva, a rendere meno incerta e discutibile la validità del recesso”. In tale ottica, la giurisprudenza successiva ha in più occasioni sottolineato che la predisposizione e preventiva affissione del codice disciplinare non è obbligatoria per comportamenti connotati da evidente disvalore sociale, “il cui divieto (sia o non penalmente sanzionato) risiede nella coscienza sociale quale minimo etico e, comunque, concretanti violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro”: Cass. 4 marzo 2009 n. 5214. Tra le sentenze che si occupano della questione, facendo leva sul c.d. *minimo etico* o sulla violazione dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, Cass. 10 novembre 2017 n. 26682; 24 febbraio 2017 n. 4826; 23 settembre 2016 n. 18724; 16 agosto 2016 n. 17113; 30 aprile 2015 n. 8784; 3 ottobre 2013 n. 22626; 18 settembre 2009 n. 20270.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 22 settembre 2016 n. 18587; 11 luglio 2016 n. 14103; 3 luglio 2015

Del resto, la stessa Suprema Corte³⁸, riprendendo le affermazioni del giudice costituzionale nella nota pronuncia n. 204 del 1982, afferma chiaramente come “non si sfugg[a] all’alternativa: o i comportamenti privati sono privi di interesse per il datore di lavoro, ed allora egli non può in alcun modo occuparsene, perché non è legittimato a sindacare comportamenti privati per lui irrilevanti; oppure il datore di lavoro li ritiene rilevanti e tali da comportare la risoluzione del rapporto, ed allora tale valutazione implica che essi incidano su obblighi accessori del rapporto e sul vincolo fiduciario; e cioè che abbiano una rilevanza disciplinare”³⁹.

Sul versante legislativo, con l’entrata in vigore del ‘nuovo’ articolo 18 viene compiuto, da questo punto di vista, un passo importante: “per la prima volta nel lavoro privato ... una norma di legge usa l’espressione ‘licenziamento disciplinare’ per fare riferimento a quello per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa”⁴⁰; per altro verso, l’art. 7, co. 1, l. n. 604/66 – come modificato dalla stessa legge n. 92/12 – precisa che l’art. 7 St. lav. si applica al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo. In entrambi i casi, non vi è alcuna distinzione tra le diverse ‘ipotesi’ di giusta causa.

Il d.lgs. n. 23/15, invece, rimescola con disinvoltura le carte – anche – su questo punto: all’art. 3, co. 3, sancisce infatti la *non applicabilità* dell’art. 7 della legge 604 del ’66 al licenziamento dei lavoratori assunti in seguito alla sua entrata in vigore. La *ratio* della disposizione è quella di intervenire sulla conciliazione preventiva, divenuta obbligatoria, in seguito alla legge Fornero, per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, eliminando tale vincolo per i lavoratori assunti con il nuovo Catuc⁴¹; eppure, nel far ciò, sembra di-

n. 13659; 25 giugno 2015 n. 13158; 15 giugno 2015 n. 12343; 9 aprile 2014 n. 8374; 8 novembre 2013 n. 25203.

³⁸ Cass. 21 luglio 2004 n. 13526, in *OGL*, 2004, I, p. 669.

³⁹ Anche la Corte Costituzionale (25 luglio 1989 n. 427) ha sottolineato come “principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 della Costituzione) richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall’art. 7 dello Statuto dei lavoratori...”.

⁴⁰ Cfr. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 st. lav.*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 49. Nello specifico, il comma 7 parla di “licenziamento determinato ... da ragioni disciplinari”.

⁴¹ Secondo l’acronimo coniato da L. Zoppoli, di cui v., oltre ai contributi citati, *Il “riordino”*

menticare l'inciso di cui al primo comma dell'art. 7, che, come si è visto poc' anzi, ribadisce l'*applicabilità*, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 St. lav., a conferma dell'estensione delle garanzie ivi contenute a *qualunque tipo* di licenziamento che abbia natura 'ontologicamente disciplinare', sia esso attinente o meno a condotte direttamente riconducibili alla prestazione lavorativa. Qualche Autore ha ritenuto che con tale sfortunata dizione il legislatore abbia voluto eliminare, per i neoassunti, le garanzie procedurali di cui alla norma statutaria, "evidentemente considerate d'intralcio ad una velocizzazione dei provvedimenti espulsivi"⁴². Tale tesi, assolutamente minoritaria, appare non condivisibile per almeno due ragioni: *in primis*, se così fosse, la norma solleverebbe non pochi dubbi di legittimità costituzionale, operando una ingiustificata differenziazione tra vecchi e nuovi assunti con riguardo ad un elemento cardine della difesa del prestatore. In secondo luogo, la perdurante applicabilità dell'art. 7 può dedursi da un riferimento testuale del medesimo decreto: non deve dimenticarsi, infatti, che l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/15 riserva una delle (poche) ipotesi di reintegrazione all'insussistenza del fatto materiale *contestato*, con la conseguenza che la *mancata contestazione* dell'addebito di cui all'art. 7 St. lav. dovrebbe comportare l'applicazione della tutela più forte⁴³, distinguendo tale ipotesi da quella in cui la contestazione sia "priva di adeguata specificità o risult[i] violato uno dei passaggi o termini procedurali richiesti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per l'esercizio del potere disciplinare"⁴⁴: in tal caso si verterebbe in una violazione procedurale con con-

dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale, in *DRI*, 2015, p.76 ss.; *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto di lavoro a tutele crescenti*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – *Collective Volumes*, n. 3/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 10 ss.

⁴² M. MEUCCI, *Il Jobs Act ovvero la riduzione delle tutele del lavoro*, in www.altalex.com (articolo del 23 febbraio 2015).

⁴³ In dottrina v., fra gli altri, BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, 2015, pp. 1055-1056; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, I, p. 329, i quali propendono per un'equiparazione della carenza assoluta della contestazione all'insussistenza del fatto materiale "contestato". In giurisprudenza, pervengono alla conclusione circa l'applicabilità, in tale ipotesi, della tutela reintegratoria attenuata, Cass. 21 aprile 2017 n. 10159; 14 febbraio 2016 n. 25745, secondo cui "il radicale difetto di contestazione dell'infrazione ... determina l'inesistenza della procedura (o procedimento disciplinare) e non solo delle norme che lo disciplinano, con applicazione della tutela della reintegra...".

⁴⁴ MARAZZA, *op. ult. cit.*, pp. 329-330. Di diverso avviso CESTER, *I licenziamenti nel Jobs*

seguinte applicazione della indennità ridotta di cui al primo comma dell’art. 4 del decreto.

4. Segue. *I limiti alla ricorribilità in Cassazione*

A conclusione di questo percorso si vuole affrontare, brevemente, un’ultima questione, di primaria importanza, per il discorso che qui ci riguarda, in quanto anch’essa direttamente collegata, pur da una diversa angolazione, alla complessità della giusta causa: si tratta della *sindacabilità* della decisione del giudice di merito da parte della Corte di legittimità, con specifico riguardo alla congruenza dell’iter logico-motivazionale del provvedimento rispetto ai “principi propri dell’ordinamento lavoristico” ed a quegli “standard valutativi” che contribuiscono alla concretizzazione del “diritto vivente e, nel campo del lavoro, [del]la c.d. civiltà del lavoro”⁴⁵. Il riferimento è all’intervento, da parte del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (conv. in l. 7 agosto 2012 n. 134) sull’art. 360, co. 1, n. 5, cod. proc. civ., che ha comportato, come noto, la sostituzione del motivo di ricorso *per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*, per le sentenze pubblicate a partire dall’11 settembre 2012, con l’*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*.

Prima di procedere con qualche riflessione sul punto, è doveroso ricordare (in quanto questione strettamente correlata alla prima) come già tra il 2008 ed il 2009 l’elemento-cardine dei provvedimenti giurisdizionali abbia subito una serie di contraccolpi che ne hanno, via via, divelto le radici; questo, grazie agli interventi sugli artt. 132, co. 2, n. 4, cod. proc. civ.⁴⁶, 429 cod. proc. civ.⁴⁷, e, soprattutto, 118 disp. att.: tre norme che ‘definiscono’ la motivazione e che, insieme all’art. 360 cod. proc. civ., trovano il giusto coronamento nel-

Act, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 273/2015, in <http://csdle.lex.unict.it>, che considera una “forzatura” della norma l’equiparazione tra assenza di motivazione o di contestazione e insussistenza del fatto – materiale – contestato, propendendo piuttosto per l’applicazione della sola tutela indennitaria debole, tanto in ipotesi di genericità quanto di mancanza della contestazione disciplinare, “qualora il lavoratore abbia fondato la sua domanda su tali vizi” (p. 83).

⁴⁵ Cass. 13 aprile 1999 n. 3645.

⁴⁶ Ai sensi del quale, in seguito alla modifica intervenuta nel 2009, la sentenza deve contenere la “concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”.

⁴⁷ Nel processo del lavoro, tale norma prevede che la sentenza contenga l’esposizione – non per forza *concisa*, stando al dato testuale – “delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”.

l'art. III, co. 6, Cost. Senza poter qui entrare nel dettaglio della questione⁴⁸, basti ricordare che l'esito delle modifiche apportate a tali norme è stato un radicale snellimento – direi, ‘ontologico’ – della motivazione, oggi ridotta alla *succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione*, anche mediante il *riferimento a precedenti conformi*⁴⁹: una formulazione che ha suscitato non pochi dubbi di legittimità costituzionale, poiché va ad incidere inevitabilmente sulla “qualità” della giustificazione del provvedimento giurisdizionale⁵⁰, riguardando l'esternazione dell'iter logico che ha fondato il convincimento dell'autorità giudicante; dato che si ripercuote, inevitabilmente, anche sull'attività di chi, in ultima istanza, quel provvedimento dovrà valutarlo, quantomeno dal punto di vista della sua coerenza logico-formale.

Tale premessa ci riconduce all'art. 360, co. 1, n. 5, cod. proc. civ.⁵¹. La

⁴⁸ In argomento, *ex multis*, BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Utet, 2009, sp. p. 42 ss.; BORGHESI, DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Utet, 2013, sp. p. 281 ss.; TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, in ID. (a cura di), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, 2010. Dello stesso Autore v. anche *Addio alla motivazione?*, in *RTDPC*, 2014, p. 375 ss.; *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *LD*, 2014, p. 373 ss.

⁴⁹ Tale formulazione si deve all'intervento della l. 18 giugno 2009 n. 69 (art. 52, co. 5) sull'art. 118 – da ritenersi norma prevalente rispetto alle altre due sopra citate, in quanto di carattere generale: cfr. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 374 – ed alle successive vicende che, quattro anni più tardi, ne hanno dapprima comportato un'ulteriore modifica – ci si riferisce all'intervento dell'art. 79, co. 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 – per poi riconsegnare alla storia la vecchia versione, in seguito all'abrogazione dell'art. 79 ad opera della legge di conversione del decreto n. 69/13, la n. 98 del 9 agosto 2013; la reviviscenza della versione del 2009 dell'art. 118 è confermata anche dai richiami operati dalle più recenti sentenze della Suprema Corte, tra cui Cass. 26 aprile 2017 n. 10321; 9 novembre 2016 n. 22777; 5 agosto 2016 n. 16516; 10 giugno 2016 n. 11985; 20 aprile 2016 n. 7778; 24 febbraio 2016 n. 3597; 18 dicembre 2015 n. 25550.

⁵⁰ In termini estremi, e, naturalmente, provocatori, si è osservato che “[...] l'enunciato ‘si è verificato il fatto X’ può essere il frutto di intuizioni notturne, di una irrazionale *intime conviction*, del racconto di una vecchia zia o di un amico fidato, del responso di un astrologo, della lettura dei fondi di caffè o del volo degli uccelli, o di altre consimili metodologie. In ogni caso, affermare che il giudice deve limitarsi ad esprimere enunciati di questo genere significa, tra l'altro, porre nel nulla il divieto di scienza privata che costituisce l'indubbio nucleo di significato dell'art. 115 [...], e che ovviamente vale anche nel processo del lavoro. È chiaro, infatti, che se il giudice non deve spiegare perché formula un enunciato di fatto, può benissimo farlo fondandosi esclusivamente sulla sua scienza privata. Tutto sommato, per eludere il divieto posto dall'art. 115 gli basterebbe non dirlo (poiché, anzi, sulla base dell'art. 118, non *dovrebbe* dirlo)” (TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 375).

⁵¹ In relazione all'intervento del 2012 su tale norma v., *ex plurimis*, BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it* (articolo del 2 luglio 2012); CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo*

nuova formulazione della norma rappresenta in realtà un salto all’indietro di ben settant’anni: il riferimento all’*omesso esame circa* (nella versione originale *dì*) *un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti* compariva infatti nel codice di rito del ’42, con l’intento di circoscrivere le “ingerenze della Cassazione nella *quaestio facti* al fine di contrastare la ‘pratica giudiziaria’ che sotto il vigore del codice del 1865 [...] aveva esteso in maniera ‘esorbitante’ il difetto di motivazione”⁵². Dal 1950 al 2012 – salve alcune modifiche intervenute nel 2006 – la lettera del n. 5 ha accolto una formulazione che consentiva di censurare in ultimo grado la carenza, incompletezza o incoerenza della motivazione di un provvedimento di merito in relazione ad un “fatto controverso e decisivo per il giudizio”.

La “limpidezza concettuale” della vecchia formulazione della norma aveva consentito lo sviluppo di una giurisprudenza “granitica” che spiegava come “la denuncia del vizio di motivazione non conferis[s]e al giudice di legittimità il potere di riesaminare il merito della vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, ma solo la facoltà di controllare, sotto il profilo della coerenza logico-formale, le argomentazioni svolte dal giudice di merito”⁵³. Tale formulazione ha consentito, negli anni, alla Corte, di costruire il vizio di motivazione “come una ‘porta stretta’ attraverso la quale far passare, con meditata attenzione, quel controllo sulla motivazione in fatto della sentenza di merito strettamente funzionale alla tutela del valore costituzionale della motivazione ed all’esercizio della funzione nomofilattica”⁵⁴. Nella pratica, però,

civile, ivi; CARRATTA, *Il giudizio di Cassazione nell’esperienza del “filtro” e nelle recenti esperienze legislative*, in *GI*, 2013, p. 241 ss.; CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *CG*, 2012, p. 1133 ss.; COSTANTINO, *Le riforme dell’appello civile e l’introduzione del filtro*, in *www.treccani.it*; DE SANTIS, “*Filtro in appello*”, “*doppia conforme*” e “*ridotta*” *censura in Cassazione per vizio della motivazione nei procedimenti fallimentari*, in *Fall.*, 2013, p. 393 ss., sp. par. 1; TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, cit.; ID., *La motivazione della sentenza*, cit.; VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it* (articolo del 14 novembre 2012).

⁵² Cfr. DI IASI, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *RTDPC*, 2013, p. 1442. L’Autrice ben chiarisce, in relazione alle due versioni della norma – quella del 1942 e quella del 2012 – come “stessa formulazione non vuol dire necessariamente stesso significato”, poiché l’esegesi del nuovo testo “non potrà prescindere dalla cultura (in senso lato e più specificamente giuridico) contemporanea, cioè da tutto ciò che in questi settanta anni è intervenuto a modulare il significato di quei termini sia nella comunicazione in generale che nell’ambito giuridico in particolare”.

⁵³ DI IASI, *op. cit.*, p. 1445.

⁵⁴ *Ivi*.

come noto, i giudici di ultima istanza sono finiti non di rado a riesaminare i fatti di causa: si è cioè assistito ad una riconduzione dell'attività interpretativa del giudice, anche nella componente 'fattuale', al sindacato di legittimità, attraverso l'appiglio ai numeri 3 e 5 dell'art. 360, volto a sollecitare un intervento degli Ermellini sulle argomentazioni dei giudici di merito⁵⁵.

Così, l'*intentio legis* del 2012 appare chiara: la nuova formulazione ha inteso "escludere il sindacato della Corte sulla motivazione del provvedimento impugnato e sull'iter logico che la sorregge"⁵⁶. Gli stessi giudici di legittimità, in numerose pronunce, anche a Sezioni Unite⁵⁷, ribadiscono la "riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità", verso cui convergono "volontà del legislatore e scopo della legge"⁵⁸.

L'eliminazione di ogni riferimento testuale alla motivazione, nel corpo della norma, viene ritenuta "impropria e deviante", poiché "fa irrompere il fatto (e il suo accertamento) direttamente nel giudizio di legittimità, senza più alcun accenno al *medium* rappresentato dalla motivazione"⁵⁹; come a dire che tale omissione comporta il rischio di 'deresponsabilizzare' l'organo giu-

⁵⁵ Come già evidenziato anni or sono da CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in GC, 2000, I, pp. 322-323.

⁵⁶ CARRATTA, *op. cit.*, p. 241 ss. Si ricorda che la ricorribilità in Cassazione viene limitata anche dalla regola della c.d. "doppia conforme" (cfr. art. 348-ter, co. 4 e 5, cod. proc. civ.), concernente l'impossibilità di fondare il ricorso per Cassazione sul motivo di cui al novellato art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. – bensì solo sui motivi di cui ai numeri da 1 a 4 – laddove l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello ai sensi del nuovo art. 348-bis cod. proc. civ. sia "fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata", ed anche qualora la sentenza di appello sia meramente confermativa di quella di primo grado.

⁵⁷ A partire dalla numero 8053 del 7 aprile 2014 e la numero 19881 del 22 settembre dello stesso anno, fino ad altre più recenti tra le quali, per citarne alcune, Cass. Sez. Un. 22 giugno 2017 n. 15486; 20 giugno 2017 n. 15276; 17 marzo 2017 n. 6967; 29 dicembre 2016 n. 27455; 19 dicembre 2016 n. 26127.

⁵⁸ L'orientamento espresso dalla Suprema Corte a seguito della riforma del 2012 riprende quel *self-restraint* operato dagli stessi giudici di legittimità anni or sono, in particolare nella pronuncia, sempre a Sezioni Unite, n. 5888 del 16 maggio 1992. Del resto, già nei lavori parlamentari si evidenziava come la riformulazione del comma 1, n. 5, dell'art. 360 cod. proc. civ., fosse finalizzata ad "evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali", a supporto della "generale funzione nomofilattica propria della Suprema Corte di cassazione, quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*".

⁵⁹ DI IASI, *op. cit.*, p. 1443.

dicante, incidendo, prima ancora che “sui poteri censori della Cassazione”, proprio sugli obblighi di quest’ultimo attinenti alla motivazione dei provvedimenti emessi: la nuova formulazione del n. 5 dell’art. 360, infatti – qui sta il punto nodale – “non richiede più espressamente una motivazione (meno che meno logica e sufficiente) in ordine ai fatti decisivi, ma solo il riscontro – in motivazione – dell’avvenuto esame di essi”⁶⁰.

Tuttavia, la Corte potrà intervenire – quantomeno, in relazione alla *materiale esistenza* ed alla *logicità* della motivazione – in base al numero 4 del primo comma dell’art. 360 cod. proc. civ., il quale contempla, quale motivo di ricorso in Cassazione, la “nullità della sentenza o del procedimento”: i giudici di legittimità potranno infatti continuare a “sanzionare i vizi della motivazione come ragioni di nullità della sentenza per violazione dell’art. 132 n. 4, e nel rito del lavoro per violazione dell’art. 429”⁶¹, alla luce del disposto di cui all’art. 111, co. 6, Cost., il quale, lo si ricorda, richiede che *tutti i provvedimenti giurisdizionali siano motivati*. Detto in altri termini, se è pur vero che la riforma del 2012 limita fortemente la sindacabilità, in sede di giudizio di legittimità, della motivazione, la porta resta aperta per quelle fattispecie in cui il vizio di motivazione configura una *violazione di legge*, ovvero quando lo stesso sia “così radicale da comportare con riferimento a quanto previsto dall’art. 132, n. 4, cod. proc. civ. la nullità della sentenza per ‘mancanza della motivazione’”⁶²; mancanza, che, a sua volta, precisano i giudici di legittimità, si configura qualora la motivazione “manchi del tutto, nel senso che alla premessa dell’oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l’enunciazione della decisione senza alcuna argomentazione” ovvero qualora “essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*”⁶³.

⁶⁰ *Ivi*, p. 1451.

⁶¹ TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 380.V., ancora, sul punto, fra gli altri, CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, 2012, *Appendice di aggiornamento*, 2013, p. 115; POLI, *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Giappichelli, 2013, p. 202; CAPPONI, *L’omesso esame del n. 5) dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *www.judicium.it*, p. 7; CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi*, cit., p. 1140; RAVENNA, *La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sul nuovo vizio di motivazione ex art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c.*, in *www.judicium.it*, sp. pp. 4-5.

⁶² Cass. Sez. Un. n. 8053/14.

⁶³ In tal senso, al di là di numerose pronunce a Sezioni Unite (tra le altre, la n. 8053/14; la

5. *Qualche osservazione conclusiva*

Le riflessioni sin qui proposte hanno inteso porre in rilievo come, nonostante, formalmente, il concetto di *giusta causa* non abbia subito rimaneggiamenti ad opera dei più recenti interventi legislativi, le profonde innovazioni sostanziali e processuali degli ultimi anni hanno in realtà profondamente inciso, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, sull'essenza stessa di tale concetto, rappresentata da quella *complessità* che da sempre la caratterizza e guida l'attività dell'interprete: da un lato, come si è visto, la riforma Fornero, intervenendo in maniera incisiva sull'art. 18 St. lav., ha aperto la strada ad interrogativi sulla rilevanza giuridica o meramente materiale del fatto oggetto di valutazione giudiziale, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria; riflessione proseguita anche in seguito all'espresso riferimento del *Jobs Act* alla materialità dello stesso, pur nella evidente difficoltà di fronteggiare la volontà di destrutturare l'articolato percorso che, per decenni, ha posto l'accento sulla complessità dei concetti elastici, tra cui spicca per l'appunto la giusta causa.

Sul versante processuale, accade qualcosa di ancora più destabilizzante: le riforme del 2008–2009 (in particolare, la modifica dell'art. 118 disp. att.) colpiscono al cuore l'essenza dei provvedimenti giudiziali, ovvero la *motivazione*, al punto da domandarsi se nel legislatore sia ravvisabile “una precisa volontà diretta a svuotare surrettiziamente la norma di ogni significato”⁶⁴, con grave pregiudizio della completezza processuale, in particolare in relazione all'art. III, co. 6, Cost.; è evidente, infatti, che l'*esposizione succinta* di un fatto non significa “*giustificare* l'affermazione di quel fatto, adducendo le ragioni per le quali essa deve considerarsi fondata (e veritiera)”⁶⁵. Siffatto disegno sembra completarsi con la riforma del 2012, che elide, dall'art. 360, co. 1, n. 5, qualsiasi riferimento alla *motivazione*. Per fortuna, come è stato evidenziato, il controllo sulla stessa continua a trovare comunque un appiglio – partendo dall'art. III Cost. e valorizzando, sul versante processuale, l'art. 132, n. 4, cod. proc. civ., che consente di affermare l'*essenzialità* della motivazione

n. 9032/14; la n. 19881/14; la n. 471/15; la n. 25977/16 e la n. 26125/16), v., tra le più recenti, Cass. 16 febbraio 2018 n. 3905; 30 gennaio 2018 n. 2266; 19 gennaio 2018 n. 1430; 20 dicembre 2017 n. 30649; 15 settembre 2017 n. 21429; 20 giugno 2017 n. 15209.

⁶⁴ TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 375.

⁶⁵ *Ivi*.

in un provvedimento giudiziale⁶⁶ – nel n. 4 dell’art. 360, potendo ravvisare un *error in procedendo* del giudice, che si riverbera sulla sentenza, ogniqualvolta la stessa, pur presente, sia “inidonea a garantire la comprensione dell’iter logico seguito dal giudicante, e a fondare la statuizione sul diritto da questi resa”⁶⁷. Tuttavia, la portata del cambiamento attuato con la riforma appare evidente, soprattutto se si tiene a mente che il meccanismo delineato non sembra salvaguardare la ‘sufficienza’ della motivazione⁶⁸, rivolgendosi solo, come si è anticipato, alla sua *totale carenza* o *manifesta illogicità*; il che non può non destare serie preoccupazioni se solo si pensa, ancora una volta, alla complessità della giusta causa ed alla ‘completezza’, sia dal punto di vista della coerenza che della sufficienza, che dovrebbe necessariamente sorreggere l’iter logico della convalida giudiziale di un provvedimento espulsivo che spieghi come un comportamento, ancor più se legato alla vita privata di un dipendente, possa incidere su quella serenità del datore circa la *correttezza degli adempimenti futuri* di cui parla la giurisprudenza.

Per quanto, e questo è un dato certamente positivo, l’impatto destrutturante delle riforme di cui s’è detto – in particolare, del d.lgs. n. 23 del 2015 – si sia scontrato con un poderoso afflato ristrutturante di giurisprudenza e dottrina, particolarmente incisive negli spazi aperti lasciati dalla legge Fornero – soprattutto con riguardo all’interpretazione del “fatto” – tali riforme ci consegnano un giudice che più che *valutare* ‘sceglie’ la sanzione da applicare entro margini ben prestabiliti dalla legge; che più che *motivare* ‘enuncia’ – ed in maniera concisa – fatti e ragioni giuridiche alla base della sua decisione. Il tutto nell’ottica di una semplificazione che non è detto affatto coincida con una buona qualità del processo, e che pone seri dubbi di costituzionalità laddove finalizzata a “limitare o ad escludere, di fatto o di diritto, la motivazione della sentenza”⁶⁹: una semplificazione, del resto, che non sarà mai in grado di ridurre la complessità di concetti, come

⁶⁶ Cfr. CONSOLO, *op. cit.*, p. 1140.

⁶⁷ *Ivi.*

⁶⁸ Al di là del *leading case* rappresentato da Cass. n. 8053/14 – che, come si è detto, richiama l’orientamento espresso dalla pronuncia n. 5888/1992 – molte sono le pronunce che ribadiscono come “al compito assegnato alla Corte di Cassazione dalla Costituzione resta estranea una verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle *quaestiones facti*”: fra le più recenti, in tal senso, Cass. 19 dicembre 2017 n. 30434; 6 luglio 2017 n. 16681; 22 marzo 2017 n. 7338; 3 ottobre 2016 n. 19692; 21 marzo 2016 n. 5529; Sez. Un. n. 471/15; n. 19881/14; n. 9032/14.

⁶⁹ TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 387.

la giusta causa, che affondano le proprie radici sino alla *coscienza generale*, con l'evidente rischio, per quel che qui ci concerne, di non tenere nella debita considerazione il fatto che “il recesso interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali”⁷⁰.

⁷⁰ SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics*, cit. (parte I), p. 349.

Abstract

Nonostante gli interventi legislativi degli ultimi anni in materia di licenziamento disciplinare e di ‘razionalizzazione’ del processo civile non abbiano toccato, formalmente, l’art. 2119 cod. civ., l’essenza stessa della giusta causa si è inevitabilmente scontrata con una realtà tesa a scardinarne quella connaturata complessità delineata, nel tempo, da costante giurisprudenza di merito e di legittimità. Tale processo viene esaminato con riguardo a tre profili di interesse concernenti, da un punto di vista sostanziale, il “fatto” oggetto della tutela reintegratoria debole e la rilevanza disciplinare della condotte extra-lavorative del prestatore di lavoro, nonché, sul versante procedurale, gli interventi sulla motivazione delle sentenze civili e la ricorribilità in Cassazione.

The recent legal regulation concerning the dismissal for employee’s fault and the ‘rationalization’ of the civil trial has not ‘formally’ touched article 2119 of the Civil Code. Nevertheless, the essence, itself, of the so called “giusta causa” (just cause) has inevitably clashed with a reality aimed at undermining that complexity developed by established case law. This article provides an analysis of this topic with special regard to three issues concerning: the interpretation of the “fact” related to the so called “weak reinstatement protection” (article 18, para. 4, of Law no. 300/70); the specific relevance of the employee’s behaviour outside the workplace, and, with regard to procedural law, the interventions concerning the motivation of civil judgments and the recourse to the Supreme Court.

Corte costituzionale 1 dicembre 2017, n. 250 – Pres. Grossi, Rel. Sciarra

Perequazione – Pensioni – Sostenibilità del sistema di sicurezza sociale – Equilibrio di bilancio – Uguaglianza intergenerazionale.

Il binomio tra art. 36 e art. 38 Cost. ha un campo di applicazione delimitato, nel senso che i diritti previdenziali-pensionistici sottostanno alle procedure e agli effetti di cui all'art. 81 Cost. La costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio significa, anche per i diritti ex art. 38 Cost., tradurre in procedimenti di controllo ex ante e in fieri, oltre che ex post, il costo dei diritti in osservanza della promessa di solidarietà intergenerazionale di cui all'art. 81 Cost., la quale sarebbe altrimenti frustrata e intaccata dal debito pubblico (nel caso, il debito pensionistico per le successive generazioni).

★ ★ ★

Michele Faioli

Il costo dei diritti previdenziali tra sostenibilità finanziaria ed equilibrio intergenerazionale*

Sommario: **1.** I giudici rimettenti fraintendono il giudice costituzionale: il binomio artt. 36 e 38 Cost. **2.** Le puntualizzazioni della Corte. **3.** L'art. 81 Cost., nella prospettiva di uguaglianza intergenerazionale, ha una funzione previdenziale.

1. *I giudici rimettenti fraintendono il giudice costituzionale: il binomio artt. 36 e 38 Cost.*

La Corte costituzionale, con la sentenza 1 dicembre 2017, n. 250, ha sistemato la traiettoria dell'interpretazione che alcuni giudici rimettenti (Torino, Genova, La Spezia, Cuneo, etc.) avevano maldestramente elaborato, tra il 2016 e il 2017, in relazione a C. Cost. 30 aprile 2015, n. 70. I medesimi giudici hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, co. 25 e 25-bis, d.l.n. 201/11, così come modificato nel 2015¹.

I giudici rimettenti, utilizzando la giurisprudenza costituzionale del 2015 e del 2010², ritenevano, a torto, che nell'ordinamento italiano fosse sussistente

* Nella rivista *federalismi.it*, n. 3 del 2018, è stata pubblicata una prima versione della presente nota.

¹ Successivamente alla sentenza C. Cost. n. 70/15, l'art. 24, co. 25 e 25-bis, d.l. n. 201/11 è stato modificato dal d.l. 21 maggio 2015, n. 65 (conv. con mod. l. 17 luglio 2015, n. 109), dall'art. 1, co. 483, l. 27 dicembre 2013, n. 147 e dall'art. 1, co. 286, l. 28 dicembre 2015, n. 208. Si v. la ricostruzione giurisprudenziale svolta da BOZZAO, *Il pensiero della consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza "retributiva" o "redistributiva" della pensione?*, in questa Rivista, 2015, p. 362 ss. Si v., inoltre, i due orientamenti prevalenti tra gli studiosi di diritto della previdenza sociale; da una parte, si v. lo scritto di PANDOLFO, *Gioco di oneri tra giudici e legislatore*, in <http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2015-05-11/gioco-oneri-giudici-e-legislatore-080227.shtml?uuid=ABdYuydD> (pagina visitata il 28 gennaio 2018); in questa linea, anche SANDULLI, *La "telenovela" costituzionale della perequazione pensionistica (Corte cost. n. 70/2015)*, in <http://www.mefop.it/blog/blog-mefop/telenovela-costituzionale-perequazione-pensionistica> (pagina visitata il 28 gennaio 2018); si v. anche SANDULLI, *Dal monito alla caducazione delle norme sul blocco della perequazione delle pensioni*, in *GCost*, 2015, p. 559 ss.; di diverso avviso, invece, PESSI R., *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2015, p. 400 ss.

² Con la sentenza 3 novembre 2010, n. 316, il giudice costituzionale aveva salvato l'art. 1, co. 19, l. 24 dicembre 2007, n. 247, ritenendo che ci fosse (i) un periodo limitato della misura

un diritto soggettivo del beneficiario di pensione prevalente rispetto a “ogni eventuale perdita del potere di acquisto del trattamento, [che] anche se limitata a periodi brevi, è, per sua natura, definitiva” in ragione di “principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità della prestazione previdenziale e di conservazione del trattamento pensionistico”. Di qui i giudici rimettenti si sono spinti sino a considerare la normativa del 2015 non conforme al principio derivante dall’applicazione congiunta degli artt. 36, 38 e 3 Cost. (“perché la modesta entità della rivalutazione, violando il principio di proporzionalità tra pensione e retribuzione e quello di adeguatezza della prestazione previdenziale, altera il principio di eguaglianza e ragionevolezza, causando una irrazionale discriminazione in danno della categoria dei pensionati”)³, nonché all’art. 36 Cost. (“poiché la modesta entità della rivalutazione viola il principio di proporzionalità tra pensione [che costituisce il prolungamento in pensione della retribuzione goduta in costanza di lavoro] e retribuzione goduta durante l’attività lavorativa”)].

2. *Le puntualizzazioni della Corte*

Con la sentenza n. 250/17, la Corte costituzionale, prendendo atto dell’esaustività della documentazione posta alla base della regolazione del 2015⁴,

(un anno), su pensioni i cui “margin di resistenza all’erosione determinata dal fenomeno inflattivo” erano più importanti (otto volte il minimo) e (ii) una perequazione relativa a “una copertura decrescente (dall’inflazione) a mano a mano che aumenta il valore della prestazione”.

³ Si v., a tal proposito, le osservazioni di SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/studi/sgroi.pdf> (pagina visitata il 28 gennaio 2018) e di GIUBBONI, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in <https://www.eticaeconomia.it/le-pensioni-nello-stato-costituzionale/> (pagina visitata il 28 gennaio 2018). Si v. anche, D’ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ... ai fatti (dichiarazione di illegittimità)*, in *RDSS*, 2015, p. 319 ss.; D’ONGHIA, *La Consulta ridà linfa all’effettività dei diritti previdenziali: la sent. n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *RGL*, 2015, p. 371 ss.; GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *LG*, 2015, p. 680 ss.

⁴ La Corte costituzionale nella sentenza n. 250/17 afferma che “le disposizioni citate trovano dettagliata illustrazione nella «Relazione», nella «Relazione tecnica» e nella «Verifica delle quantificazioni» relative al disegno di legge di conversione di tale decreto (A.C. n. 3134). In tali atti parlamentari sono riferiti i dati contabili che confermano l’impostazione seguita dal legislatore, nel quadro delle regole nazionali e europee”.

riduce il campo di azione del binomio tra art. 36 e art. 38 Cost. e, contestualmente, permette all'art. 81 Cost. di svolgere una funzione in quel campo di azione: i diritti previdenziali-pensionistici sottostanno alle procedure e agli effetti di cui all'art. 81 Cost. La Corte costituzionale si è accorta di aver determinato un fraintendimento, ma non lo poteva ammettere esplicitamente; riconosce, perciò, che stavolta la documentazione tecnica è sufficientemente “dettagliata”, inserendo di fatto la relazione tra art. 36 e art. 38 Cost. nell'art. 81 Cost. Tale documentazione, a parere della Corte costituzionale, prova sufficientemente la crisi economica incidente sulle risorse disponibili utili a coprire i costi della perequazione delle pensioni più elevate (superiori a sei volte il minimo INPS)⁵.

Inoltre, con la sentenza n. 250/17, la Corte costituzionale chiarisce che il bilanciamento tra diritti e spesa pubblica sia raggiungibile “per il tramite e nella misura» dell'art. 38, secondo comma, Cost. (sentenza n. 156 del 1991), [e] il che comporta «solo indirettamente» (sentenza n. 361 del 1996) un aggancio all'art. 36, primo comma, Cost., anche al fine di dare un più concreto contenuto al parametro della adeguatezza”. Ed è questo il perno (l'espressione «solo indirettamente») su cui ruota il più chiaro orientamento del 2017 della Corte costituzionale. Il legislatore decide il *quantum* in ragione del più generale equilibrio di bilancio ex art. 81 Cost. Il potere della Corte costituzionale di auto-definire se un certo *quantum* di automatismo (nel nostro caso, la perequazione) sia parte o meno del salario sufficiente e proporzionato, e di conseguenza, sia parte o meno della prestazione previdenziale adeguata, non sussiste, non c'è e non potrebbe essere sostenuto da alcuno, perché la Corte costituzionale non può non tenere in considerazione che il montante contributivo che deriva dal contratto di lavoro genera il diritto alla prestazione pensionistica solo se posto in relazione agli ulteriori elementi che la legge previdenziale dispone come co-essenziali (tra questi, l'elemento della vecchiaia, la cui nozione, con il rischio demografico, muta e muterà nel tempo; situazioni professionali variabili e flessibili, che danno luogo alla contribuzione figurativa; la variazione del PIL, anche in negativo; etc.)⁶.

⁵ Si v. il richiamo che l'art. 1, co. 1, d.l. n. 65/15 dispone, dando attuazione ai principi enunciati nella sentenza C. Cost. n. 70/15 nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica e della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale.

⁶ Il potere di auto-definizione non sussiste né per le pensioni, né tantomeno per la retri-

Il punto nevralgico è nell'avverbio "indirettamente" perché da esso deriva il chiarimento della relazione tra art. 38 e art. 36 Cost: la pretesa di corrispettività tra lavoro e salario previdenziale non può essere soddisfatta *extra moenia* del sistema pensionistico a ripartizione, in assenza di equilibrio di bilancio; la stessa Corte costituzionale insiste sul punto, tanto che valorizza un proprio orientamento nella materia, dichiarando che non sussiste un diritto all'aggancio costante delle pensioni alle retribuzioni (il principio del bilanciamento complessivo degli interessi costituzionali nel quadro delle compatibilità economiche e finanziarie di cui alla sentenza 11 febbraio 1988, n. 220 e all'ordinanza 6 dicembre 2002, n. 531)⁷.

La giurisprudenza costituzionale del 2017 ci insegna, in primo luogo, che non c'è, nel nostro ordinamento di sicurezza sociale, una proporzionalità della pensione che possa determinare una pretesa giuridicamente rilevante sulla continuità del valore della retribuzione; non c'è, se non nell'ambito dei parametri e dei coefficienti fissati dalla l. n. 335/95 e dalle riforme successive, un diritto a un trattamento pensionistico inteso come retribuzione differita o prolungamento reddituale. Per questa ragione non è possibile fissare il limite quantitativo della nozione di adeguatezza *ex art. 38 Cost.* basandosi sull'art. 36 Cost.

Tale giurisprudenza ci insegna, in secondo luogo, che non c'è un potere

buzione. Si v. SANDULLI, *Dal monito alla ...*, cit., il quale sostiene correttamente che "gli automatismi salariali da tempo hanno esaurito la loro funzione, ed anzi è stata proprio la Corte costituzionale (sentenze 124/91 e 34/85) ad affermare – seppure con qualche riserva – la legittimità delle norme di legge sul superamento del meccanismo di adeguamento della retribuzione, risolvendo oltre tutto un (all'epoca) delicatissimo problema di rapporti fra legge e contrattazione collettiva in relazione alla sottesa idea di ordine pubblico economico".

⁷ Nella sentenza C. Cost. n.250/17 non si sottolinea più che il collegamento tra l'art. 36 e l'art. 38 Cost. "si fa tanto più pressante", quanto "più si allunga la speranza di vita, diffusa tra quanti beneficiano di trattamenti pensionistici, a condurre un'esistenza libera e dignitosa, secondo il dettato dell'art. 36 Cost." (si v. nello specifico il § 8, C. Cost. n. 70/15, non più ripetuto nel 2017). Si v. anche SANDULLI, *Dal monito alla ...*, cit., il quale sostiene che nel 2015 la Corte costituzionale non abbia svolto una revisione critica della nozione di adeguatezza e non abbia tenuto in considerazione i "radicali mutamenti che hanno caratterizzato il sistema: i) a partire dalla presupposta condizione di bisogno sintetizzata nel termine «vecchiaia», il cui rischio demografico è spalmato oramai su di un arco temporale ben più ampio che in passato; ii) a seguire, con la accumulazione contributiva, vieppiù correlata a situazioni professionali estremamente variabili e flessibili, con una importante implementazione dei periodi di contribuzione figurativa, nell'ambito di un sistema a capitalizzazione individuale; iii) alla adozione del parametro finanziario fondato sull'andamento del PIL – che fra l'altro ha riservato la pessima sorpresa del segno negativo".

della C. Cost. di far uso, nella legittima disamina sulla ragionevolezza di un provvedimento ablativo di prestazioni previdenziali, di un denominatore costituito dall'art. 36 Cost. che sia anche il perno del contenuto dell'art. 38 Cost. Ecco perché l'errore dei giudici rimettenti è anche pericoloso. Data tale insussistenza, sbagliano i giudici rimettenti che vogliono far intendere che la Corte costituzionale, in modo avulso dalle norme previdenziali che hanno nel tempo fissato, nel sistema a ripartizione, il meccanismo di calcolo della pensione (riforme dal 1995 in poi), sia munita di uno speciale potere di definizione di ciò che è salario *ex art. 36 Cost.* e, in linea con tale *quantum*, possa valutare la correttezza dell'effetto perequativo su una misura prestazionale di 6 volte, 5 volte, etc.; sbagliano i giudici rimettenti nel voler far considerare "normale" tale vicenda e, di conseguenza, far sussumere tale potere della Corte costituzionale nell'esercizio del più ampio criterio di ragionevolezza⁸.

3. *L'art. 81 Cost., nella prospettiva di uguaglianza intergenerazionale, ha una funzione previdenziale*

Ma c'è anche una lezione di portata sistemica nella giurisprudenza costituzionale del 2017. Si può affermare che se il legislatore previdenziale ha l'onere di osservare i vincoli che derivano dall'art. 81 Cost., tanto più la Corte

⁸ In più, per C. Cost. n. 250/2017, il criterio di ragionevolezza, a cui si deve far riferimento nell'ambito del contenzioso sulla perequazione, non coincide neanche con il metodo che sta alla base del test di proporzionalità che si usa in ambito europeo, nel bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche (si v. il chiarimento nel § 6.3.: "Diversamente dall'impostazione seguita dal giudice *a quo*, l'entità dell'onere in capo ai pensionati deve essere valutata tenendo conto del trattamento complessivo a essi spettante, non riguardo alla sola perequazione automatica [...]. Ciò che rileva [...] è l'esistenza, o l'assenza di un «onere esorbitante» in capo all'interessato [...] in definitiva, la valutazione se vi sia o non vi sia il sacrificio del diritto fondamentale alla pensione"). Dal fraintendimento sistemico di questo punto deriva ogni problema nella materia della perequazione o in materie simili (si v. anche la più recente sentenza C. Cost. n. 259/17, la quale tratta di base pensionabile e di indennità integrativa speciale con maggiorazione). Ecco perché un linguaggio più chiaro della Corte costituzionale aiuta il sistema a intendere meglio il quadro dei diritti individuali di previdenza pensionistica. La Corte costituzionale, in questo senso, nel 2017, ha voluto sottolineare che non deve essere confusa l'applicazione del criterio di ragionevolezza, il cui esercizio mira esclusivamente a vagliare la finalità e la tecnica della norma previdenziale, con le ponderazioni relative all'adeguatezza dei mezzi scelti, di volta in volta, dal legislatore per far fronte alle esigenze di vita nel caso della vecchiaia.

costituzionale è tenuta, per evitare la vanificazione *ex post* delle scelte legislative, a contemperare nelle sentenze di spesa l'art. 38 con l'art. 81 Cost., nella prospettiva indicata dai relativi procedimenti parlamentari e governativi di sistemazione dell'equilibrio di bilancio⁹. Del resto, la Corte costituzionale, già in altre occasioni (sentenza 10 aprile 2014, n. 88), aveva affermato che il pareggio di bilancio ha una propria "intima coerenza" e una propria "completezza", da cui deriva l'attuazione dei nuovi principi, e in particolare di quello della sostenibilità del debito pubblico. Ciò implica una responsabilità che, in attuazione dei principi fondanti di solidarietà e di eguaglianza, riguarda ciascuna istituzione e ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future (si v. anche C.Cost. 19 novembre 2012, n. 264).

In altre parole, data la Costituzione "finanziaria", *post* riforma costituzionale del 2012, con effetto dal 2014, si può ragionare di una funzione pre-

⁹ Si v. due sentenze della C. Cost. del 2018 da cui si evince il sottile lavoro di interpretazione che la Corte costituzionale sta svolgendo sulla dinamica tra art. 81 Cost. e sistema previdenziale; in particolare, si v. C. Cost. 30 gennaio 2018, n. 12 nella quale, sebbene l'avvocatura dello Stato avesse affermato che quella specifica disposizione, in quel caso denunciata (art. 18, co. 10, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con l. 15 luglio 2011, n. 111), fosse volta a "garantire l'equilibrio tra mezzi disponibili e prestazioni previdenziali erogate, in ossequio sia all'art. 3 Cost. [...] sia al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma, Cost.", si sottolinea che l'effetto finanziario del caso è marginale (circa 45 milioni di euro) e non è tale da "incidere in modo significativo sulla sostenibilità del sistema previdenziale e sugli equilibri della finanza pubblica ... [insistendo sul fatto che] ..., la Corte EDU ha escluso che una misura di carattere finanziario possa integrare un motivo imperativo di interesse generale quando il suo impatto sia di scarsa entità (sentenza 11 aprile 2006, Cabourdin contro Francia, paragrafi 37 e 38)"; si v., inoltre, C. Cost. 2 febbraio 2018, n. 20 nella quale si mette in evidenza che "alla carente illustrazione delle esigenze finanziarie e dei risparmi questa Corte conferisce il rilievo di un indice sintomatico dell'irragionevolezza del bilanciamento di volta in volta attuato dal legislatore (sentenza n. 70 del 2015, punto 10. del Considerato in diritto). La valenza significativa di tale dato si inquadra, [...], nell'ambito di uno scrutinio più ampio, diretto a ponderare ogni elemento rivelatore dell'arbitrarietà e della sproporzione del sacrificio imposto agli interessi costituzionali rilevanti [... tra cui] l'arco temporale delle misure restrittive, l'incidenza sul nucleo essenziale dei diritti coinvolti, la portata generale degli interventi, la pluralità di variabili e la complessità delle implicazioni, che possono anche precludere una stima ponderata e credibile dei risparmi (sentenza n. 124 del 2017, punto 8.4. del Considerato in diritto)". Nella medesima sentenza, infatti, l'eliminazione dall'ordinamento pensionistico di un certo regime privilegiato viene giustificata con una argomentazione in negativo, cioè assumendo che questa volta "il legislatore, con apprezzamento che si sottrae alle censure del rimettente, ha indicato in maniera puntuale gli ostacoli che si frappongono a una plausibile previsione dei risparmi e rendono ineludibile una valutazione «a consuntivo»".

videnziale dell'art. 81 Cost.. L'equilibrio di bilancio può determinare una "riprogrammazione" dei diritti previdenziali, con provvedimenti ablativi sulle generazioni che già godono della pensione.

Le regole in materia di pensioni e la relativa giurisprudenza si debbono confrontare con la funzione di garanzia intergenerazionale che l'art. 81 Cost., *post* riforma costituzionale del 2012 realizza, non permettendo di assumere debiti *pro futuro* (salvo casi eccezionali) in ragione della sostenibilità del sistema previdenziale e della solidarietà tra generazioni¹⁰.

L'attuale art. 81 Cost. non crea maggiori difficoltà rispetto al passato nel configurare gerarchie tra diritti costituzionali, ove uno dei termini della comparazione è il valore dell'equilibrio finanziario e l'altro è il diritto previdenziale; l'art. 81 Cost., non determinando il venir meno della distinzione classica tra diritti assoluti e diritti finanziariamente condizionati, dispone il rimedio rispetto al problema del costo dei diritti previdenziali e alle correlate ingiustizie intergenerazionali, in linea con la volontà espressa in sede europea di far fronte responsabilmente all'entità del nostro debito pubblico¹¹: la costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio significa, anche per i diritti *ex art.* 38 Cost., tradurre in procedimenti di controllo *ex ante* e *in fieri*, oltre che *ex post*, il costo dei diritti in osservanza della promessa di solidarietà intergenerazionale di cui all'art. 81 Cost., la quale sarebbe altrimenti frustrata e intaccata dal debito pubblico (nel nostro caso, debito pensionistico per le successive generazioni)¹². C'è, dunque, dalla riforma costituzionale del 2012, una Costituzione che ha rilievo materiale-finanziario da cui si deduce che la legge annuale di bilancio fissa le grandezze di politica economica nazionale, in linea con limiti europei sul debito pubblico e sul pareggio strutturale di bilancio¹³.

¹⁰ Si v. STERPA, *Una "lettura intergenerazionale" della sent. n. 70 del 2015*, in <http://www.federalismi.it/nvt14/articolo-documento.cfm?Artid=29541> (pagina visitata il 28 gennaio 2018).

¹¹ Si v. le riflessioni di HOLMES, SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, 2000.

¹² Il controllo sul costo dei diritti, nella logica intergenerazionale, è effettuato dal Governo, dal Parlamento, dal Presidente della Repubblica e, se chiamata a bilanciare i diritti, anche dalla Corte costituzionale Sul punto equità intergenerazionale e art. 81 Cost. si v. gli studi di LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2011/10/Lupo_Pareggio-di-bilancio.pdf (pagina visitata il 28 gennaio 2018), secondo il quale il valore costituzionale più chiaramente sotteso al principio del pareggio di bilancio è l'equità tra le generazioni. Si v. anche le riflessioni di BOZ-ZAO, *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, 2017.

¹³ Si v. la ricostruzione di GALLO, *Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica alla luce della giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 9 ss.; si v. anche PAL-

La funzione previdenziale dell'art. 81 Cost. (*post* riforma costituzionale del 2012) determina altresì una riflessione sul controllo della destinazione delle risorse contributive finalizzate alle prestazioni previdenziali¹⁴.

Una legge con provvedimenti ablativi sulle pensioni, volta a superare l'eventuale disequilibrio in relazione all'art. 81 Cost., potrebbe superare indenne l'esame di costituzionalità operato dalla Corte costituzionale, solo qualora gli effetti finanziari di tali provvedimenti confluissero verso la medesima gestione previdenziale, in una logica endo-mutualistica, intergenerazionale, a tutela dei futuri beneficiari, nella logica già correttamente espressa da C. Cost. n. 173/16, dove si esplicita che, mediante il contemperamento tra equilibrio di bilancio, misura ablativa e diritto previdenziale, la misura deve mirare "a puntellare il sistema pensionistico, e di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale, siccome imposta da una situazione di grave crisi del sistema stesso, indotta da vari fattori – endogeni ed esogeni [...] in modo da conferire all'intervento quella incontestabile ragionevolezza, a fronte della quale soltanto può consentirsi di derogare (in termini accettabili) al principio di affidamento in ordine al mantenimento del trattamento pensionistico già maturato"¹⁵.

Il legislatore previdenziale dovrebbe essere invitato, anche dalla giurisprudenza costituzionale, a dare prova, nella legge di bilancio, che quel risparmio previdenziale (sacrificio di oggi) sia redistribuito a favore di altre prestazioni previdenziali, in atto (sempre restando nel co. 2 dell'art. 38 Cost.) o future (pensioni dei giovani lavoratori di oggi). Ciò permetterebbe di rendere non indifferente l'effetto della confluenza del risparmio previdenziale: se il risparmio previdenziale si muovesse verso la spesa strutturale, si potrebbe avere qualche dubbio sulla scelta del legislatore e sugli effetti di tale scelta¹⁶;

LANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *GCost*, 2016, p. 2499 ss. e PEREZ, *Il ritorno del bilancio*, in *GDA*, 2016, p. 758 ss.; inoltre, per una disamina critica sul tema della compatibilità dei diritti sociali con l'art. 81 Cost., nell'ambito del principio di uguaglianza sostanziale, si v. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201503_533.pdf (pagina visitata il 28 gennaio 2018).

¹⁴ In particolare, si v. CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, 2015, p. 441 ss., che mette molto efficacemente in evidenza il punto.

¹⁵ In questo senso si v. SANDULLI, *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 174/2016*, in *RDSS*, 2016, p. 687 ss.

¹⁶ Si v., a tal proposito, anche il ragionamento che sottende a C. Cost. 11 gennaio 2017, n. 7 mediante la quale si può ritenere che il sistema dei risparmi imposti da norme che sono ispirate dall'art. 81 Cost. viene "dichiarato costituzionalmente illegittimo in riferimento agli artt.

ma se quel risparmio fosse orientato verso misure specifiche, attuali o future, di previdenza, saremmo nella piena attuazione della (nuova) funzione previdenziale dell'art. 81 Cost. di garanzia del sistema a ripartizione e, dunque, del patto tra generazioni. Si realizzerebbe, in questo modo, il collegamento più efficace tra art. 81 e art. 38 Cost., in piena sintonia con la solidarietà previdenziale intergenerazionale che il futuro richiede per la ragion d'essere del sistema pensionistico a ripartizione.

3, 38 e 97 Cost. nella parte in cui prescrive che le somme derivanti dalle riduzioni di spesa previste da tale norma siano versate annualmente dalla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Dottori Commercialisti ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato". Si v. il commento di MASTROIACONO, *Le differenti ragioni dell'irragionevolezza di un prelievo forzoso a favore dell'erario*, in *GCost*, 2017, p. 52 ss.

Corte di Giustizia delle Comunità europee (Quinta Sezione) – 9 novembre 2017 – C-98/15 – Pres. Biltgen – Est. Biltgen – Avv. Gen. Sharpston – María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)

Direttiva 79/7/CEE - Direttiva 97/81/CE – Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Prestazioni di disoccupazione – Parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile – Discriminazione indiretta fondata sul sesso.

È discriminatoria la normativa spagnola in tema di prestazioni di disoccupazione laddove, per i lavoratori a tempo parziale, esclude i giorni non lavorati dal calcolo del periodo di contribuzione al quale è rapportata la durata di tale prestazione; ciò in quanto la conseguente riduzione del periodo di godimento della stessa colpisce sfavorevolmente tali lavoratori, costituiti in grande maggioranza da donne.

★ ★ ★

Paola Bozzao

La giurisprudenza delle Corti Superiori nell'accesso alla sicurezza sociale dei part-timers: contraddizioni e cautele

Sommario: **1.** Part-time e accesso al *welfare*: una nuova pronuncia, su una questione aperta e antica. **2.** Parità di trattamento e qualificazione del regime previdenziale: un binomio complesso. **3.** Part-time e trattamento di disoccupazione, nell'ordinamento italiano. **4.** Le perduranti difficoltà regolative, tra silenzio del legislatore e ruolo propulsivo della giurisprudenza di legittimità.

1. *Part-time e accesso al welfare: una nuova pronuncia, su una questione aperta e antica*

La Corte di Giustizia torna, ormai ciclicamente, a pronunciarsi sulla tutela previdenziale dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo parziale, per i quali si rinvergono normative nazionali che, seppure formulate in modo neutro, nei fatti introducono penalizzazioni nell'accesso al *welfare*. Questo vivace contenzioso europeo, radicatosi – nell'ultimo decennio – anche nella giurisprudenza nazionale, è sintomatico della permanente difficoltà di adattare i sistemi di protezione sociale ai nuovi tipi di lavoro non standard; e della conseguente fragilità di tale assetto di tutele, produttivo di molteplici effetti discriminatori nei confronti di quei lavoratori. Si tratta di effetti che, sovente, si ripercuotono sulla componente del lavoro femminile, in ragione della elevata prevalenza delle donne negli impieghi c.d. flessibili, specie a tempo parziale¹.

Proprio sui profili discriminatori insiti nelle discipline previdenziali nazionali si incentra l'analisi condotta dai giudici di Lussemburgo. L'operazione si rivela complessa, in un'area in cui i sistemi nazionali mantengono la competenza regolativa esclusiva nella determinazione delle condizioni di accesso alle prestazioni previdenziali, e al legislatore europeo sono riservati spazi di azione davvero circoscritti. Così, nel ricondurre, di volta in volta, la specifica misura all'interno della normativa antidiscriminatoria europea, la Corte va-

¹ Il divario pensionistico di genere, derivante anche dall'eccessiva presenza delle donne nel lavoro a tempo parziale, è segnalato, da ultimo, nella Risoluzione del Parlamento europeo su *La parità tra donne e uomini nell'Unione europea nel 2014-2015*, 14 marzo 2017.

luta la portata applicativa del principio di uguaglianza nella sicurezza sociale attraverso presupposti più formali che sostanziali, incentrati sulla qualificazione dell'Ente erogatore quale regime legale ovvero professionale di sicurezza sociale. Questa classificazione, così come ricostruita nel tempo dal giudice europeo, non trova però riscontro nel nostro ordinamento nazionale; e sta generando ricadute il cui impatto, come vedremo, non è sfuggito alla più recente giurisprudenza di legittimità.

Dalla qualificazione dell'Ente previdenziale muove anche la sentenza in esame, in cui la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi su una normativa spagnola che, ai fini dell'accesso alla prestazione previdenziale, impone periodi contributivi proporzionalmente più elevati per i lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli assunti a tempo pieno. La pronuncia costituisce, per certi versi, il prosieguo di quanto già affermato nel caso *Elbal Moreno*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato discriminatoria la normativa spagnola in tema di accesso alla pensione di vecchiaia dei part-timers, esigendo per essi, costituiti in grande maggioranza da donne, una storia contributiva più lunga rispetto a quella richiesta per i lavoratori full-time².

Oggetto del giudizio della Corte è, questa volta, il provvedimento spagnolo che disciplina le condizioni di accesso alla prestazione contributiva di disoccupazione. La questione riguarda una lavoratrice part-time, occupata per 14 anni come addetta alle pulizie, che ha concentrato le sue ore di lavoro essenzialmente su tre giorni alla settimana³. Ai sensi della Ley General de la Seguridad Social, la durata della prestazione viene determinata in base ai periodi di contribuzione nei sei anni precedenti alla situazione di disoccupazione⁴; in caso di lavoro a tempo parziale, ogni giorno lavorativo viene computato come giorno di contribuzione, indipendentemente dall'orario

² C. Giust. 22 novembre 2012, C-385/11, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*; per l'analisi della pronuncia, v. BOZZAO, *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*, in questa Rivista, 2013, 187 ss.; e ALESSI, *Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia*, in RGL, 3/2013, 479 ss.

³ In particolare, la lavoratrice era occupata per due ore e mezza il lunedì, il mercoledì e il giovedì di ogni settimana, e quattro ore il primo venerdì di ogni mese.

⁴ Applicandosi una "scala" che parametrizza la durata della prestazione contributiva (in giorni) rispetto al periodo di contribuzione goduto (sempre in giorni): così l'art. 210, par. 1, Ley General de la Seguridad Social (LGSS). A seguito del Real Decreto Legislativo 8/2015, del 30 ottobre, che ha approvato il texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tale previsione è oggi contenuta nell'art. 269.

di lavoro⁵. La prestazione le è stata riconosciuta per un periodo di 420 giorni⁶; ciò in quanto il Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), l'Ente preposto al pagamento, ha considerato unicamente i giorni effettivamente lavorati (nel caso di specie, 1387), e non i sei anni di contribuzione nel loro complesso. A fronte, dunque, di un più ampio periodo lavorato, i contributi riconosciuti utili alla lavoratrice sono risultati equivalenti ad un'anzianità contributiva di poco inferiore ai quattro anni.

Ritenendo di avere versato i contributi integralmente negli ultimi sei anni⁷, la lavoratrice ha proposto ricorso dinanzi allo Juzgado de lo Social de Barcelona, contestando i conteggi determinati dallo SPEE. Ad avviso del giudice rimettente, la lavoratrice ha dimostrato di aver versato la contribuzione piena nel sessennio precedente alla cessazione del suo rapporto di lavoro, e che i contributi mensili sono stati calcolati in base alla retribuzione percepita nel corso di un intero mese, e non delle ore o dei giorni lavorati. Applicando la normativa nazionale, il part-timer verticale si vedrebbe invece applicato due volte il principio del *pro rata temporis*: in primo luogo, la retribuzione mensile – meno elevata in ragione dell'orario ridotto – comporterebbe una prestazione di disoccupazione di importo proporzionalmente inferiore; in secondo luogo, la durata di tale prestazione risulterebbe ridotta, venendo presi in considerazione solo i giorni lavorati, sebbene il periodo di contribuzione sia più esteso (par. 25). Ai lavoratori occupati a tempo parziale orizzontale o a tempo pieno la prestazione di disoccupazione verrebbe, invece, riconosciuta per un periodo calcolato sull'integralità dei giorni di contribuzione⁸. Da tutto ciò discenderebbe una discriminazione indiretta fondata sul sesso, essendo statisticamente dimostrato che la richiamata normativa incide in proporzione ben maggiore sulle donne, in quanto principali utilizzatrici di tale tipologia contrattuale.

Il Juzgado de lo Social de Barcelona sottopone alla Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali, che investono innanzitutto il corretto

⁵ Art. 3, par. 4, del RD 625/1985.

⁶ Il periodo, inizialmente riconosciuto in 120 giorni, è stato aumentato a 420 giorni, a seguito di reclamo.

⁷ Per un totale, quindi, di 2160 giorni, dal quale discende il diritto a ricevere la prestazione di disoccupazione per la durata massima, pari a 720 giorni.

⁸ Ed invero, la sig.ra Espadas Recio risulta avere lavorato, nel complesso, 8,5 ore alla settimana; se avesse lavorato lo stesso numero totale di ore, ma con un orario strutturato in modo "orizzontale", le ore di lavoro sarebbero state 1,75 al giorno, per cinque giorni alla settimana.

inquadramento della normativa spagnola nella sfera di applicazione del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 della direttiva 97/81/CE del 15 dicembre 1997⁹, ovvero del divieto di discriminazione diretta o indiretta basata sul sesso, di cui all'art. 4 della dir. 79/7/CEE del 19 dicembre 1978¹⁰.

Al pari di quanto affermato nella sentenza *Elbal Moreno*, la Corte risolve la questione escludendo la prima prospettazione e inquadrando il trattamento previdenziale *de quo* nella direttiva da ultimo richiamata, attesa la sua riconducibilità in un regime legale di previdenza sociale¹¹. Tale conclusione è raggiunta attraverso il richiamo alla nozione di “condizioni di impiego” rinvenibile nell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale; nozione nella quale – in linea di continuità con un consolidato orientamento – vengono ricondotte “le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra il lavoratore e il datore di lavoro, ad esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale, meno dipendenti da un rapporto siffatto che da considerazioni di ordine sociale”¹². Secondo la Corte, la prestazione in esame è sì finanziata esclusivamente dai contributi versati dalle parti; ma questi contributi, in quanto “versati in applicazione della normativa nazionale”, non sono regolati

⁹ Relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES. Si ricorda che, ai sensi di tale clausola, “Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive”.

¹⁰ Relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale. Sulla rilevanza della nozione di discriminazione in campo previdenziale, con specifica attenzione alla prospettiva di genere, v. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2012, spec. cap. I; RENGHA, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in LD, 2012, 122; CANNATA, *L'eguaglianza nella previdenza di genere*, Franco Angeli, Milano, 2014; e, più di recente, ESPOSITO M., *Mujeres y acceso a las pensiones. El ordinamento italiano bajo el prisma de la Unión Europea*, in MOYA AMADOR, SERRANO FALCÓN (a cura di), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Aranzadi, 2016, 461 ss.

¹¹ Tale inquadramento è dato invero per presupposto da C. Giust. ord. 17 novembre 2015, C-137/15, *María Pilar Plaza Bravo c. Servicio Público de Empleo Estatal Dirección Provincial de Álava*, pronunciatisi sulle modalità di calcolo del trattamento di disoccupazione spagnolo goduto in seguito alla perdita dell'impiego a tempo parziale.

¹² A partire da C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, punto 132; per ulteriori riferimenti, v. la successiva nota 14. Lo stesso accordo quadro rimarca l'esclusione, dal suo campo di applicazione, delle questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale, rimesse alle decisioni degli Stati membri: così il terzo comma del preambolo.

dal contratto di lavoro concluso tra il lavoratore e il datore di lavoro. Ne discende che “tale sistema presenta più analogie con un regime previdenziale amministrato dallo Stato (...) e che detti contributi, pertanto, non possono rientrare nella nozione di «condizione di impiego» (par. 33).

L'iter argomentativo seguito dai giudici, circoscritto a queste stringate considerazioni, è il frutto dell'integrale accoglimento delle prospettazioni elaborate, sul punto, dall'Avvocato generale Sharpston¹³. Il ragionamento si sviluppa, invero, su una lettura giurisprudenziale ormai assestata¹⁴ che – in ragione della qualificazione, legale ovvero professionale, del regime previdenziale interessato dalla controversia – ha ricondotto il principio di parità di trattamento nella materia previdenziale all'interno di diversi ambiti normativi di riferimento. Così, mentre i regimi legali¹⁵ sono assoggettati alla dir. n. 79/7/CEE, quelli professionali¹⁶ rientrano nel campo di applicazione dell'art. 157 TFUE: solo a questi ultimi quindi, in ragione del carattere retributivo della pensione erogata, è applicabile la clausola antidiscriminatoria contenuta nella clausola 4 dell'accordo quadro.

¹³ Conclusioni presentate il 16 marzo 2017.

¹⁴ Cfr. C. Giust. 28 settembre 1994, C-7/93, *Beune c. Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds*; C. Giust. 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*; C. Giust. 13 dicembre 2001, C-206/00, *Mouflin c. Recteur de l'académie de Reims*, in *RDSS*, 2002, 271, con nota di BOZZAO; C. Giust. 12 settembre 2002, C-351/00, *Niemi c. Vätiokonttori*, C. Giust. 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02, *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Becker c. Land Hessen*, in *DPCE*, 2004, 411, con nota di CIAMMARICONI; sent. *Elbal Moreno*, cit.; e, da ultimo, C. Giust. 14 aprile 2015, causa C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss), Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss)*.

¹⁵ Secondo costante orientamento della Corte le pensioni legali di previdenza sociale restano escluse sia dalla nozione di “retribuzione” ai sensi dell'art. 157, par. 2, TFUE, sia dalla nozione di “condizione di impiego” ai sensi della clausola 4 della direttiva 97/81: nel primo senso cfr. *ex plurimis*, sent. *Schönheit e Becker*, punto 65; e C. Giust. 10 giugno 2010, cause riunite C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini c. INPS*, punto 41, in questa Rivista, 2010, 486, con nota di SANTUCCI; in *RGL*, 2011, 264 ss., con nota di ALTIMARI; in *RCDL*, 2010, 4, 974 ss., con nota di ALESSI; in *MGL*, 6/2011, 470 ss., con nota di FRAIOLI; in *GI*, 5/2011, 1105, con nota di QUADRI. Nel secondo senso, v. sent. *Impact*, punto 132; sent. *Bruno e Pettini*, cit., punto 42; sent. *Cachaldora Fernández*, punti 37-38.

¹⁶ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 2, prg. 1, lett. e) e f), della dir. 2006/54/Ce del 5 luglio 2006, per regimi professionali di sicurezza sociale si intendono i regimi non regolati dalla Direttiva 79/7/Cee, “aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi ad esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa [corsivo nostro]”.

2. *Parità di trattamento e qualificazione del regime previdenziale: un binomio complesso*

La questione connessa all'inquadramento del regime di sicurezza sociale merita però, in questa sede, qualche ulteriore riflessione, per il possibile impatto che può discenderne all'interno degli ordinamenti nazionali. Ed invero, nel dirimere alcune controversie relative all'accesso ai trattamenti pensionistici da parte di lavoratori occupati a tempo parziale di tipo verticale, la Corte ha operato una serie di differenziazioni, proprio connesse a tale classificazione.

Nel pronunciarsi, così, in merito all'accesso alla pensione di vecchiaia da parte del personale di volo di cabina della compagnia aerea Alitalia¹⁷, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto la normativa italiana in contrasto con il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale, imposto dalla direttiva n. 97/81/CE. In quell'occasione la Corte ha distinto il sistema di calcolo dell'importo della pensione – che, dipendendo direttamente dalla quantità di lavoro effettuata dal lavoratore e dai contributi corrispondenti, ben può essere effettuato secondo la regola del *pro rata temporis* in caso di lavoro ad orario ridotto¹⁸ – dalla determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione, alla quale tale principio non può essere applicato. Ciò in quanto essa dipende esclusivamente dall'anzianità contributiva maturata dal lavoratore, corrispondendo alla durata effettiva del rapporto di lavoro e non alla quantità di lavoro fornita nel corso della relazione stessa. La Corte, dunque, ha in questo caso fondato la propria decisione sull'applicazione del divieto di discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul part-time, espressione specifica del principio fondamentale di uguaglianza, che vieta di trattare in maniera diversa situazioni analoghe, a meno che tale differenza sia obiettivamente giustificata. Secondo la Corte dell'Unione tale principio “implica che l'anzianità contributiva utile

¹⁷ Sent. *Bruno e Pettini*, cit.

¹⁸ La Corte ha, al riguardo, già chiarito che la considerazione della quantità di lavoro effettivamente svolta da un lavoratore a tempo parziale durante la sua carriera, paragonata a quella di un lavoratore che abbia svolto la propria attività a tempo pieno, costituisce un criterio obiettivo che consente una riduzione proporzionata delle sue spettanze pensionistiche: v., in tal senso, sent. *Schönheit e Becker*, punti 90-91, e C. Giust. 16 luglio 2009, C-537/07, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss), Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss) e Alcampo SA*, punto 59.

ai fini della determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione sia calcolata per il lavoratore a tempo parziale come se egli avesse occupato un posto a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati” (punto 66). Il ragionamento si fonda sul presupposto che il lavoro a tempo parziale costituisce un “modo particolare di esecuzione del rapporto di lavoro”, caratterizzato dalla mera riduzione della durata normale del lavoro; di modo che i periodi non lavorati sono pur sempre riconducibili all’unitario tipo contrattuale, non realizzandosi nelle pause di inattività – come invece sostenuto dall’Inps – alcuna sospensione del contratto di lavoro¹⁹. La Corte, invero, non individua il campo di applicazione entro cui ricondurre il regime pensionistico in esame²⁰, e rimette al giudice nazionale tale accertamento, in base alla sussistenza dei tre criteri “classici” costantemente utilizzati a tal fine²¹: lasciando al giudice *a quo* ogni valutazione finale circa l’esistenza di un trattamento sfavorevole a danno dei lavoratori part-time e la sussistenza o meno di cause giustificatrici del medesimo. Si tornerà a breve sul punto. È evidente, peraltro, che qualora il giudice remittente dovesse ricondurre il trattamento in esame in un regime legale di previdenza sociale, sarà comunque tenuto ad esaminare se lo Stato membro abbia esercitato la sua competenza in materia di previdenza sociale conformemente al diritto comunitario e, in particolare, al principio di non discriminazione, enunciato nell’art. 4 della dir. 79/7/CEE.

Quest’ultima è, del resto, la strada direttamente intrapresa dalla Corte nella richiamata sentenza *Elbal Moreno*. I giudici di Lussemburgo hanno, già in quell’occasione, ricondotto il regime previdenziale (in quel caso, l’Istituto Nacional se la Seguridad Social – INSS), nel campo di applicazione della di-

¹⁹ Per un interessante parallelismo tra la posizione assunta, sul punto, dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale italiana nella sent. n. 121/2006, v. ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT, n.123, 2011, 23 ss.

²⁰ Se, cioè, nella nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, ovvero in un regime legale di previdenza sociale, da quella escluso.

²¹ Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, un trattamento previdenziale rientra nel campo di applicazione dell’accordo quadro se soddisfa le seguenti condizioni: la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati ed il suo importo è calcolato in base all’ultima retribuzione. Per una lettura critica dell’uso, talora tratlazio, di tali criteri, operato dalla Corte dell’Unione soprattutto per configurare come “professionali” i regimi pensionistici dei dipendenti pubblici, compreso quello italiano v. BOZZAO, *La Corte di Giustizia coglie nel segno sbagliando la mira: paradossi della previdenza nel pubblico impiego*, in questa Rivista, 2009, 147.

rettiva da ultimo richiamata²², e rinvenuto il contrasto della normativa spagnola con il divieto di discriminazione indiretta fondata sul sesso, ivi enunciato²³. L'accesso a quella pensione risultava, infatti, più sfavorevole per i lavoratori a tempo parziale, costituiti – come statisticamente provato – nella stragrande maggioranza (l'80%) da donne. La medesima conclusione è riproposta nella pronuncia in esame, sul presupposto che – assodata la riconducibilità del Servicio Público de Empleo Estatal nei regimi legali di sicurezza sociale – anche l'accesso alla prestazione di disoccupazione risulta più sfavorevole per tutti i lavoratori con orario a tempo ridotto, costituiti in ampia misura (tra il 70% e l'80%) da donne. La Corte si è allineata al consolidato orientamento giurisprudenziale – per lo più enunciato nel diverso campo di applicazione dell'art. 141 (oggi, 157) TFUE²⁴ – che, ai fini dell'identificazione degli effetti “più sfavorevoli” prodotti nei confronti delle lavoratrici, ha operato attraverso la valorizzazione del rilievo del dato statistico²⁵. Ciò secondo un complesso esercizio di valutazione che il giudice europeo è chiamato a svolgere di volta in volta, in assenza di un “limite obbligatorio” o di specifiche percentuali di differenza²⁶, a partire dalle quali si deve con-

²² Si trattava, in quel caso, dell'Ente erogatore di una pensione contributiva di vecchiaia, che costituisce “la pensione più generale tra quelle disciplinate dal diritto spagnolo”: sent. *Elbal Moreno*, cit., punto 22.

²³ Secondo il costante orientamento della Corte, la discriminazione indiretta si realizza quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisce un numero molto più alto di donne che di uomini (c.d. *disparate impact*), a meno che non sia giustificato da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso: v., tra le più recenti, sent. *Cachaldora Fernández*, punto 27; sent. *Elbal Moreno*, punto 29; C. Giust. 20 ottobre 2011, causa C-123/10, *Brachmer c. Pensionsversicherungsanstalt*, punto 56; sent. *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, punto 54.

²⁴ Si veda, in particolare, C. Giust. 17 giugno 1998, causa C-243/95, *Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners e Department of Finance*; C. Giust. 6 dicembre 2007, causa C-300/06, *Vöβ c. Land Berlin*; C. Giust. 31 marzo 2011, *Schröder c. Finanzamt Hameln*; sent. *Schönheit e Becker*, cit.

²⁵ Con specifico riferimento alla materia della sicurezza sociale, v. sent. *Brachmer*, punto 61 ss.; e sent. *Elbal Moreno*, punto 31. In alcuni casi più recenti, invero, la Corte ha valutato con attenzione l'effettivo impatto di dati statistici generali relativi ai part-timers, giungendo a ritenerli inidonei a dimostrare – in mancanza di informazioni più specifiche – l'esistenza di un maggiore svantaggio per le donne: v., relativamente alle modalità di calcolo di una pensione contributiva di invalidità, la sent. *Cachaldora Fernández*, punto 33; con riguardo alle modalità di calcolo del trattamento di disoccupazione, analogo ragionamento è stato seguito nell'ord. *María Pilar Plaza Bravo*, cit. In dottrina, il punto è sottolineato da ESPOSITO M., *Mujeres y acceso a las pensiones*, cit., spec. 469 ss.

²⁶ La Corte è giunta a considerare sufficienti anche dati statistici che rivelavano uno scarto

cludere per l'esistenza di una disparità di trattamento illegittima nei confronti delle donne²⁷.

La ricostruzione fin qui operata vale ad evidenziare la complessa portata applicativa del principio di uguaglianza nella sicurezza sociale. Assodata infatti, in mancanza di un'armonizzazione in sede europea, la competenza di ciascuno Stato membro a definire i requisiti di accesso ai trattamenti previdenziali, è alquanto discutibile una differenziazione di quel principio in ragione della sola qualificazione del regime cui afferisce il lavoratore a tempo parziale. Di modo che, si ripete: se si è in presenza di un regime professionale, le prestazioni erogate rientreranno nell'ambito del divieto di discriminazione sancito dalla clausola 4 della direttiva 97/81/CE; viceversa, nel caso in cui il trattamento in esame venga ricondotto ad un regime legale di previdenza sociale, il carattere discriminatorio della norma dovrà essere ricondotto nella sfera di applicazione del divieto di discriminazione indiretta basata sul sesso, enunciato nell'art. 4 della dir. 79/7/CEE.

Quest'ultima prospettazione non appare, in realtà, sufficientemente garantista. È evidente infatti che, anche in un regime legale, le regole in materia di accesso alle prestazioni previdenziali possono generare disparità di trattamento tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale, non necessariamente riconducibili al genere; e tuttavia, in presenza di una siffatta situazione, la ricostruzione fin qui operata dalla Corte rischia di generare un "cortocircuito

meno significativo, ma persistente, tra lavoratori e lavoratrici: cfr. C. Giust. 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, in *LG*, 1999, 928, con nota di MATTACE RASO.

²⁷ Come noto, una volta accertato il carattere discriminatorio della disposizione, è necessario valutare se essa sia giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. La Corte, nel caso di specie, ha ritenuto insussistente tale finalità, debolmente individuata dal governo spagnolo nel rispetto del principio di proporzionalità sotteso al sistema di sicurezza sociale di tipo contributivo, da cui discenderebbe la necessaria correlazione che deve sussistere tra i contributi versati dal lavoratore e i diritti che questi può richiedere in materia di prestazioni di disoccupazione. Abbandonando l'atteggiamento di indulgenza nella valutazione delle giustificazioni addotte dagli Stati membri a sostegno della legittimità dei loro provvedimenti, soprattutto in presenza di regimi pensionistici contributivi, la Corte non accoglie la difesa prospettata dal governo spagnolo, ritenendo la misura nazionale non idonea a garantire tale correlazione. Ciò in quanto il lavoratore a tempo parziale verticale che abbia versato contributi per ogni giorno di tutti i mesi dell'anno riceve una prestazione di disoccupazione per un periodo di tempo inferiore rispetto a un lavoratore a tempo pieno che abbia versato gli stessi contributi: determinandosi "un'anomalia illogica e punitiva che svantaggia i lavoratori a tempo parziale verticale" (Conclusioni dell'Avv. Sharpston, punto 60).

regolativo”, non trovando applicazione nessuna delle due direttive richiamate. Resta da considerare, comunque, che queste fonti di diritto derivato, nel sancire il divieto di discriminazione, inverano il principio generale di uguaglianza, su cui si fonda il diritto europeo²⁸; e che, anche nelle materie che rientrano nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono rispettare le disposizioni del diritto sovranazionale²⁹. Di modo che le regole nazionali dovranno essere valutate non solo con riferimento alle specifiche disposizioni di diritto secondario, ma anche rispetto al principio antidiscriminatorio, valore comune degli Stati membri, sancito dalle fonti primarie dell'Unione Europea.

3. *Part-time e trattamento di disoccupazione, nell'ordinamento italiano*

Se contestualizzata in ambito nazionale, la questione da ultimo evidenziata produce ampie e complesse ripercussioni nella interpretazione della disciplina previdenziale applicabile al lavoratore occupato a tempo parziale.

Come è ben noto, questa tipologia contrattuale riveste un ruolo centrale all'interno del nostro mercato del lavoro; essa costituisce “l'unica forma di lavoro cresciuta quasi ininterrottamente negli anni della crisi”³⁰, rivelandosi – soprattutto nella sua modalità di scelta involontaria³¹ – uno dei prin-

²⁸ Tale principio impone che situazioni comparabili non vengano trattate in modo diverso, a meno che una differenziazione non sia oggettivamente giustificata: v., più di recente, C. Giust. 12 ottobre 2004, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, punto 56; e sent. *Bruno e Pettini*, cit., punto 58.

²⁹ V. C. Giust. 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tádao Manuko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, punto 59.

³⁰ *Rapporto annuale Istat 2017*, 152. Tra il 2008 e il 2016 gli occupati permanenti con un lavoro part time sono aumentati di 789 mila unità (+30,8 per cento), di cui 101 mila nell'ultimo anno (+3,1 per cento). Sul crescente “uso (abuso?)” del part-time, v. ALTIMARI, *Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro*, in *LD*, 2015, 364.

³¹ Pur continuando a registrarsi una forte incidenza del part-time involontario sul totale degli occupati a orario ridotto (v. il *Rapporto Bes 2015*, cap. III, *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*, 108), dati recenti evidenziano, dal 2016, la crescita del ricorso al part time volontario (+6,9 per cento a fronte di +0,6 per cento del part time involontario): *Rapporto annuale Istat 2017*, 153. Sul rilievo della volontarietà nel ricorso a tale tipologia contrattuale, sia nella fase genetica che nella “gestione interna” del rapporto, v. DELFINO, *La volontarietà nel part time come essenza della flexicurity*, in ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008, spec. 35 ss.

cipali strumenti strategici aziendali per far fronte alla crisi³². A fronte di tale ampia diffusione, che interessa prevalentemente la componente femminile della forza lavoro³³, permangono “resistenze” legislative che, in forma sempre più accentuata nel corso del tempo, complicano l’accesso ai trattamenti previdenziali per i lavoratori occupati a orario ridotto. Essi devono fare i conti con un sistema pensionistico profondamente innovato dalla manovra di fine 2011³⁴ che, come è noto, oltre ad avere generalizzato il sistema di calcolo contributivo, ha rimodulato in senso restrittivo le condizioni di accesso richieste per la maturazione del diritto ai trattamenti pensionistici (di vecchiaia e anticipata), con un inasprimento di regole che si rivela particolarmente penalizzante per i lavoratori flessibili, soprattutto se di giovane età³⁵.

Più favorevole appare il *restyling* delle misure di sostegno al reddito operato dal Jobs Act, incardinato sulla Nuova Aspi (Naspi), che ha sostituito l’Aspi e la miniAspi per gli eventi di disoccupazione successivi al 1° maggio 2015³⁶. Se si analizzano, infatti, i tratti innovativi della nuova misura ed il suo impatto sulla protezione dei futuri disoccupati, emerge indubbiamente la previsione di requisiti contributivi minimi richiesti per l’accesso alla Naspi meno stringenti rispetto alla normativa previgente, e pari ad almeno tredici settimane di contribuzione nel quadriennio precedente la data di cessazione dal lavoro, e a trenta giornate di lavoro effettivo nell’anno precedente la disoccupazione (a prescindere dal raggiungimento del minimale contributivo). Si tratta di requisiti che dovrebbero consentire l’ampliamento della platea dei potenziali beneficiari, a vantaggio anche dei lavoratori occupati in attività lavorative precarie e discontinue.

³² L’ampio ricorso al part-time sembra suggerirne l’utilizzo, almeno in parte, in “funzione di contenimento dei costi e di ammortizzatore sociale”: DE GREGORIO, GIORDANO, *Nero a metà: contratti part-time e posizioni full-time fra i dipendenti delle imprese italiane*, Roma: Istat Working papers n. 3, 2014, 41.

³³ Secondo il *Rapporto sulla coesione sociale, 2013*, nelle tre forme di part-time, orizzontale verticale e misto, la componente femminile, nel 2013, ha rappresentato rispettivamente il 71,9%, il 68,4% e il 75,0% dei lavoratori con contratto a orario ridotto.

³⁴ D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. in l. 22 dicembre 2011, n. 214.

³⁵ Per approfondimenti, v., da ultimo, BOZZAO, *La tutela previdenziale nel c.d. lavoro flessibile*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet Giuridica, 2017, 2566 ss.

³⁶ D.lgs. 4 marzo 2015, n. 22. Per l’analisi dei nuovi istituti v. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d’insieme*, in questa Rivista, 2015, 519 ss.; RENGA,

E tuttavia, per quanto riguarda proprio l'identificazione dell'anzianità contributiva minima richiesta per l'accesso alla prestazione, l'Inps ha chiarito che "ai fini del diritto sono valide tutte le settimane retribuite, purché per esse risulti, anno per anno, complessivamente erogata o dovuta una retribuzione non inferiore ai minimali settimanali (legge 638/1983 e legge 389/1989)"³⁷. Applicando tale previsione ai lavoratori occupati a tempo parziale, discende che da questo calcolo restano escluse sia le settimane per le quali non risulta raggiunta la soglia retributiva minima prevista dalla legge³⁸, sia quelle integralmente non retribuite: con netta penalizzazione, nel primo caso, di tutti i part timers con retribuzioni settimanali modeste; nel secondo, dei soli lavoratori occupati a tempo parziale verticale. La penalizzazione si riflette, poi, sulla durata di godimento della Naspi, corrisposta per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni, con un massimo di 24 mesi³⁹.

È questa, del resto, la conseguenza dell'applicazione, ai fini della maturazione del diritto (anche) alla prestazione di disoccupazione, del c.d. principio del riproporzionamento del trattamento previdenziale alla quantità del lavoro svolto. In base a tale principio, introdotto con portata applicativa generalizzata dall'art. 7 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in l. 11 novembre 1983, n. 638⁴⁰, il numero dei contributi accreditabile nel corso dell'anno solare è pari a quello delle settimane in cui il lavoratore ha prestato la sua attività, a condizione che per ogni settimana sia stata erogata una retribuzione non inferiore al 40% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti⁴¹. Viene fissata, in sostanza,

Post fata resurgo: *la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 1/2015, 77 ss.; GAROFALO D., *Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22: un primo commento*, in *RDSS*, 2/2015, 385 ss.

³⁷ Circ. Inps 12 maggio 2015, n. 94. Analoga previsione si rinviene nella Circ. Inps n. 18 dicembre 2012, 142, relativamente ai requisiti di accesso alla mini-Aspi.

³⁸ Si consideri, però, che queste settimane sono utili per il calcolo della misura del trattamento, avendo l'Inps precisato che a tal fine "sono considerate tutte le settimane, indipendentemente dal fatto che esse siano interamente o parzialmente retribuite" (Circ. n. 94 del 2015).

³⁹ Art. 5, d.lgs. n. 22/2015.

⁴⁰ Come mod. con d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, conv. in l. 7 dicembre 1989, n. 389.

⁴¹ Nel 2018 il trattamento minimo è pari a 507,42 euro; il minimale settimanale su cui calcolare i contributi è di 202,97 euro, mentre quello annuale è pari a 10.554 euro (Circ. Inps 26 gennaio 2018, n. 13). I contributi settimanali calcolati sul minimale, per i dipendenti del settore privato, sono dunque pari a 66,99 euro; quelli annuali, a 3.483,48 euro. Se nell'anno risulta

una soglia retributiva minima settimanale, valevole per tutti i lavoratori dipendenti; se essa non viene raggiunta, il numero dei contributi accreditato risulterà proporzionalmente ridotto: con conseguente allungamento del periodo di tempo necessario per il soddisfacimento delle condizioni assicurative e contributive minime. Il meccanismo, si ribadisce, penalizza i lavoratori a tempo parziale, di tipo sia orizzontale, verticale su base annua, o misto. Essi, in ragione del minor numero di ore lavorate (e, quindi, retribuite), potrebbero non riuscire a soddisfare la soglia reddituale minima; i part-timers verticali sarebbero poi specificamente penalizzati dall'esclusione, dal novero delle settimane richieste per l'accesso alla pensione (c.d. settimane utili), di quelle relative ai periodi non lavorati⁴². In questo secondo caso, il trattamento differenziato opera soprattutto rispetto ai lavoratori occupati su base orizzontale per i quali, a parità di un monte ore lavorato e retribuito nell'anno solare, vengono considerate utili tutte le settimane dell'anno solare⁴³.

4. *Le perduranti difficoltà regolative, tra silenzio del legislatore e ruolo propulsivo della giurisprudenza di legittimità.*

Le problematiche ora evidenziate non sono sfuggite al vaglio della giurisprudenza multilivello che, in più occasioni e sotto diverse angolazioni prospettiche, si è pronunciata sulla conformità dell'art. 7 della l. n. 638/1983 all'ordinamento tanto nazionale che europeo.

Sotto il primo profilo, la Corte costituzionale⁴⁴ ha ritenuto inammissi-

versato un importo almeno corrispondente a tale cifra, il dipendente sarà assicurato per tutte le 52 settimane; in caso contrario, i periodi coperti sono ridotti in base a quanto versato, dividendo lo stipendio per il minimale settimanale.

⁴² Un esempio può aiutare a comprendere meglio la questione. Si consideri il caso di un lavoratore assunto a tempo parziale orizzontale, che presta la propria attività a orario ridotto tutti i giorni della settimana, e quello di un part-timer verticale occupato a tempo pieno per nove mesi nell'anno (è il caso, ad esempio, di molti addetti ai servizi scolastici); entrambi percepiscono una retribuzione annua pari a 10.800 euro. Applicando quanto indicato alla precedente nota 41, pur avendo versato entrambi 3.564 euro di contributi, il primo sarà assicurato per 52 settimane, il secondo per sole 39.

⁴³ Questi profili problematici sono stati acutamente evidenziati, già trent'anni fa, da CINELLI, *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, in *RIDL*, 1986, I, 79.

⁴⁴ Corte Cost. sent. 23 febbraio 2012, n. 36, in *MGL*, 2012, 810, con nota di FABOZZI.

bile la questione di legittimità sollevata in riferimento a tale articolo, nella parte in cui prevede, ai fini dell'accesso al trattamento previdenziale, un'unica soglia minima retributiva, uguale per i lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale. Ed invero, pur rinvenendo nella norma *de qua* un effetto penalizzante per i lavoratori a tempo parziale – potendo “in effetti...rendere per questi ultimi più difficile il conseguimento di detta soglia minima, avuto riguardo al più ridotto livello di reddito, conseguente al minore orario praticato” – la Corte ha adottato un atteggiamento di particolare cautela, rinviando al legislatore l'individuazione di una disciplina caratterizzata da maggiore equità. A distanza di sei anni, l'intervento legislativo è ancora atteso. Ed è tanto più urgente, anche in considerazione della prevalente composizione femminile del lavoro a tempo parziale nel nostro Paese, soprattutto nella sua modalità di tipo orizzontale⁴⁵; il che ben potrebbe esporre la previsione in esame a possibili effetti discriminatori fondati sul sesso, per contrasto con la dir. 79/7/CEE.

Con tratto ben più deciso è invece intervenuta la Corte di Giustizia, con la già citata sentenza *Bruno e Pettini*, relativamente agli effetti prodotti dalla norma in esame nell'accesso al trattamento pensionistico dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale ciclico. Il meccanismo di riproporzionamento è stato, in questo caso, ritenuto penalizzante per tali lavoratori, giacché esclude i periodi non lavorati (e, dunque, non retribuiti) dal calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione, costringendoli ad un allungamento del periodo di tempo necessario per conseguire il requisito contributivo minimo.

La Corte di Cassazione ha trasposto il principio di diritto enunciato dal giudice europeo: dando così applicazione, nell'ordinamento interno, a quanto statuito in tale pronuncia europea. Con orientamento oramai consolidato, i giudici di legittimità hanno riconosciuto ai lavoratori a tempo parziale verticale di tipo ciclico il diritto a vedersi riconosciuti i periodi di non lavoro connessi al programma negoziale lavorativo concordato, ai fini del computo dell'anzianità contributiva richiesta per l'accesso alle prestazioni previdenziali⁴⁶.

⁴⁵ Il regime a orario ridotto più diffuso è, in Italia, proprio il part-time orizzontale, che interessa circa otto occupati a orario ridotto su dieci (l'83,6% tra le donne e il 73,5% tra gli uomini): cfr. il *Rapporto annuale Istat 2015*, cit., 161.

⁴⁶ A partire da Cass. 24 novembre 2015, n. 23948, in *RGL*, 2/2016, 262, con nota di BOZZAO; v. poi Cass. 2 dicembre 2015, n. 24532, in *RDSS*, 2/2016, 419, con nota di MASTRANGELI; Cass. 2

Bisogna però considerare che, a una lettura più attenta, tale principio non può rivestire una portata applicativa generale, in quanto – come si è detto – il ragionamento dei giudici di Lussemburgo è legato alla possibile riconducibilità *ratione materiae* delle norme previdenziali, scrutinate dai giudici in sede nazionale ed europea, nell’ambito di applicazione della direttiva sul part-time (dal quale – si ricorda – restano escluse le pensioni legali di previdenza sociale); essendo a tal fine necessario, preliminarmente, procedere alla qualificazione del regime previdenziale preposto all’erogazione della prestazione⁴⁷. Si è già avuto modo di sottolineare come la diversa qualificazione dei regimi previdenziali, operata dal giudice europeo attraverso la valorizzazione della natura retributiva della pensione, non abbia trovato riscontro nella giurisprudenza nazionale⁴⁸; e come, in assenza di un intervento legislativo, questa discutibile differenziazione tra regimi previdenziali legali e professionali rischi – in presenza di situazioni concernenti lavoratori a tempo parziale verticale iscritti al regime generale dell’Inps – di produrre ricadute sistemiche nel nostro ordinamento nazionale, per disparità di trattamento tra situazioni giuridiche identiche.

Fermo restando quanto già evidenziato in precedenza⁴⁹, si segnala che questo *impasse* ha da ultimo trovato una originale soluzione in alcune pronunce della Suprema Corte che, nell’interpretare il richiamo alla giurisprudenza europea operato in propri pronunciamenti precedenti⁵⁰, ha assestato il tiro, “aggirando” la questione qualificatoria del regime previdenziale e risolvendo la controversia non alla luce della disciplina contenuta nella dir.

dicembre 2015, n. 24535; Cass. 3 dicembre 2015, n. 24647; Cass. 29 aprile 2016, n. 8565; Cass. 19 ottobre 2016, n. 21207; Cass. 24 ottobre 2016, n. 21376; Cass. 10 novembre 2016, n. 22936, in *ADL*, 2/2014, 429, con nota di ALTIMARI; Cass. 6 luglio 2017, n. 16677; Cass. 22 febbraio 2018, n. 4338.

⁴⁷ In quel caso, si trattava del Fondo volo, regime sostitutivo dell’Inps, dalla Corte nei fatti inquadrato quale regime professionale di sicurezza sociale.

⁴⁸ BOZZAO, *Pensioni e part-time: regimi previdenziali e prospettive antidiscriminatorie nella giurisprudenza multilivello*, in *RGL*, 2/2016, spec. 272. Resta fermo che, per addivenire quantomeno ad un più lineare “incasellamento” del regime previdenziale, sarebbe in prospettiva auspicabile un ripensamento dei criteri elaborati per la individuazione dei regimi professionali di sicurezza sociale, che muova da una più restrittiva identificazione del campo di applicazione delle richiamate nozioni di “retribuzione” e di “condizioni di impiego”, la cui la *vis expansiva* rischia di provocare “uno strisciante risultato di modificazione, o parziale soppressione, della direttiva 79/7/CEE”: così SANDULLI, *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenomiazioni*, in *RDSS*, 2009, 100.

⁴⁹ V. *supra*, il par. 2.

⁵⁰ Cass. n. 23948/2015; Cass. n. 24647/2015; Cass. n. 8565/2016.

97/81/CE, quanto piuttosto in base ai “principi immanenti” nel nostro ordinamento in tema di rapporto di lavoro a tempo parziale⁵¹. Il ragionamento seguito dai giudici di legittimità ha preso le mosse da una pronuncia dei giudici costituzionali del 2006⁵², con cui è stato negato il diritto all'indennità di disoccupazione (oggi, la Naspi) nei periodi di inattività fisiologici al rapporto di lavoro a tempo parziale verticale⁵³. Chiamati a pronunciarsi sulla presunta disparità di trattamento tra lavoratori stagionali e lavoratori assunti a tempo parziale verticale, i giudici delle leggi ne hanno negato la sussistenza, in ragione delle differenze esistenti tra le due situazioni poste a confronto. Secondo la Corte, infatti, nel lavoro stagionale il rapporto cessa a fine stagione, sia pure in vista di una probabile nuova assunzione stagionale, non potendo quindi il lavoratore «contare sulla retribuzione derivante dall'eventuale nuovo contratto»; nel rapporto di lavoro a tempo parziale, invece, il rapporto “prosegue” durante il periodo di sosta, in attesa dell'inizio della nuova fase lavorativa, potendo quindi il lavoratore «fare affidamento sulla retribuzione che presterà dopo il periodo di pausa». Del pari, la Corte non ha rinvenuto nella disposizione sottoposta al suo scrutinio una violazione dell'art. 38 Cost. «perché nel tempo parziale verticale il rapporto di lavoro perdura anche nei periodi di sosta, assicurando al lavoratore una stabilità ed una sicurezza retributiva, che impediscono di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale (integrativa della retribuzione) nei periodi di pausa della prestazione»⁵⁴.

⁵¹ A partire da Cass. n. 21207/2016; in senso conforme, v. Cass. n. 22936/2016, e Cass. n. 16677/2017.

⁵² C. cost. 24 marzo 2006, n. 121, in *FI*, 2006, I, 2637, con nota di GENTILE; in *RIDL*, 2006, II, 810, con nota di ALESSI; in *ADL*, 2006, 813, con nota di PESSI A. Per alcune considerazioni critiche sulle conclusioni raggiunte dalla Corte, v. anche BOZZAO, *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *LD*, 2007, 54 ss.

⁵³ Per la copertura di tali periodi, durante i quali non viene effettuata alcuna prestazione lavorativa, è possibile fare ricorso a strumenti onerosi, a titolo meramente volontario, quali il riscatto e di prosecuzione volontaria: art. 8, d.lgs. 16 settembre 1996, n. 564.

⁵⁴ Nel periodo intercorrente tra l'ordinanza di remissione e la pronuncia del 2006, il legislatore è intervenuto in materia, con una soluzione che si è posta in linea di continuità con le conclusioni poi raggiunte dal giudice delle leggi. Ed infatti, nell'estendere i trattamenti di disoccupazione ai lavoratori sospesi per crisi aziendali occupazionali, in possesso di particolari requisiti assicurativi e contributivi, si è provveduto ad escludere espressamente da tale ampliamento i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo parziale verticale, tanto con riferimento all'indennità ordinaria di disoccupazione, tanto con riguardo al godimento dell'Aspi. Questa normativa è stata nel tempo abrogata e, ad oggi, non vige alcuna esplicita esclusione di tali lavoratori dal godimento della Naspi; nulla dispone, al riguardo, il d.lgs. n. 22 del 2015.

Muovendo da queste considerazioni, la Suprema Corte ha ritenuto che – se il lavoro a tempo parziale non implica l'interruzione, né la sospensione⁵⁵, dell'impiego, e i periodi non lavorati costituiscono una normale modalità di esecuzione del contratto – nel part-time verticale ciclico l'anzianità contributiva dovrà essere proporzionata sull'intera durata del rapporto di lavoro, e non riferita ai soli periodi di effettiva prestazione. Diversamente ragionando, in presenza di contratti di lavoro con una durata effettiva equivalente, il lavoratore a tempo parziale maturerebbe l'anzianità contributiva utile ai fini della pensione con un ritmo più lento del lavoratore a tempo pieno: così realizzandosi una differenza di trattamento basata sul solo motivo del lavoro a tempo parziale, vietata dal diritto interno⁵⁶. Il divieto di discriminazione è stato infatti ormai recepito dalla normativa nazionale, “e trova quindi uno spazio di operatività che trascende quello delineato dalla Direttiva”⁵⁷; la materia in esame non è, dunque, direttamente assoggettata alla disciplina comunitaria, nella quale può solo rinvenirsi una “conferma” del principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale, che risulta già insito nell'ordinamento interno.

Appare allora evidente che il necessitato ridimensionamento della portata regolativa della direttiva 97/81/CE (stante la sua inapplicabilità alle prestazioni legali di sicurezza sociale) e la conseguente valorizzazione dei principi rinvenibili nella disciplina nazionale, confermano la difficoltà, su questi presupposti, di aprire un dialogo costruttivo tra le Corti multilivello. Nel frattempo, il contenzioso con l'Ente previdenziale resta aperto⁵⁸; e sollecita l'urgenza di un intervento legislativo che introduca regole più eque per il computo dell'attività lavorativa prestata a orario ridotto, ai fini della maturazione del diritto a tutte le prestazioni previdenziali.

⁵⁵ Sent. *Bruno e Pettini*, punto 72.

⁵⁶ V., oggi, l'art. 7, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015.

⁵⁷ Così Cass. n. 21376/2016, cit.

⁵⁸ L'Inps, infatti, continua a calcolare l'anzianità contributiva dei part-timers considerando solo le giornate di lavoro effettivo.

Giuseppe Della Rocca, Anna Maria Ponzellini
I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica:
adempimenti o risultati?

Sommario: 1. *Governance*. 2. Strategie e obiettivi. 3. *Segue*. Performance. 4. Processo decisionale e valutazione. 5. *Segue*. Apprendimento. 6. Lavoro pubblico: la dirigenza. 7. *Segue*. L'organizzazione del lavoro. 8. Conclusioni.

I. Governance

La recente legge di riforma della Pubblica Amministrazione, l. 7 Agosto 2015 n. 124, interviene su materie eterogenee che costituiscono l'avvio di un processo che richiederà grande impegno alle amministrazioni e di cui è difficile prevedere i risultati (in parte, anche perché incompleta rispetto alle intenzioni del ministro proponente, che vede nel nuovo ruolo della dirigenza un aspetto fondante della riforma). L'insieme delle norme sembra essere "di manutenzione": correttivi mirati a superare la lentezza e la complicazione delle procedure, ad affrettare i tempi delle decisioni, a semplificare gli iter, a valorizzare la trasparenza, a migliorare la disciplina della valutazione e a prevenire la corruzione¹.

La riforma richiama implicitamente la necessità di costruire modelli organizzativi in grado di garantire l'esercizio efficace dei compiti, di contenere la spesa e di migliorare le performance complessive dell'amministrazione pubblica. Nonostante queste indicazioni nel testo sembra però mancare una

¹ MATTARELLA, *Il lavoro pubblico*, in D'ALTERIO, MATTARELLA (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione; commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Edizioni il Sole 24 ore, 2017.

visione ampia della innovazione, specialmente un riferimento esplicito alla *governance* dell'amministrazione e del cambiamento.

Secondo Mayntz², il paradigma della *governance* si è via via esteso nel corso della seconda metà del Novecento. Inizialmente alludeva alla elaborazione delle politiche (da parte del governo) e alla loro implementazione (da parte di agenzie pubbliche), in cui l'attività riformatrice era guidata dal ruolo lungimirante del "soggetto" direzione politica, ossia dal punto di vista del legislatore: una prospettiva costretta a cambiare non solo per errori cognitivi di pianificazione legislativa ma anche, e specialmente, per aver incontrato, in non pochi casi, l'ostinata resistenza da parte dei destinatari. Dagli anni Settanta in poi il termine si è arricchito di una prospettiva "dal basso", che ha incluso non solo la struttura e i comportamenti dell'"oggetto" – i destinatari del controllo politico – ma anche le politiche formulate e implementate attraverso reti pubblico-private e sistemi di auto-regolazione³. Per *governance*, di conseguenza, oggi si intende un percorso di governo, alternativo a quello gerarchico, caratterizzato da un maggior grado di cooperazione e dall'interazione tra Stato e attori pubblici e privati. Il termine richiama due dimensioni tra loro diverse, anche se spesso convergenti: un percorso di governabilità esterno, che si sviluppa tra enti, agenzie pubbliche e private e i cittadini, e un percorso di governabilità interno, tra amministrazioni, uffici, funzioni e ruoli.

Espressa in termini coerenti col contesto in cui si vuole qui utilizzare – ovvero l'implementazione di una riforma – si può definire la *governance* come la modalità con cui conseguire la governabilità di un processo di gestione amministrativa, e, affinché sia possibile governare tale processo, è necessario che si lavori per risultati: l'interdipendenza e il coinvolgimento degli attori interni ed esterni non sarebbero infatti possibili senza una chiara definizione degli obiettivi, del loro monitoraggio e verifica. Governare la riforma quindi

² MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *RISP*, 1999, 1.

³ Si sono riesumati in tale ambito principi di *mercato*, come in effetti sono state le teorie del *new public management e della privatizzazione* o principi sulle capacità di *autoregolazione* dei soggetti. Rapporti che includono gli accordi neocorporativi sulle condizioni di lavoro e forme di autoregolazione integrati in un regime che vincola l'attività degli agenti privati tramite regole che loro stessi si sono date. Teorie che hanno evidenziato anche esse i loro limiti in modo da fare sì che, secondo MAYNTZ, controllo gerarchico, mercato, autoregolazione non siano da considerarsi concetti esclusivi, ma che, se amalgamati, risultino più efficaci di una sola delle possibili forme di *governance*.

implica *una implementazione che non proceda necessariamente per adempimenti e sanzioni, sul rispetto della legge, ma per finalità e risultati*. Solo in questo modo si potrebbe evitare quella trappola che Alessandro Pizzorno⁴ ha chiamato della “politica assoluta”, ovvero il pensare che l’adempimento legale di una politica ne realizzi l’intero significato, senza considerare i contesti, il vissuto e le esperienze, gli interessi, la pluralità degli attori coinvolti e i risultati conseguiti.

Se si guarda alle finalità della legge, le modalità di azione che ne sono coinvolte non sono solo politico-normative ma anche organizzative e, perché no, manageriali. Un intervento organizzativo e manageriale infatti è indispensabile se si vogliono realizzare le finalità dei nuovi ordinamenti proposti, orientando le amministrazioni e lo stesso personale pubblico. Se non si vuole tanto perseguire una logica di adempimento della norma che viene dall’alto, ma di “scopo” che guarda ai risultati, si dovrà intervenire con metodi di riorganizzazione delle strutture, osservazione e ascolto degli attori coinvolti, di misurazione e di valutazione. Questo significa *introdurre pratiche che per loro natura non possono stare nella norma legislativa*. D’altra parte, come sostengono ormai da tempo diversi autori, “le politiche pubbliche dovrebbero basarsi non solo su ciò che la legge prescrive ma su quanto non esclude o, perlomeno, non vieta”⁵.

Una analisi del processo di riforma dell’organizzazione pubblica può essere condotta attraverso il confronto con i metodi d’innovazione affermati nel settore privato. Il confronto può considerarsi non pertinente, tuttavia si tratta di paradigmi che si ispirano all’organizzazione snella, sono formule di innovazione organizzativa che “pensano al contrario”⁶, presuppongono il passaggio dalla logica fordista degli adempimenti imposti dall’alto (il piano innanzitutto verso la produzione, il suo controllo e la vendita a magazzino) ad una logica trainata dal basso (si parte dalla domanda del cliente finale e poi si produce)⁷. Beninteso, si tratta di metodi finalizzati ad una razionaliz-

⁴ PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta*, Feltrinelli, 1993.

⁵ EASTON, *Il sistema politico*. Milano Comunità, 1973.

⁶ CORIAT, *Ripensare l’organizzazione del lavoro, concetti e prassi nel modello giapponese*, Dedalo, 1991.

⁷ È noto come lo stesso impianto burocratico dell’azienda fordista sia cambiato. Da una disciplina di controllo che dal piano di produzione arriva ai comportamenti per ogni micro attività (si pensi ai tempi e metodi per unità di lavoro) ad una che privilegia la verifica dei risultati finali, come ad esempio sono i tempi di attraversamento di un prodotto sull’intero processo di

zazione dei processi che garantiscano velocità, continuità del flusso e qualità del prodotto anche attraverso una definizione rigorosa delle tecniche e dei metodi di produzione e di controllo. La differenza rispetto alla *one-best-way* fordista – e, in generale, alla rigidità delle norme costruite una volta per tutte, che finiscono per perdere di vista il risultato – consiste nella sostanziale apertura delle procedure a *continue modifiche*, attraverso il coinvolgimento delle strutture operative intermedie; le pratiche di sperimentazione e di apprendimento organizzativo (aiutate dalla raccolta di buone prassi e da sistemi di benchmark); la partecipazione dei lavoratori al controllo e al miglioramento della produzione; la verifica dei risultati con sistemi standardizzati di *audit* e di valutazione.

Riferirsi ai nuovi paradigmi organizzativi del privato non è casuale, né troppo estemporaneo. Ipotesi che, per una svolta verso un modello di innovazione organizzativa, esistono anche per il pubblico. La stessa OECD ha coniato il termine *World Class Civil Service* (WCCS), sull'esempio del *World Class Manufacturing*⁸, per orientare le riforme verso modelli organizzativi più efficaci di gestione del bene pubblico⁹, mentre McKinsey parla di *Lean Government*¹⁰. Una logica nuova, aperta verso l'esterno e verso l'interno, che implica una amministrazione che operi anche *per prova ed errore rispetto allo scopo*, di verifica dei risultati, di confronto con i diversi attori, di ridefinizione continua delle procedure, di continua ri-taratura delle politiche. Una verifica che non proceda solo per obblighi e sanzioni, dall'alto verso il basso, ma attraverso informazione, comunicazione e integrazione tra strutture e ruoli, mediante la messa in comune dei dati, la partecipazione degli operatori, il

produzione (*lead time*), di consegna al cliente (interno od esterno che sia) e di qualità del prodotto.

⁸ Ispirato alla filosofia Toyota e alla "lean organisation", il sistema WCM è basato su metodologie molto strutturate che perseguono lo stretto collegamento tra richieste *ex ante* del cliente e produzione, tra costi e risultati. Da questo punto di vista si persegue la riduzione degli scarti e delle anomalie, l'integrazione tra funzioni e settori per la manutenzione e previsione *ex ante* dei guasti, il controllo qualità, la logistica e sincronizzazione del flusso produttivo, la personalizzazione del prodotto, la riduzione dei magazzini e degli archivi, l'eliminazione degli sprechi e delle doppie attività, il miglioramento dell'ambiente e sviluppo dell'organizzazione, il miglioramento delle competenze del personale.

⁹ OECD, "World Class" civil service. *Working party for public employment and management* April, 2015.

¹⁰ MCKINSEY, *Applying lean production to the public sector*, in <http://www.mckinsey.com/industries/public-sector/our-insights/applying-lean-production-to-the-public-sector>, 2006.

coinvolgimento degli utenti in modo da consentire azioni anticipatrici di miglioramento delle performance.

L'articolo si propone una lettura della riforma proprio in questa prospettiva. Si cercherà di commentare la riforma della amministrazione – e in particolare gli aspetti che riguardano l'innovazione organizzativa, la direzione e il controllo – alla luce della teoria organizzativa. In particolare, si utilizzeranno il paradigma della “*governance* dal basso” (in questo caso, guardando più alle relazioni interne che esterne) e il paradigma del “*lean government*”. Con questa finalità si prenderanno in considerazione alcune parole chiave utilizzate nel testo della riforma inerenti il governo complessivo dell'amministrazione: strategie, obiettivi, performance; decidere, valutare, apprendere; lavoro pubblico, ruolo della dirigenza, organizzazione del lavoro, comunicazione, coinvolgimento. Si cercherà anche di puntualizzare alcuni dilemni, come: *quale idea di governance è condivisa dalla cultura amministrativa? quali sono le dimensioni della governance che la legge non risolve o non dice? quali al contrario gli aspetti organizzativi e di management su cui sarebbe opportuno che la legge non intervenisse?*

2. Strategie e obiettivi

Strategie e obiettivi. In una logica di scopo, la chiarezza degli obiettivi e delle strategie dell'organizzazione costituisce una leva indispensabile per la *governance* per conseguire interdipendenza con gli attori esterni e con i cittadini e integrazione tra strutture e ruoli interni. Sarebbe quindi buona prassi che un documento di riforma dell'organizzazione interna e delle politiche del personale – da considerare perlomeno valido per un triennio – dichiari in premessa le principali strategie da cui fare scaturire obiettivi, azioni e regole di comportamento organizzativo. Tale considerazione è a maggior ragione da ritenersi valida, dato lo specifico richiamo fatto dalla Legge 124 alla “riorganizzazione” delle amministrazioni pubbliche.

Il testo della riforma, tuttavia, e i suoi decreti attuativi, più che definire obiettivi strategici fanno riferimento a “disposizioni generali” per l'organizzazione degli uffici con il fine di accrescerne l'efficienza, razionalizzare il costo del lavoro, migliorare l'utilizzo delle risorse umane. Oppure stabiliscono “autorizzazioni a procedere” mediante atti organizzativi per gli uffici di maggiore rilevanza con il conferimento della titolarità dei medesimi e delle do-

tazioni organiche. O anche s'ispirano a "criteri" di funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi; al perseguimento di obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, non però specificati nel testo, da conseguire attraverso una ampia flessibilità operativa, comunicazione interna, imparzialità.

Alcuni obiettivi, per la verità, sono impliciti e distribuiti qua e là nei vari provvedimenti. Si tratta soprattutto di indicazioni riferite alla riduzione dei costi, dei tempi delle decisioni, alla promozione di un rapporto più stretto con i cittadini. Tuttavia, è la *mission* complessiva dell'amministrazione a essere poco visibile: non risulta centrale che il cittadino ne costituisce l'epicentro, non sono messi in evidenza obiettivi facilmente individuabili che coinvolgano l'intera amministrazione in modo esplicito né come strategia, né come principi o linee-guida generali. Non sono, a maggior ragione, specificati i target delle performance comuni a tutta la PA.

Di conseguenza, se si volesse applicare un'idea di *governance* non gerarchica ma "inclusiva dei destinatari"¹¹ o anche l'idea di *governance* ispirata al *lean government*, che vede tutto il processo amministrativo "tirato (*pull*) dal cliente"¹², è lecito porsi alcune domande. Per esempio, quali sono i risultati rispetto alla conduzione economico-finanziaria della pubblica amministrazione che si attendono i cittadini-contribuenti? Domande che coinvolgono la *spending review* e che richiedono risposte: di quale entità ridurre il debito, in quali settori, o al contrario in quali investire. Sono tutti aspetti che probabilmente vengono lasciati alla legge di stabilità, ma che richiederebbero specificazioni ulteriori fatte proprie dalla leadership politica e amministrativa responsabile della riorganizzazione dell'amministrazione, in modo da indirizzare la legge di stabilità stessa e anche il comportamento dei funzionari pubblici. Ancora, cosa chiedono i cittadini-utenti in termini di tempi di risposta per i servizi erogati da enti locali, ministeri, sanità? Questo obiettivo viene specificato solo nel caso delle Conferenze dei Servizi. In alcuni casi tali target sono già suggeriti da fonti internazionali, mentre in altri possono essere ripresi da casi di successo di settore o di amministrazione.

¹¹ MAYNTZ, *op. cit.*

¹² MCKINSEY, *op. cit.*

3. (Segue). *Performance*

Queste e altre osservazioni riconducono all'utilizzo del termine *performance*, ricorrente nella recente normativa, richiamata come *dimensione dirimente* per l'attuazione di norme importanti, quali la valutazione delle amministrazioni e dei dirigenti, oltre che come strumento, verso l'alto, per la valutazione delle politiche pubbliche e, verso il basso, per costruire politiche retributive efficaci di incentivazione per tutto il personale.

In materia di ottimizzazione della "produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza della pubblica amministrazione", il d.lgs. 27 Ottobre 2009, n. 150 con le modifiche introdotte a seguito dei decreti attuativi della l. 7 agosto 2015, n. 124, mette in rilievo come la *performance* consista nel conseguimento degli obiettivi della programmazione e di bilancio articolati su più livelli e specifici di ogni amministrazione. Tuttavia, programma e bilancio sono contenitori di obiettivi e, come strumenti di gestione, non risolvono il dilemma di cosa si intenda per *performance*. Infatti, in un "programma" possono coesistere più versioni di obiettivi di *performance* dalla semplice identificazione di missioni o aspettative generali da parte del vertice amministrativo, al piano di attività (a volte anche senza indicazioni di fasi e di tempi di attuazione), alla indicazione di risultati attesi da uno o più progetti-obiettivo, alla precisa indicazione di risultati attesi grazie a standard di *performance* misurabili¹³.

Riferirsi alla *performance* come *adempimento* di un programma presenta quindi forti ambiguità ed insufficienze così come richiamare la semplice missione di una amministrazione senza indicatori o standard per un confronto con i cittadini e tra amministrazioni viene a meno la trasparenza e con essa l'integrazione tra amministrazioni, strutture, ruoli. Al contrario lavorare per programmi, anche sulla base di standard di *performance* consolidati e condivisi, porta trasparenza, limita la discrezionalità o l'autoreferenzialità delle interpretazioni, permette un confronto e l'apprendimento e in tale modo riduce la disaffezione e il conflitto.

L'utilizzo di indicatori e metodi di misurazione ha il pregio di facilitare la comprensione da parte degli operatori e dei cittadini, elimina il ricorso, come di frequente è dato a leggere, a rapporti di valutazione massicci per

¹³ Si vedano i contributi del seminario AREL in DELLA ROCCA, DELL'ARINGA (a cura di), *L'eccellenza nelle pubbliche amministrazioni*, Arel monografie, 2015.

numero di pagine e allo stesso tempo complessi e spesso oscuri. In definitiva, limitarsi a collegare la valutazione della performance alla programmazione senza indicatori di obiettivo trasparenti consente a molte amministrazioni di eludere la difficoltà di una seria verifica dei risultati attesi, rende difficile la valutazione organizzativa prevista dalla legge e vanifica le molte prassi ed esperienze già consolidate che, superando la logica del mero adempimento, si sforzano di individuare indicatori di performance credibili e condivisi e di farne oggetto di gestione e confronto tra amministrazioni¹⁴.

Va inoltre considerato che rifarsi all'adempimento della sola programmazione, che sia essa triennale o annuale, senza prevedere procedure di informazione e verifica "dal basso" ripropone a sua volta una logica solo di tipo gerarchico. Non solo. In assenza di feed-back dal basso e dall'esterno, si rischia l'ingovernabilità, specialmente nei casi in cui le organizzazioni sono chiamate dal contesto a veloci adattamenti, sia di tipo finanziario che di qualità e quantità di servizio da parte degli utenti e cittadini. Da tempo ormai l'idea di piano-programma come unico referente di gestione nelle organizzazioni private è stato abbandonato e integrato da processi di verifica e correzione *giusto in tempo* – come suggerisce il riferimento al *lean government* – da parte di chi gestisce e opera al momento stesso in cui la prestazione viene esercitata.

¹⁴ All'inizio del processo di riforma negli anni 80 in molti settori della burocrazia, della politica e per esperti di diritto amministrativo era ricorrente la tesi dell'impossibilità di misurare la performance di qualsiasi apparato pubblico. L'esperienza di quasi mezzo secolo in alcuni comparti pubblici come Sanità, Scuola, Università ed Enti locali ha messo in evidenza risultati esattamente contrari a questa tesi con la messa a punto non solo di programmi politici ma di indicatori standard di prestazione delle politiche e delle amministrazioni (così BOTTI, CAERLE per la sanità, MASTROGIUSEPPE, AIELLO-RICCI per la scuola, ARCAINI, CHECCHI, MALGARINI, MOMIGLIANO per l'università, VIGNOCCHI, PEITI per gli enti locali, reperibili tutti in DELLA ROCCA, DELL'ARINGA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Il Mulino Arel, 2017). Da questo punto di vista si veda anche MARCONI, *Alcune considerazioni di sintesi*, in DELLA ROCCA DELL'ARINGA (a cura di), *L'eccellenza nelle pubbliche*, cit., così come importante è il richiamo recente agli obiettivi riconoscibili da indicatori misurabili di performance che si ritrova nelle *linee guida per il piano delle performance Ministeri* dell'Ufficio per la Valutazione delle Performance del Dipartimento della Funzione Pubblica (Giugno 2017). Obiettivi con Indicatori che debbono essere legati alle policy ma anche al funzionamento dell'amministrazione; pochi e non molti, come dice il testo, grazie a scelte di priorità, corredati da valori di partenza in grado di individuare andamenti nel tempo di volumi, tempi di attuazione, risorse.

4. *Processo decisionale e valutazione*

Altro aspetto che inficia l'efficacia della *governance* nel pubblico sono il numero inusuale di livelli gerarchici, di attori e il deficit di sincronicità tra loro nel decidere, valutare, apprendere. Le criticità, ormai consolidate nel tempo, sono i tempi di risposta quasi mai efficaci per consentire apprendimento, correzione e miglioramento nell'utilizzo delle risorse e nei risultati dei servizi.

Permane a livello nazionale, un cospicuo numero di attori per il controllo sia della spesa che dei programmi di attività e dei risultati: Corte dei Conti, Dipartimento della Funzione Pubblica, Ministero del Tesoro, Autorità Nazionale Anticorruzione... solo a elencare i principali. A livello decentrato, ci sono poi il vertice politico, i dirigenti apicali, gli Organismi Indipendenti di Valutazione “(OIV)”, oltre ad altre sedi come gli uffici interni per il controllo di gestione, per la programmazione, per l'anticorruzione. Tutti soggetti che hanno possibilità di intervento sulle decisioni con il rischio inevitabile di creare, quella che già da tempo è stata definita, una “babilonia dei controlli”¹⁵. Il numero elevato dei “controllori” non è solo indicatore della complessità del processo di controllo e di sovrapposizione nelle decisioni, ma soprattutto è causa diretta della lentezza dell'azione amministrativa a conseguire risultati in un'epoca caratterizzata da rapidità dei cambiamenti finanziari, strutturali e normativi e da pressioni da parte dei cittadini per ridurre i tempi di attesa dei servizi e garantire trasparenza delle performance.

A livello locale, il monitoraggio e la verifica delle performance restano comunque attribuiti agli OIV, che hanno il compito di stabilire metodi di misurazione e valutare i risultati. Il nuovo testo di riforma attribuisce agli OIV anche la valutazione esterna degli enti, sebbene, trattandosi di un organismo interno, questo non possa essere sempre in grado di avere tutte le informazioni e le competenze necessarie per una valutazione dei risultati complessivi dell'ente. Al contrario, la riforma non ha dato piena legittimità a tecnostrutture intermedie esterne dedicate alla valutazione delle performance organizzative (e non solo al controllo degli atti), in grado di identificare e misurare e valutare le performance degli enti attraverso un confronto (benchmark) tra le diverse amministrazioni del medesimo settore

¹⁵ Così Massimo Severo Giannini (Id., *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1970), citato e commentato di recente da D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, 2015.

e di analoghe dimensioni. In tale modo si è persa un'occasione per legittimare maggiormente le esperienze di terzietà, tramite agenzie esterne, già presenti nell'esperienza italiana in alcuni settori, quali l'ANVUR (università), AGENAS (sanità), INVALSI (scuola)¹⁶.

5. (Segue). *Apprendimento*

Considerazioni non dissimili riguardano l'efficacia stessa del "ciclo delle performance" come strumento di gestione interna delle amministrazioni previsto dal d.lgs. n. 150/09. Poca attenzione agli appuntamenti del ciclo, dilazione dei tempi della valutazione oltre l'anno prestabilito, assegnazione dei nuovi obiettivi prima di conoscere i risultati dell'anno precedente, scarsa, se non nulla, differenziazione delle valutazioni sui risultati: queste le considerazioni che emergono da indagini sul funzionamento del ciclo delle performance condotte da Agenas nella Sanità¹⁷ e da Formez nei Comuni con densità di popolazione oltre i 50.000 abitanti¹⁸.

Una situazione analoga si registra per i Ministeri, con rapporti di valutazione consegnati regolarmente in ritardo, oltre i termini minimi ragionevoli per poter avere il feed-back necessario a migliorare il piano dell'anno suc-

¹⁶ La metodologia di *benchmarking* facilita l'innovazione e l'apprendimento e consente la governabilità del sistema. Dà luogo ad un *continuum* di misurazione e informazione tra amministrazioni; i soggetti modificano la prospettiva di osservazione dei propri risultati guardando anche all'esterno e in avanti alla ricerca di prassi migliori. Facilita l'innovazione e induce forme di autovalutazione strutturata e limita allo stesso tempo l'autoreferenzialità sia all'interno che nel confronto esterno tra amministrazioni e tra attori, governi nazionali e locali, sindacati. L'autoreferenzialità è riconosciuta, da molti, come un clima culturale che blocca innovazione e possibili miglioramenti. In condizioni di asimmetria informativa, le istituzioni tendono a convincersi di non potere fare meglio, di avere provato tutte le soluzioni, fino a considerare la loro la situazione ottimale. Non sempre gli obiettivi assegnati, quando non vi è alcun riferimento alle prestazioni conseguite da una amministrazione rispetto ad altre amministrazioni, diventano credibili perché privi di riferimenti empirici sia per coloro che devono stabilirli che per quelli che devono conseguirli (v. NUTI (a cura di), *La valutazione delle performance in sanità*, IL MULINO, 2008).

¹⁷ MOIRANO, *La valutazione delle organizzazioni e il monitoraggio delle prestazioni nel Sistema Sanitario Nazionale in Italia*, in DELLA ROCCA DELL'ARINGA (a cura di), *L'eccellenza nelle pubbliche*, cit.

¹⁸ FORMEZ, *L'analisi del ciclo delle performance nelle amministrazioni comunali italiane con densità di popolazione oltre i 50.000 abitanti*, Rapporto Formez, 2014.

cessivo¹⁹. La necessità di uscire dalla prassi dei *piani senza memoria, poco leggibili, senza indicazioni di priorità* è confermata, seppure con maggiore prudenza, dal documento redatto per il coordinamento delle attività delle OIV nei Ministeri, dall'Ufficio per la valutazione delle performance della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della Funzione Pubblica²⁰. La mancata sincronizzazione del ciclo testimonia, da un lato, il prevalere dell'utilizzo del sistema di valutazione delle performance con il solo fine di legittimare premi e bonus retributivi per la dirigenza, e, dall'altro, la debolezza di una cultura manageriale nella gestione delle amministrazioni, debolezza che si traduce in un mancato apprendimento per il miglioramento dell'organizzazione, benché la stessa formula del *ciclo* – che dà priorità al ritorno di informazioni affidabili – lo preveda. Questa assenza di sincronizzazione del ciclo testimonia il prevalere anche in questo caso della prassi dell'adempimento della norma contrattuale su quella della gestione dell'organizzazione e la *resistenza, da parte della dirigenza apicale, verso una cultura di performance-management e di apprendimento organizzativo*, cardini manageriali dei paradigmi dell'organizzazione snella.

6. Lavoro pubblico: la dirigenza

Più che potenziare il ruolo dell'OIV, si dovrebbe riportare al centro della *governance* la dirigenza apicale, enfatizzandone le responsabilità sui risultati amministrativi rispetto alle responsabilità sugli adempimenti e sulle regole di condotta. Focalizzare il ruolo dei dirigenti sulla responsabilità della performance di un processo-servizio (o di più procedimenti tra loro interdipendenti per finalità di scopo), rende anche evidente l'opportunità di andare oltre la frammentazione delle funzioni specialistico-professionali della dirigenza.

La riforma inizialmente si proponeva tale tipo di obiettivo attraverso l'istituzione di un ruolo unico dirigenziale per ciascun grande settore della pubblica amministrazione (Ministeri, Regioni, Enti locali), proponendo in

¹⁹ REBORA, *Riorientare il ciclo delle performance, possibili linee evolutive per le amministrazioni centrali dello stato*, in DELLA ROCCA DELL'ARINGA (a cura di), *L'eccellenza nelle pubbliche*, cit.

²⁰ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica. Ufficio per la valutazione delle performance (2017), *Linee guida per il piano della performance, Ministeri*, Paper Roma.

tale modo una figura di dirigente “generalista”²¹, responsabile delle risorse, degli obiettivi, dei risultati di un intero processo e non solo di una singola struttura funzionale. Si individuava inoltre un unico bacino di reclutamento della Dirigenza della Repubblica al quale avrebbero potuto attingere tutte le amministrazioni mediante procedure concorsuali, indette da ciascuna amministrazione ma monitorate e gestite da organismi centrali²².

In questo modo, la riforma indicava un percorso verso un modello organizzativo aperto a una pratica di selezione tipica di un quasi-mercato, con scadenza degli incarichi e dei risultati; caratterizzato da una struttura decisionale meno frammentata: soluzioni che si potrebbero definire come rivolte a realizzare una organizzazione snella. Il ruolo unico e il potenziamento della dirigenza avrebbero alleggerito il compito degli organismi di controllo interno (OIV) e favorito l’implementazione di una vera valutazione esterna della performance in grado di misurare la prestazione della dirigenza generalista per mezzo di indicatori standard, riferibili quanto meno ad un insieme di funzioni amministrative tra loro comparabili in distinte aree territoriali²³.

La coppia “autonomia/responsabilità dei risultati” rispetto a quella “obbligo legislativo/responsabilità di regole di condotta” è stata anche oscurata dal, discutibile, ruolo centrale dato all’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’ambito di un testo legislativo focalizzato sulle performance, sull’organizzazione, sulla gestione del personale. Rispetto ai compiti previsti dalla legge 4 marzo 2009, n.15, il tema dell’anticorruzione viene inserito anche nella legge 124/2015 con compiti di controllo della “trasparenza ed integrità”. In questo modo tali norme, che prevedono un programma di attività e di procedure di inchiesta e di sanzioni disciplinari, si sovrappongono nello stesso testo alla valutazione delle performance e del personale. Il rischio, in questo caso, è di far passare nell’amministrazione l’idea errata per cui i comitati anticorruzione locali sono organismi che possono intervenire direttamente nella gestione delle attività.

²¹ MELIS (2017) *Il riformismo amministrativo nella storia d’Italia: i due attori fuori scena*, in DELLA ROCCA, DELL’ARINGA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori*, cit.

²² BATTINI, *La dirigenza* in MATTARELLA, D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione; commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Edizioni il Sole 24 ore, 2017.

²³ Com’è noto, tale percorso è venuto meno dopo la sentenza della Corte Costituzionale sulla dirigenza che ha espunto dal testo legislativo l’attuazione del ruolo unico per inadempienze procedurali nell’iter di approvazione della legge.

Sarebbe invece stato utile lasciare tali norme entro un ambito di regolazione separato da quello della riforma, che è invece mirata a promuovere l'ottimizzazione della produttività organizzativa e del lavoro, l'autonomia e la motivazione della dirigenza. La valutazione delle performance dovrebbe essere al centro della riforma, mentre al contrario il richiamo a sanzioni a carico del dirigente per il mancato esercizio da parte di quest'ultimo delle proprie prerogative datoriali con particolare riferimento al potere disciplinare, rischia di spostare ancora di più il baricentro dalla responsabilità di risultato alla violazione degli obblighi del procedimento e alla verifica degli adempimenti²⁴.

7. (Segue). *L'organizzazione del lavoro*

Quello che emerge dai testi di legge è un modello di competenze soggetto a una disciplina delle mansioni statica (“il prestatore di lavoro deve essere adibito alla mansione per cui è stato assunto...”), quando non addirittura fondata su precisi divieti alla mobilità (tramite restrizioni a ricoprire la mansione superiore o al cumulo di più mansioni). Una disciplina che si giustifica sull'adempimento della norma e sulla necessità di impedire abusi nella gestione delle carriere nega nei fatti – tirandosi la classica zappa sui piedi – qualsiasi possibilità di innovazione dei processi di lavoro e dell'organizzazione dei ruoli.

Si tratta di un modello che si basa su un'idea di competenza definita dal “posto” piuttosto che dal “ruolo”. Il posto, o la mansione dà una lettura statica dell'organizzazione perché si identifica con i compiti diretti della posizione individuale, un'organizzazione per ruoli consente una lettura dinamica in grado di includere, oltre ai compiti specifici della mansione, anche la necessaria integrazione, interdipendenza, interazione con altre mansioni, funzioni aziendali, livelli gerarchici, clienti²⁵. Si tratta di aspetti organizzativi

²⁴ Sono ad esempio regole di condotta soggette a sanzioni: omettere di pubblicare o adottare tardivamente informazioni in materia di procedimento amministrativo; non predisporre il piano anticorruzione; non pubblicare moduli e formulari; non trasmettere documenti via PEC; non dare informazioni previste dalle norme sull'amministrazione trasparente; non adottare il programma triennale per la trasparenza; omettere di intervenire sulla disciplina degli orari e sul procedimento di valutazione previsti entrambi dalla contrattazione collettiva.

²⁵ BUTERA, *Organizzazione e professionalità nell'industria*, in *Quaderni ISFOL*, 1975, 17.

– quelli dell’integrazione, dell’interdipendenza e dell’interazione – che oltre ad essere importanti per la tecnologia e per il servizio pubblico non sempre sono prevedibili e misurabili nella loro intensità e qualità in una classificazione normativa dei compiti assegnati a ciascuna mansione. Il valore di un ruolo quindi non è sempre definibile per legge o per contratto ma richiede strumenti, come la valutazione delle competenze, che diano risultati variabili nel tempo e dipendenti dalle prestazioni individuali.

D’altra parte, come sottolineano le previsioni del World Economic Forum sui fabbisogni occupazionali al 2020, per la costruzione di ruoli efficaci serve sviluppare non tanto competenze “di contenuto” (la cui richiesta si sta riducendo a causa della crescente possibilità delle tecnologie di integrare mansioni anche di qualifica elevata) quanto “di governo dei sistemi e dei processi”, nonché “sociali e comportamentali”²⁶.

Considerazioni simili riguardano incentivi, premi e carriere individuali. L’ipotesi che un buon sistema di valutazione e un sistema premiante e di carriera siano in grado da soli di far funzionare la macchina organizzativa, nonostante decenni di applicazione, ha dimostrato di non funzionare senza un modello organizzativo condiviso e chiarezza degli obiettivi strategici ed operativi.

Senza tale prospettiva l’intero sistema di valutazione individuale del personale rischia di rimanere sottomesso alle sole esigenze di distribuzione salariale con risultati che i premi sono diventati superminimi fissi e uguali per tutti, così come la mobilità orizzontale degli inquadramenti professionali e anche verticale di qualifica è stata spesso svincolata dal merito individuale e da un incremento della qualità del contenuto del lavoro. In sintesi premi di produttività senza produttività, sviluppo di carriera senza effettivi incrementi della professionalità e della qualità del lavoro e dell’organizzazione.

A fronte di queste considerazioni va invece ricordato che i processi di snellimento della gerarchia ispirati al *lean government* e anche le esperienze di digitalizzazione centrate sull’utenza sono parte di un percorso già in atto in molte amministrazioni per mezzo di pratiche di coinvolgimento dei dipendenti. Una recente indagine di Forum PA ha rilevato, con qualche sorpresa, anche nel pubblico l’esistenza di pratiche partecipative, in larga parte nate informalmente per l’iniziativa di dirigenti e funzionari o anche avviate

²⁶ WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs and Skills*, in http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOJ_Executive_Summary_Jobs.pdf, 2016.

dal basso per iniziativa dei dipendenti (spesso tecnici o professionali): raccolta di proposte e suggerimenti, “settimane di miglioramento” indirizzate a promuovere la cultura del miglioramento continuo, creazione di comunità di pratiche. In sostanza, pratiche “leggere” di creatività e riappropriazione di spazi decisionali, in alcuni casi applicabili anche dove non c’è ancora un ridisegno organizzativo (anzi indirizzate a dare spunti per un’eventuale riorganizzazione)²⁷.

I nuovi stili di gestione improntati al coinvolgimento diretto degli operatori creano occasioni di cooperazione tra colleghi, di miglioramento dei servizi, di semplificazione delle procedure, di riduzione degli sprechi, di maggiore soddisfazione degli utenti. Soprattutto, intercettando il diffuso desiderio dei lavoratori di contare di più nella loro organizzazione e di vederla migliorare, aprono inedite opportunità per spazi di *governance* dal basso, integrabili con nuovi stili di management.

8. Conclusioni

In questo articolo si è cercato di analizzare l’organizzazione pubblica come si legge nei testi della riforma alla luce di un nuovo modello di *governance*, non solo gerarchico ma caratterizzato da un maggior grado di cooperazione e inclusione dal basso dei destinatari degli interventi normativi (siano essi utenti, strutture o lavoratori) e in parte più vicino ai paradigmi organizzativi a cui si stanno ispirando le imprese private per innovare i loro sistemi organizzativi. In generale, dai testi legislativi emerge un’idea “opaca” di organizzazione in cui non è sempre facile individuare una vera *governance*, con strategie e forme di organizzazione finalizzate alle performance, all’autonomia e alla responsabilità sui risultati e a nuovi stili di management. La regolazione della Pubblica amministrazione appare a tratti come un gigantesco protocollo di gestione del personale, dove sono chiari gli obblighi ma non altrettanto i principi di sviluppo dell’organizzazione, del ruolo della dirigenza e dei lavoratori.

Quali sollecitazioni potrebbero venire dai nuovi modelli? Nel promuovere le pratiche di World Class Civil Service, Oecd confida nell’ipotesi che

²⁷ PONZELLINI, *Partecipazione dei lavoratori al miglioramento organizzativo* in DELLA ROCCA, DELL’ARINGA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori*, cit.

sia possibile anche nel pubblico un processo d'innovazione finalizzata al miglioramento della produttività e della qualità del lavoro. In particolare, suggerisce che per conseguire una reale efficacia del servizio siano necessari alcuni passaggi. Il primo di questi consiste nel “cambiamento dei confini dell'amministrazione pubblica”, un percorso di apertura che realizzi integrazione tra amministrazioni, strutture, ruoli e una più decisa cooperazione con fornitori e cittadini/utenti. Il secondo consiste nel “ridisegnare le modalità del processo decisionale politico con una riduzione dei tempi e dei livelli decisionali”, sviluppando un processo che abbia disponibilità di dati ed informazioni, che possa apprendere dalle criticità incontrate e che sia finalizzato a uno sviluppo dei servizi e del cittadino-utente. Il terzo, consiste nella transizione “da un'organizzazione per posti a una per competenze e processi”, ovvero nell'individuare ruoli ampi trasversali adattabili a più contesti; competenze (e la loro valutazione) in grado di promuovere la cooperazione con colleghi e con altre funzioni per la soluzione di problemi, la riduzione degli sprechi, il risparmio sui consumi, interventi anticipatori rispetto a possibili disservizi²⁸.

In questo quadro, è bene ricordare che le esperienze d'innovazione organizzativa e gestionale per il miglioramento della produttività delle aziende private si ispirano innanzitutto ad una logica di tipo motivazionale e di coinvolgimento, mentre la nuova normativa pubblica insiste in una logica per sanzioni. Comportamenti sbagliati o fenomeni di degrado si possono invece recuperare attraverso la puntuale verifica delle risorse, la valutazione degli standard di performance di amministrazione ed individuali, con incentivi motivazionali, con la comunicazione, il colloquio, l'interdipendenza reciproca tra controllo e indicazioni di chi produce il servizio.

I temi della valutazione delle performance, della comunicazione e del coinvolgimento possono assumere un ruolo importante e alternativo a un sistema di controllo sugli adempimenti. È importante per una organizzazione avere un circolo virtuoso di informazioni costruttive e comprensibili (conosciute attraverso indicatori, la comunicazione diffusa o anche attraverso colloqui individuali) che genera miglioramento della performance, delle conoscenze dell'organizzazione e degli individui²⁹. Una buona comunicazione genera motivazione, autostima, responsabilità e identificazione con il servizio

²⁸ OECD, *op. cit.*

²⁹ KREITNER, KINICKI, *Comportamento organizzativo*, APOGEO, 2004.

pubblico. Così come il coinvolgimento dei lavoratori all'innovazione delle amministrazioni può costituire una leva in grado di fare fronte alla domanda di efficienza delle amministrazioni, ma anche di miglioramento delle competenze, dei ruoli e della qualità della vita di lavoro del personale pubblico. Lo stesso utente-cittadino può essere parte dell'innovazione, in particolare con la diffusione delle tecnologie digitali.

Sono tecnologie che rendono possibile comunicare attraverso Internet, scambiare informazioni, modificare i comportamenti in base agli input ricevuti, memorizzare istruzioni e apprendere. Gli utenti e i cittadini possono essere, in questo modo, fonti di innovazione dal basso in modo certamente maggiore delle costose e generiche indagini di *customer satisfaction*. *Mettere al lavoro anche il consumatore*, come si dice, integrandolo nel ciclo produttivo come produttore di informazioni, con la possibilità di commutare dati, segnali di disfunzioni anche minime del prodotto-servizio da trasferire alle sedi di produzione dei servizi.

Lavoratori, utenti e cittadini possono essere, in questo modo, fonti di innovazione dal basso e, attraverso un nuovo stile di direzione basato sulla comunicazione e sul coinvolgimento, sono in grado di ridisegnare lo stesso sistema di *governance* delle amministrazioni: un sistema che proceda non più soltanto *top-down* ma *bottom-up*, attraverso la partecipazione degli operatori e dei cittadini in unità di intenti, di idee e di azioni finalizzata alla produzione di buoni servizi.

Abstract

Questo contributo fa una analisi della riforma dell'organizzazione pubblica attraverso il confronto con i metodi di innovazione affermatosi nel settore privato che si ispirano al modello dell'organizzazione snella. Cambiamento che presuppone il passaggio da una logica trainata dall'alto di adempimenti della normativa ad una trainata dal basso dalla domanda dell'utente. Con questa finalità sono rilevate alcune dimensioni chiave irrisolte quali: strategie, prestazione nel pubblico, valutare, apprendere, decidere, ruolo della dirigenza, coinvolgimento e partecipazione dei dipendenti e degli utenti nell'innovazione continua dell'amministrazione.

The following comment is an analysis of the recent Italian reform of public administration. The analysis will be done comparing several dimension of the reform with the innovation in the private sector and the use of lean organization model in the production of goods and services. Lean organization means in the public sector a shift from a organizational process draw top down to fulfil legal norms and procedure to a bottom up process in delivering services, from citizen need and they evaluation of the services. Several dimensions are discussed: making strategy, meaning of performance in public administration, assessment, learning, management role, involvement and participation of employee and citizen in the innovation of public services.

Key words

Governance, organizzazione snella, strategie pubbliche, prestazione, valutazione, apprendimento ruolo dirigenziale, coinvolgimento e partecipazione.

Governance, lean organization, public strategy, performance in public administration, assessment, learning, management role, involvement and participation.

notizie sugli autori

Paola Bozzao

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Roma “La Sapienza”

Giovanni Calvellini

Dottore di ricerca, Università di Siena

Giuseppe Della Rocca

già Associato di Sociologia industriale e del lavoro, Università della Calabria

Michele Faioli

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Roma “Tor Vergata”

Francesca Malzani

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Brescia

Alberto Mattei

Assegnista di Diritto del lavoro, Università di Verona

Claudia Murena

Dottoressa di ricerca, Università di Napoli Federico II

Angelo Pandolfo

già Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Roma “La Sapienza”

Anna Maria Ponzellini

Direttrice di ricerca, Fondazione Pietro Seveso

Micaela Vitaletti

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Teramo

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 maggio 2018
dalla Grafica Elettronica (Na)

