

indice

editoriale

- 5 UMBERTO ROMAGNOLI
La ruga dello statuto dei lavoratori

saggi

- 11 LORENZO ZOPPOLI
Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali
- 39 ANTONELLA DURANTE
I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse
- 67 GIUSEPPE MELI
Clausole sociali. Fair-outsourcing delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte II)
- 89 FEDERICA MINOLFI
Come cambia il sistema francese di relazioni industriali: prospettive e prerogative della contrattazione aziendale
- 115 MARCO PERUZZI
Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea

giurisprudenza

- 153 ANNA TROJSI
Il difficile bilanciamento tra diritto alla retribuzione dei dipendenti pubblici ed esigenze finanziarie

(Commento della C. Cost. n. 223 del 2012, nn. 304 e 310 del 2013 e n. 154 del 2014)

187 MARIA TERESA DÍAZ AZNARTE

Quando la crisi economica diventa argomento giuridico

(Commento a Tribunal Constitucional n. 119 del 16 luglio 2014 e n. 8 del 22 gennaio 2015)

205 ANA MURCIA CLAVERÍA

Consultazioni sindacali e licenziamento collettivo: l'obbligo di buona fede datoriale nella giurisprudenza delle Alte Corti Regionali spagnole

(Commento a Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 14 febbraio 2015)

219 MARIA DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ

Applicazione della Carta Sociale Europea in Spagna: eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro

(Commento a Juzgados de lo Social de Toledo del 27 novembre 2014, de Mataró del 29 aprile 2014, de Barcelona del 19 novembre 2013)

lavoro e ... televisione

229 MARCO MARAZZA

Dalla fiction (House of cards) alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Works di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi

235 *Notizie sugli autori*

237 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 UMBERTO ROMAGNOLI
The Wrinkle of the Workers' Statute

articles

- 11 LORENZO ZOPPOLI
The Contract with Increasing Protection among the Other Employment Contracts
- 39 ANTONELLA DURANTE
Trade Union Rights in the Multilevel Jurisdictional System. A Dialogue in Different Languages
- 67 GIUSEPPE MELI
Social clauses. The Public Services Fair-Outsourcing and the Proportionality Paradigm (Part II)
- 89 FEDERICA MINOLFI
Recent developments in French Industrial Relations: new Perspectives and Role of Collective Bargaining at Company Level
- 115 MARCO PERUZZI
Irregular, Undeclared and Illegal Work: the Question of the Definitions in the Perspective of the Italian and EU Legal System

case law

- 153 ANNA TROJSI
The Difficult Balance between the Right to Remuneration of Civil Servants and the Financial Needs

(Case note to judgements of Constitutional Court no. 223 of 2012, 304 and 310 of 2013, 154 of 2014)

- 187 MARIA TERESA DÍAZ AZNARTE
The Economic Crisis as a Basis for a Legal Argument
(Case note to judgement of the Tribunal Constitucional no. 119, 16 July 2014 n. 898)
- 205 ANA MURCIA CLAVERÍA
Consultation and Collective Redundancies: Employers' duty of Good Faith in the Jurisprudence of the Spanish High Regional Courts
(Case note to judgement of Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 14 February 2014)
- 219 MARIA DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ
The Application of the European Social Charter in Spain: Abuses not allowed by the Judges
(Case note to judgement of the Juzgados de lo Social de Toledo, 27 November 2014, de Mataró, 29 April 2014, de Barcelona, 19 November 2013)

labour and ... Tv serial

- 229 MARCO MARAZZA
From fiction (House of cards) to reality: an imaginary comparison between the Underwood's America Works and the Renzi's Jobs Act
- 235 *Authors' information*
- 237 *Abbreviations*

Umberto Romagnoli

La ruga dello statuto dei lavoratori

C'è chi dice che lo statuto li dimostra tutti, i suoi 45 anni, e ne reclama la rottamazione. Ma ragiona così soltanto perché è prigioniero di un sillogismo che è facile sbugiardare.

Premessa maggiore: lo statuto chiuse un ciclo di inattese lotte operaie di cui la storiografia parla come del “secondo biennio rosso”. *Premessa minore:* il referente dello statuto era la fabbrica fordista. *Ergo*, lo statuto è un ferro-vecchio.

Il sillogismo è falso e la deduzione che se ne ricava una sciocchezza, perché lo statuto non ha mai legato la sua vitalità ad un modo di produrre storicamente determinato. Si riconnette invece a valori di carattere permanente e universale la cui vulnerabilità al contatto con le ragioni dell'impresa era simboleggiata dal fordismo, ma che vanno protetti indipendentemente dal variare nel tempo e nello spazio del modello dominante di produzione e organizzazione del lavoro.

Pertanto, la ragione vera della richiesta di rottamare lo statuto bisogna cercarla altrove ed è questa: perduta la rappresentanza politica, il popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose dispone soltanto di una rappresentanza sindacale rissosa – e dunque non ha più il potere di prima.

È partendo da questa preliminare riflessione che ritengo di poter sostenere che 45 anni non bastano per esprimere un giudizio definitivo sullo statuto. Non bastano perché, come dirò, la linea di politica del diritto anticipata dallo statuto non ha avuto gli svolgimenti che meritava. Insomma, c'è un Nuovo Mondo che sta ancora aspettando il suo Colombo.

Lo statuto, scrisse Massimo D'Antona, “è la legge del sindacato in azienda”. Ma anche Massimo sapeva che l'orizzonte di senso dello statuto è

più vasto. Sapeva che lo statuto esprime la consapevolezza che l'impatto delle regole del lavoro sulla vita delle persone eccede il quadro delle relazioni che nascono da un contratto tra privati. Pertanto, anche Massimo sapeva che lo statuto trasferisce nell'ambito di un rapporto instaurato da un contratto di diritto comune il principio costitutivo della società contemporanea che fa del lavoro il passaporto per la cittadinanza. Lo statuto lo ha declinato in chiave di divieti rivolti al datore di lavoro: divieto di perquisire il dipendente, di impadronirsi dei suoi stili di vita e dei suoi stessi pensieri, di discriminarlo; divieto di punirlo se non con modalità capaci di incivilire un primitivismo come il cumulo in un medesimo soggetto dei ruoli di accusatore, giudice e parte lesa.

Come dire: lo statuto sancisce la non-espropriabilità anche nel luogo di lavoro di diritti che spettano al lavoratore in quanto cittadino. Per questo, lo statuto è la legge delle due cittadinanze. Del sindacato e, al tempo stesso, del lavoratore in quanto cittadino di uno Stato di diritto. Infatti, lo statuto riconosce al lavoratore più di ciò che può dare un contratto a prestazioni corrispettive. Molto di più; e può farlo perché il legislatore statutario prende sul serio un evento che a molti sembra tuttora secondario o addirittura un'esagerazione retorica: issandosi nelle zone alpine del diritto costituzionale elaborato nel secondo dopo-guerra fino a diventare, da noi, il formante dello Stato, il lavoro è entrato nell'età della sua de-mercificazione.

Non era mai successo che il diritto del lavoro – né quello legificato né quello giurisprudenziale né quello di cui è artefice il sindacato – pretendesse di ricalibrare il centro gravitazionale della figura del cittadino-lavoratore spostando l'accento dal secondo sul primo: ossia, dal debitore di lavoro sul cittadino. E ciò perché “nella prima modernità”, come ha scritto Ulrich Beck, “dominava la figura del cittadino-lavoratore con l'accento non tanto sul cittadino quanto piuttosto sul lavoratore. Tutto era legato al posto di lavoro retribuito. Il lavoro salariato costituiva la cruna dell'ago attraverso la quale tutti dovevano passare per poter essere presenti nella società come cittadini a pieno titolo. La condizione di cittadino derivava da quella di lavoratore”. La stessa autonomia negoziale privato-collettiva ha metabolizzato in fretta il metodo, non opportunistico né contingente, di un pragmatismo sensibile ad una concezione manageriale del lavoro. Anzi, la condivide a tal segno da interpretarla in maniera dogmatica, assumendo cioè che la dimensione mercatistica dello stato occupazionale-professionale acquisibile per contratto non può non schiacciare la dimensione politico-istituzionale dello *status* di cittadinanza

acquisibile secondo i principi del diritto pubblico. “Per molto tempo”, confesserà Vittorio Foa, “abbiamo visto nell’operaio solo un operaio da difendere nel suo rapporto col lavoro e da rappresentare nei suoi soli interessi materiali, e non abbiamo visto gli altri versanti della sua vita”. Per questo, è il suo amaro commento, non avremmo dovuto stupirci che ad un certo punto abbia smesso di ascoltare i nostri discorsi. Il fatto è che erano discorsi (più che compatibili) solidali con una logica produttivistica ed efficientistica che dà per scontato il sacrificio dello *status* di cittadinanza a vantaggio dello stato occupazionale-professionale.

Dunque, è sufficiente uno sguardo d’insieme sul passato che aveva alle spalle per porre in luce come lo statuto fosse privo di antecedenti normativi. In effetti, aveva gettato le premesse necessarie per imprimere una violenta torsione all’evoluzione del diritto del lavoro. L’avrebbe voluta non più polarizzata sullo scambio contrattuale di utilità economiche. Non più dominata dall’esigenza di disciplinare i comportamenti del lavoratore dipendente in conformità con gli standard di prestazione imposti al lavoro organizzato. L’avrebbe voluta più attenta ai valori extra-contrattuali ed extra-patrimoniali di cui il lavoro è portatore.

Viceversa, l’esortazione del legislatore statutario a ripensare le connessioni che si stabiliscono tra lavoro e cittadinanza è caduta nel vuoto: soltanto Massimo D’Antona intuì che, per il diritto del lavoro, era “una questione di ridefinizione strategica”. Perciò, quella che lo statuto racchiude è una virtualità rimasta inespressa nella misura in cui ha spaventato l’impresa più di quanto non abbia sollecitato il sindacato. Infatti, tanto l’impresa quanto il sindacato hanno rifiutato la sfida a rilegittimarsi mediante l’adeguamento dei rispettivi modelli di comportamento alla trama dei diritti del lavoratore dipendente valorizzati da Bruno Trentin nella sua ideale *Città del lavoro*: a cominciare dal “diritto di essere informato, consultato, abilitato ad esprimersi nella formazione delle decisioni che riguardano il suo lavoro”. Un diritto che trasforma il suddito in cittadino. Un diritto funzionalmente polivalente e strutturalmente multi-direzionale. Ossia, un diritto esigibile nei confronti non solo dell’impresa, ma anche del sindacato. E ciò perché il sindacato, non diversamente dall’impresa, rientra nella categoria giuridica delle autorità private principalmente in ragione dell’efficacia vincolante posseduta *de iure* o *de facto* dalle regole del lavoro che contribuisce a produrre.

Per quanto distinti, i motivi del rifiuto hanno finito per convergere nella

finalità di circoscrivere, indebolire, ridurre il diritto individuale di cittadinanza nei luoghi di lavoro. Così, alla pregiudiziale ostilità dell'impresa si è sommata la freddezza o il disinteresse o la sospettosità o la pigrizia mentale (o tutte queste cose insieme) del sindacato. In proposito, assume un valore simbolico la controversia che seguita a lacerare il mondo sindacale in ordine all'ammissibilità di procedimenti di validazione consensuale dell'esito contrattuale di conflitti di lavoro riguardanti intere collettività. La controversia è tuttora irrisolta.

Vero è che nel trittico confederale 2011-2014 è formulato il principio secondo il quale i contratti nazionali saranno sottoscritti "previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori a maggioranza semplice". Tuttavia, a parte l'indeterminatezza delle procedure che saranno adottate e l'incertezza del futuro della stessa contrattazione nazionale, il medesimo documento sponsorizza il decisionismo dei vertici al livello che pare destinato a diventare il cuore del sistema contrattuale: i contratti aziendali sono efficaci per tutto il personale "se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rsu" e, se firmati da rsa, sono sottoponibili a verifica entro certi limiti ed a certe condizioni.

Nessuno, prima d'ora, ha messo in rilievo che alla fine precoce del nuovo inizio ha contribuito anche la cultura giuridica che, quando si occupa del sindacato, tradizionalmente dimostra di saperne apprezzare soltanto la capacità di assicurare la *governance* della fase post-contratto. Pertanto, è da considerarsi un'anomalia rispetto al dominante atteggiamento culturale l'apertura a profili di democrazia partecipativa che caratterizza la proposta *de lege ferenda* elaborata dal gruppo di giuristi che si raccoglie intorno a questa rivista. Di recente, però, un settore dello *star-system* accademico (il cui esponente di maggior spicco è Raffaele De Luca Tamajo) ha reso pubblica una proposta alternativa che non solo si situa nel solco tracciato dal trittico confederale, ma indurisce le restrizioni del ricorso a pratiche referendarie in presenza di contratti aziendali.

Viceversa, una costituzione come la nostra che attribuisce al sindacato la funzione di un legislatore privato vieta ai giuristi di glorificarlo a stregua di una creatura angelicata dotata di intrinseca democraticità o, al contrario, accreditarlo come un soggetto maturo e responsabile nella misura in cui dimostra di operare all'interno di una concezione proprietaria dell'interesse collettivo e, in buona sostanza, dei diritti di cui dispone.

Non caso, i padri costituenti subordinarono il conferimento ai sindacati

di una potestà para-legislativa ad un obbligo da cui invece sono esonerati i partiti politici: l'obbligo di darsi "un ordinamento interno a base democratica" (art. 39, comma 3). Quindi, proprio perché la costituzione fa del sindacato un soggetto che agisce in qualità di un tutore piuttosto che di un rappresentante in senso tecnico-giuridico, è costituzionalmente corretto desumerne che il livello di democraticità dell'esercizio del potere contrattuale collettivo dipende dall'intensità (continuità, trasparenza, incisività) della partecipazione al processo decisionale assicurata ai destinatari della contrattazione collettiva che, per lo più, sono estranei alla vita associativa del sindacato.

Se non fosse di questo parere anche l'Alta Corte, non se ne comprenderebbe l'insistenza con cui si richiama all'esigenza che i rapporti tra lavoratori e sindacato siano presidiati da "regole ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia": la prima volta, nella forma di un *obiter dictum* contenente un monito al legislatore (sent. 30/1990) e, da ultimo, nella forma di un'*addictio* adeguatrice di una norma statutaria strapazzata dal legislatore popolare nel 1995 la cui dizione testuale permetteva, in un mutato contesto ambientale, inaudite violazioni dei più elementari principi della democrazia sindacale (sent. 231/2013).

Del resto, il legislatore statutario non si proponeva obiettivi qualitativamente differenti: "il disegno di legge che il mio ministero sta elaborando", diceva Giacomo Brodolini, "si propone di fare del luogo di lavoro la sede della partecipazione democratica alla vita associativa e della formazione di canali democratici tra il sindacato e la base". Lo statuto però ha ommesso di definire la posizione dei rappresentati di fronte al rappresentante: infatti, pur prevedendo l'attivazione di istituti di democrazia diretta come l'assemblea e il referendum, non impone alle rappresentanze sindacali aziendali di usarli per verifiche del consenso.

Vero è che, se debitamente contestualizzata, l'omissione non è priva di plausibili giustificazioni. Ciò non toglie che sia la ruga dello statuto.

Come dire che lo statuto è invecchiato non tanto a causa della metamorfosi del lavoro e dell'organizzazione produttiva quanto piuttosto a causa del mutamento antropologico-culturale che ha interessato la platea cui si rivolge il sindacato di oggi e di domani. Infatti, le istanze di auto-determinazione di fronte ad ogni potere, anche il più protettivo e benevolo, che percorrono l'universo giovanil-femminil-scolarizzato, rendono palese l'inadeguatezza di una normativa che ha premiato un sistema sindacale de-co-

stituzionalizzato, tenuto insieme da poco più di spago e chiodi, fondato su vincoli di appartenenza identitaria che si sono spezzati e non potranno riformarsi.

Lorenzo Zoppoli

Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*

Sommario: **1.** A che serve il contratto di lavoro standard? **2.** Come cambia il contratto di lavoro standard dopo il d.lgs. attuativo dell'art. 1.7 lett. c) della l. 183/2014: l'incorporazione della diseguaglianza. **3.** Funzionalità con l'obiettivo di aumentare l'occupazione e l'interferenza della l. 190/2014: a parte la qualità del lavoro, una verifica su tempi medio-lunghi. **4.** Funzionalità a superare le segmentazioni del mercato del lavoro: il lavoro a termine. **5.** L'apprendistato. **6.** Il lavoro a progetto. **7.** Il lavoro autonomo. **8.** Per le imprese meglio cumulare che scegliere nella totale incertezza (ovvero le imprese e il *de-risking State*): riordino o "sfrittellamento" delle forme contrattuali? **9.** La difficile semplificazione e il contratto "momentaneamente" dominante: un ausilio possibile dalla contrattazione collettiva.

1. *A che serve il contratto di lavoro standard?*

Il contratto a tutele crescenti (in seguito *catuc*¹) – ultimo parto della fervida fantasia semantica del legislatore italiano (al quale si devono pure i *co.co.pro.* e i contratti di prossimità) – non ha incantato nessuno: ormai è infatti chiaro che ad un *nomen* promettente (ma fuorviante) corrisponde una limitata modifica delle regole vigenti. Tuttavia, visto il testo (quasi definitivo) del relativo decreto, il cambiamento c'è ed è di tutto rilievo. Ma cosa cambia? Essenzialmente le sanzioni e le regole processuali applicabili ai licenziamenti illegittimi riguardanti i contratti di lavoro stipulati a partire dall'entrata in vigore del primo dei decreti attuativi della l. 10 dicem-

* Il saggio è destinato agli Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

¹ Acronimo (apprezzato da Umberto Romagnoli: v. *La legge degli inganni*, in *Insightweb*, 2015) di cui rivendico il *copyright*: v. *Il decreto Poletti: una semplificazione che semplifica (e convince) poco*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna del 23/24 ottobre 2014*, Adapt University press, 2015 *ebook series*, n. 40, p. 261.

bre 2014 n. 183 (7 marzo 2015; v. il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, pubblicato in Gu serie generale n. 54 del 6 marzo). Nulla cambia invece per circa sette milioni di lavoratori, cioè per i contratti di lavoro stipulati prima di quella data da imprese con più di 60 dipendenti ai quali trovava applicazione quel che resta dell'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 rivisto dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (salvo che quei contratti non siano stati stipulati in unità produttive con meno di 16 dipendenti che, con nuove assunzioni, vadano oltre tale soglia). Ciò vuol dire che il diritto del lavoro italiano da oggi in poi alleva nel seno della sua fattispecie tipica (il lavoro standard) una creatura con una doppia faccia. Una specie di malformazione grave, di cui potranno non accorgersi solo quei (presumibilmente pochi) fortunati lavoratori che da oggi in poi non cambieranno né datore di lavoro né tipo di contratto. Una situazione che, dunque, non reggerà a lungo: l'una o l'altra "faccia" finirà per prevalere, sanando la malformazione, ma alterando definitivamente delicati equilibri.

Prima di dare per scontati gli esiti finali di un percorso avviato, a parere di molti studiosi, in modo non abbastanza ponderato e comunque poco convincente², occorre rendersi conto fino in fondo di cosa cambia

² CARINCI F. (a cura di), *op. cit.*; SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato (Atto I)*, Giappichelli, 2014; CARINCI F., *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*; BROLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs act*; MARESCA, *Il lavoro subordinato a termine "cambia verso": il contratto a durata crescente: tutti in Diritto del lavoro e mercato globale. Atti del convegno in onore di Paolo Tosi*, Giappichelli, 2014, risp. p. 23 ss., 135 ss. e 172 ss. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*; ZOPPOLI L., *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*; DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni)*; ZILIO GRANDI, SPERRAZZA, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*; GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del Governo Renzi*; SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro: tutti in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2014, risp. ai nn. 212, 213, 217, 220, 226, 233; ALLEVA, *I licenziamenti nel Jobs Act e l'emendamento governativo*; ID., *La delega in bianco è incostituzionale*; BAVARO, *Jobs act, salario minimo legale e relazioni industriali*; GOTTARDI, *Mille frammenti per idee vecchie e nuove*; MARIUCCI, *Contratto a tutele crescenti e disciplina dei licenziamenti: l'oscuro contenuto del d.d.l. delega n. 2600 del 2014: tutti in www.dirittisocialiedicittadinanza.it*; ZOPPOLI L., *La riforma del lavoro, in l'Annuario del lavoro 2014*, Arti Grafiche la Moderna, 2014, p. 207 ss.; CARINCI F., *Jobs Act atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *ADL* (in corso di pubblicazione); TIRABOSCHI, *Cosa manca nel Jobs Act*; PELLACANI, *Tra le pieghe del Jobs Act: l'importanza delle cose non dette: entrambi in www.bollettinoadapt.it*; RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 3/2014*.

nella funzione del contratto di lavoro standard con la riforma del Jobs Act. E quali riflessi può avere tale cambiamento su tutti gli altri contratti di lavoro oggi esistenti.

A svilupparla tutta, si tratterebbe di un'analisi complessa, da condurre approfonditamente con approccio interdisciplinare e diacronico. Qui si procederà con grandi sintesi e schematizzazioni, dando la prevalenza al discorso sul precipitato giuridico di una struttura contrattuale destinata ad essere il crocevia di equilibri molteplici, che riflettono il rapporto tra Stato e mercato, tra produttori e cittadini, tra bisogni personali e obiettivi economici, mettendo a confronto razionalità e progetti esistenziali anche diametralmente opposti. Non bisognerebbe mai dimenticare che, specie nei suoi snodi cruciali (come la disciplina di un contratto riguardante milioni di imprese e di lavoratori), la regolazione giuridica incrocia (e deve incrociare) una molteplicità di mondi vitali (da quello quotidiano a quello della grande politica) e che modificarla produce effetti a raggiera non sempre prevedibili.

Il contratto di lavoro standard – ovvero il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e ad orario pieno destinato ad essere eseguito all'interno di un'organizzazione di beni e persone di cui il prestatore di lavoro non condivide né proprietà né poteri decisionali – in Italia si assesta tardi e male, innestandosi sul tronco di una disciplina codicistica (v. l'art. 2094 c.c., entrato in vigore nel 1942 e mai testualmente novellato) nata in una fase turbolenta per la cultura politica e giuridica italiana, destinata ad essere profondamente modificata (modernizzata) nei trent'anni successivi per tenere il passo con un doppio progresso. Quello ordinamentale, che – abbandonato un regime politico autoritario e provinciale (cioè autarchico) – puntava su uno Stato sociale pluriclasse, fondato sul lavoro, la libertà e il pluralismo politico e sindacale; e quello socio-economico, incentrato sullo sviluppo industriale della produzione di massa, consapevolmente diretta ad intaccare l'immobilismo di una società ancora legata a ritmi e culture di sonnolente aristocrazie agrarie e piccole-medie borghesie parassitarie. Proprio il neo-codificato contratto di lavoro sarà sottoposto in quegli anni ad uno stress-test micidiale, dovendo incorporare al contempo i diritti dei lavoratori che divenivano (e si sentivano) sempre più cittadini liberi e padroni dei loro destini e l'esigenza delle imprese di conservare i poteri necessari a far funzionare gli ingranaggi produttivi in base ad una catena sempre più complessa e sofisticata che lega equilibri microaziendali e mutamenti dei mercati locali, nazionali, globali.

Il codice civile è stata una buona base di partenza per un aggiornamento delle regole affidato però in misura crescente ad altre fonti (o formanti): alla legislazione extracodicistica (*in primis* allo Statuto dei lavoratori), ad una contrattazione *extra-ordinem*, ad una giurisprudenza via via sempre più sostenuta e incoraggiata dalla Corte Costituzionale, ad una dottrina vivace, capace di coniugare rispetto della tradizione dogmatica e spregiudicate contaminazioni metodologiche. Il risultato finale è tutt'altro che esaltante. Ci ha però consegnato uno strumento prezioso, molto delicato ma profondamente radicato nella cultura dei teorici come degli operatori giuridici: appunto il contratto di lavoro subordinato. Nel quale nessuno mette in discussione la necessità di garantire i poteri di eterodirezione dell'imprenditore; ma rispetto al quale, finora, nessuno ha mai pensato nemmeno di negare al lavoratore la qualità di parte di un contratto caratterizzato da un equilibrio paritario, nel quale, cioè, entrambi i contraenti devono in qualche modo essere in grado di badare ai propri interessi, innanzitutto negoziandoli e rinegoziandoli quando è necessario. Ciò è accaduto, dal lato dei lavoratori, sostenendone il "peso" contrattuale in due modi: a) ponendoli al riparo dall'arbitraria interruzione del contratto da parte del datore di lavoro (quindi allontanandosi radicalmente da un pilastro codicistico come l'art. 2118 c.c.); b) riconoscendo al sindacato un crescente ruolo, sostanziale ancor più che formale, nel negoziare le condizioni di lavoro.

Così strutturato – e tributando tutti i meriti a chi ha sempre messo in guardia sui rischi di astrazione dal contesto socio-economico italiano di tale costruzione giuridica (rassicurato peraltro con la costante esclusione dalle regole "paritarie" delle imprese minori che non si potevano permettere un "giocattolo" tanto prezioso) – il contratto di lavoro però non è servito solo ai lavoratori che ne sono parte diretta. Anche grazie a questa costruzione infatti l'Italia è diventata, prima, una grande potenza industriale, rimanendo, poi, tra le prime dell'era post-industriale. Certamente perché ha a lungo sostenuto i costi di un moderno contratto di lavoro producendo in modo, storto o morto, competitivo sui mercati globali. Ma anche perché, pur in una diseguaglianza crescente negli ultimi 20 anni, intorno al contratto di lavoro si è giocata una grande partita di redistribuzione del reddito prodotto, ripartito in modo tale da non deprimere troppo la domanda interna di beni e servizi. Nella redistribuzione certo ha giocato un ruolo rilevante il legislatore (*id est* la politica), che, spalleg-

giando spesso i “produttori” dei settori forti, ha addossato alla fiscalità generale il sostegno diretto o indiretto alla domanda. Ma il contratto di lavoro standard non è servito solo a garantire diritti da cittadini liberi ai lavoratori; è servito anche a rendere i cittadini, in quanto lavoratori subordinati o pensionati, dei consumatori di beni materiali o immateriali senza i quali il sistema economico italiano sarebbe ancora più asfittico di quel che è.

Dunque il contratto di lavoro – come lo abbiamo sin qui conosciuto – va considerato e maneggiato alla stregua del cuore pulsante di un sistema tanto politico-istituzionale (nel quale c’è il giuridico con valori e tecniche) quanto socio-economico³. Può darsi che quel cuore non funzioni più al meglio già da qualche tempo (specie perché appaiono quasi prosciugati i due più potenti canali di alimentazione: il *Welfare State* e un sistema di imprese con grandi capacità innovative)⁴. Ma nel toccarlo occorre sapere che si sta trattando un organo vitale del quale non si può fare a meno.

2. *Come cambia il contratto di lavoro standard dopo il d.lgs. attuativo dell’art. 1.7 lett. c) della l. 183/2014: l’incorporazione della diseguaglianza*

Dopo svariati tentativi, già ultradecennali, di offrire alle imprese alternative all’uso del contratto standard (la c.d. flessibilità ai margini), il Jobs Act, sulle orme della riforma Fornero, prova a ridisegnarne il profilo, mutandone, come si è detto, i connotati per il futuro. Al momento quel profilo è essenzialmente alterato da una riforma delle sanzioni per il licenziamento illegittimo che, come dirà meglio Barbieri nel pomeriggio, marginalizza la reintegrazione e, pur senza reintrodurre il licenziamento arbitrario, lo colpisce con l’obbligo di corrispondere un’indennità che solo dopo dodici

³ La metafora del cuore la devo all’efficace scritto di DE LUCA TAMAJO, *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, il Mulino, 1989, p. 113 ss.

⁴ O anche perché sono in atto trasformazioni tali nei modelli organizzativi del capitalismo dell’ultimo decennio da rendere l’area del lavoro subordinato oggettivamente più ridotta rispetto all’epoca della produzione di massa: v., di recente FREY, OSBORNE, *The Future of Employment: how susceptible are the jobs to computerisation?*, 2013, *paper*; Commissione europea, *Employment and social developments in Europe*, Bruxelles, 2014; SEGHEZZI, *La grande trasformazione del lavoro, un tentativo di periodizzazione*, il Sole 24 ore dell’1.2.2015.

anni arriva ad un livello significativo (24 retribuzioni mensili), restando per i primi tre anni al di sotto delle sei mensilità (cifre dimezzate nelle imprese minori). In soldoni ciò vuol dire che per ben tre anni con una cifra mediamente compresa tra i 10/15.000 euro gli assunti dopo il febbraio/marzo 2015 possono essere licenziati anche a prescindere dai motivi.

Non è il ritorno al licenziamento arbitrario *ex art. 2118 c.c.*, che era ben poco costoso (bastava pagare l'indennità di preavviso o aspettare il periodo di preavviso senza sostenere alcun costo); ma ad un nuovo licenziamento arbitrario sì, un po' più caro per il datore di lavoro, ma non tanto da essere un deterrente dinanzi ad un lavoratore che non corrisponde più in tutto e per tutto alle esigenze dell'impresa. Quindi si è realizzato un intervento ad alto rischio sul cuore pulsante del diritto sindacale e del lavoro italiano. È d'obbligo chiedersi se il gioco valga la candela.

Gli obiettivi di questa riforma, *per tabulas*, sono due: promuovere più occupazione; promuovere assunzioni con contratti a tempo indeterminato per porre riparo alla crescente disegualianza tra *insiders* e *outsiders*.

Vedremo tra un attimo se e quanto sia prevedibile un raggiungimento dei due obiettivi.

Bisogna però qui sottolineare il prezzo certo che si paga subito: il contratto di lavoro standard viene fortemente sbilanciato, perché può essere estinto dal datore di lavoro in qualsiasi momento ad un prezzo molto basso per almeno tre anni. Questo ha un effetto su tutta la dinamica esecutiva dei rapporti di lavoro: chi si azzarderà a rifiutare prestazioni extra orario o extra mansioni? Chi protesterà se viene negato un permesso dovuto o un aumento maturato? Chi si iscriverà ad un sindacato malvisto nell'impresa? O sciopererà sapendo bassa la soglia di tolleranza aziendale di un pur legittimo conflitto?

Certo questo non vuol dire che gli assunti con il contratto standard diventano precari a tutti gli effetti. Non lo sono formalmente. E non lo sono fuori dall'impresa (lo *status* sociale conta, specie per avere pensione, mutui e altri *benefit* consumeristici). Però vuol dire che il contratto di lavoro standard, invece di riequilibrare la relazione negoziale tra un contraente con mezzi e poteri (l'impresa) e un altro che accetta di (o, *rectius*, è costretto a) esserne "alle dipendenze", mette il secondo alla mercé del primo. Perciò il prezzo che si paga è che il diritto del lavoro del futuro viene basato su un contratto intimamente sbilanciato, un contratto che registra e perpetua una disegualianza tra i contraenti. Né può dirsi che così si riporta il diritto

del lavoro nell'alveo del diritto civile: quest'ultimo infatti negli anni recenti è sempre più proteso a dar rilievo alla tutela dei contraenti che si trovano in condizioni di oggettiva debolezza (che siano consumatori, correntisti, utenti di servizi standard o subfornitori in condizioni di dipendenza).

Con il Jobs Act il contratto di lavoro standard diventa sempre meno contratto e sempre più strumento di governo unilaterale dell'impresa in mano al datore di lavoro. Può darsi che nessuno abbia a lagnarsene e che il bravo imprenditore conduca al successo e al benessere la propria impresa e tutti i suoi dipendenti. Ma chi pagherà il prezzo delle prime difficoltà vere o presunte? E chi e quando dovrà rinunciare a qualcosa ogni qual volta bilanci, profitti, prospettive non corrisponderanno alle previsioni pluriennali, annuali, trimestrali, settimanali? Il benessere collettivo pare affidato ad un'imprenditoria (qualcuno direbbe ad un padronato) capace, lungimirante ed illuminata. Una delega in bianco ad un potere per costituzione – ma anche per esperienza (salvo le debite illuminate eccezioni) – orientato a realizzare il massimo profitto nel tempo più breve, in modo autoritario e senza troppi condizionamenti di contesto, non appare una scelta né sensata né basata su dati di fatto. Perciò non si può dar torto a chi vi vede una scelta ideologica unilaterale e un po' manichea (e quindi astratta al pari di altre sbilanciate in una diversa direzione). E comunque è una profonda alterazione degli equilibri di una società che si vorrebbe basata sui principi di eguaglianza formale e sostanziale. Il contratto di lavoro standard, pur faticosamente e malamente costruito in Italia nel quarantennio post-fascista, è uno strumento più sofisticato e moderno. Vale la pena rinunciarvi per un sedicente contratto a tutele crescenti?

3. *Funzionalità con l'obiettivo di aumentare l'occupazione e l'interferenza della l. 190/2014: a parte la qualità del lavoro, una verifica su tempi medio-lunghi*

Molti a questa domanda rispondono che è necessario e va fatto prima possibile: perché il contratto “della tradizione” è ormai al capolinea e, pur essendo un portatore di eguaglianza tra i contraenti, è causa di disegualianze crescenti nella società. Tra chi ha un lavoro protetto e chi non ne ha alcuno; tra chi ha un lavoro protetto e chi si deve accontentare di lavoretti sempre più precari e incerti. Questo è il vero obiettivo della ri-

forma denominata Jobs Act. Meglio un contratto più diseguale per tutti che la frammentazione dei mille contratti/rapporti di breve durata che stentano sempre più a tagliare il traguardo del contratto standard (assurto al rango, un po' paradossale, del paradiso precluso ai più); o, ancora peggio, la palude del lavoro sommerso, sempre più in espansione.

Il discorso ha una sua validità innegabile: è da tempo un cavallo di battaglia degli economisti neo-liberisti; riecheggia nelle ricette della Troika e anche in quelle delle sue singole componenti (Bce e Commissione europea *in primis*); sembra avere dalla sua il senso comune secondo cui è meglio essere alla mercé di un'impresa che ti assume regolarmente e senza un termine predefinito anziché disoccupato, clandestino o con un rapporto a scadenza, come uno yogurt.

Ciononostante molte cose non tornano, molte scelte non combaciano. E inducono a dar credito a chi sostiene che le regole sul contratto di lavoro poco incidono sulle dinamiche del mercato del lavoro, mentre incidono di più sul modo in cui si distribuisce la ricchezza prodotta. E che troppo potere da una parte sola determina un eccesso di disegualianza che mina la libertà e la prosperità di tutti. E che in Italia, specie dopo la riforma Fornero, nel contratto standard già era incorporata una sufficiente libertà di licenziare. Secondo questi economisti e sociologi piuttosto le riforme dei contratti di lavoro così orientate, indebolendo il potere negoziale dei lavoratori, servono ad abbassare ancora i costi del lavoro, cioè i salari, nella speranza di competere con Paesi in cui le imprese pagano salari molto più bassi dei nostri e in una fase in cui le politiche di *austerità* non ci consentono di finanziare con la spesa pubblica la domanda interna. Ma se così è, abbassando i salari, si rischia di aumentare comunque tutte le disegualianze e peggiorare un Paese che già appare in declino, depresso, sfiduciato (tra l'altro per inseguire una competizione basata su salari al ribasso dove un paese come l'Italia difficilmente può spuntarla, visti i livelli delle retribuzioni di diritto e di fatto dei paesi dell'Est, nonché di molti paesi asiatici o africani).

Ciò che non torna e non combacia nelle riforme dell'ultimo periodo è innanzitutto che il rilancio del contratto a tempo indeterminato affidato a tutele (de)crecenti in materia di licenziamento è stato preceduto proprio dal rilancio del più agguerrito dei contratti-competitors, il principe della precarietà: il contratto a termine. Come si sa dopo il d.l. 20 marzo 2014 n. 34 – detto anche Jobs Act 1 – si può liberamente (cioè senza alcuna

motivazione oggettiva o soggettiva) stipulare un contratto a termine per ben 36 mesi, nell'ambito dei quali sono possibili ben 5 proroghe. C'è invero un limite residuo, non rigidissimo, che riguarda l'organico complessivo dell'impresa, che non può di regola essere costituito per più del 20% da lavoratori a termine. E, inoltre, il contratto a termine costa un po' di più del vecchio contratto standard, perché la legge Fornero lo grava di una maggiorazione dell'1,4% destinata a finanziare i trattamenti di disoccupazione (su una retribuzione annua di 30.000 euro equivale a 420 euro).

Così stando le cose alle imprese, prima di assumere con il *catuc* (il cui scioglimento dopo tre anni costerebbe circa 14.000 euro – 2300 mensili x 6 – nell'ipotesi appena fatta), conviene sfruttare tutte le possibilità offerte dalle assunzioni a termine (che in tre anni costerebbero soltanto 1.200 euro in più), saturando almeno il 20% dell'organico. Così il contratto a tutele crescenti serve a poco: ovvero comincia ad essere di un qualche interesse quando non si può utilizzare il contratto a termine e per un periodo comunque inferiore ai tre anni. Ciò vuol dire che, oltre ad essere meno appetibile per le imprese, è intrinsecamente meno duraturo e stabile di un contratto a termine di nuovo conio. Dunque il primo atto del Jobs Act avrebbe irrimediabilmente avviato la parte migliore del nostro mercato del lavoro verso una precarizzazione maggiore e non minore. E a nulla servirebbe la nuova disciplina dei licenziamenti, ancora troppo costosa per competere con la liberalizzazione dei contratti a termine.

Perché allora si sente dire che il Jobs Act produrrà un boom fatto soprattutto di “buona” occupazione? Voci infondate? *Insider trading* menzognieri? Non credo. Le ragioni principali stanno però fuori dal Jobs Act vero e proprio. In parte stanno nelle recenti buone notizie di carattere macroeconomico (*quantitative easing*, basso prezzo del petrolio, apprezzamento del dollaro e rilancio dell'export di area euro)⁵, che sosterranno la domanda di lavoro “a prescindere” (direbbe Totò). In parte stanno nella coeva legge di stabilità (l. 190/2014), che finanzia generosamente le assunzioni a tempo indeterminato già da subito, che però, a far data dagli inizi di marzo 2015, avverranno in gran parte con il *catuc*⁶. Se saranno effettuate nel 2015 quelle assunzioni costeranno all'impresa, sempre nell'ipotesi prima fatta, circa 8.000 euro in meno all'anno per un triennio, consen-

⁵ V. Intervento del governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, al 21° congresso ASIOM FOREX del 7.2.2015 (paper).

⁶ *Milano, boom di contratti a tempo indeterminato: +23%*, *Corriere della sera* del 15.2.2015.

tendo di compensare largamente i costi di un eventuale licenziamento poco fondato allo scadere del triennio. Così è certo che il catuc potrà competere con il contratto a termine dell'era Poletti⁷.

C'è dunque da capire bene cosa può accadere nei prossimi mesi: l'affermazione del catuc sarà imputabile essenzialmente per alcuni anni (almeno tre) agli incentivi a carico del bilancio pubblico. Tutta da dimostrare sarà invece la funzionalità del nuovo equilibrio interno al contratto standard ad assorbire le vecchie diseguaglianze senza produrne di nuove. Come pure, secondo una visuale opposta, la sua utilità in vista di obiettivi più strutturali e forse più importanti come la diminuzione del clup: che si può raggiungere sia riducendo il costo del lavoro vero e proprio (cioè senza oneri o mancati introiti a carico dei bilanci pubblici) sia aumentando la produttività del lavoro con più sfruttamento o più innovazione o con entrambi. Ma credo che occorrerà molto tempo per mettere a fuoco quel che accadrà su tutti questi versanti, tenendo adeguatamente conto di ogni altra variabile. Qualcuno, con efficace sintesi, parla di “disallineamento temporale”: il cumulo di modifiche realizzate più o meno contemporaneamente, ma destinate a produrre effetti in tempi diversi, costringe ad un monitoraggio complesso e diversificato che rende difficile verificare in modo plausibile nessi di causalità tra innovazioni normative o economico-finanziarie e risultati occupazionali.

Proprio per questo si può però osservare sin da adesso che il Jobs Act, mentre sacrifica immediatamente strumenti di eguaglianza sostanziale interni alla struttura del contratto di lavoro, poco ci consente di dire sulla sua coerenza con obiettivi di superamento delle varie diseguaglianze sociali che affliggono il nostro paese. Brutalmente l'unico risultato per ora certo è la crescita delle diseguaglianze, seppure su piani diversi.

In definitiva con il nuovo contratto standard aumenta la soggezione del lavoratore e, forse, il suo sfruttamento. Non è sicuro che diminuisca il suo salario, ma una parte lo paga lo Stato. Diviene così plausibile che un maggior potere aziendale non si coniughi con una caduta dei salari e della

⁷ Con una retribuzione di 30.000 euro l'anno costerebbe comunque quasi 9.000 euro in meno, anche se il licenziamento fosse pressoché arbitrario: 24.000 incentivi – 15.000 indennità di licenziamento arbitrario dopo tre anni = + 9.000 euro. V. anche i più specifici calcoli proposti da ASNAGHI, RAUSEI, TIRABOSCHI, *Il contratto a tutele crescenti nel prisma delle convenienze e dei costi d'impresa*, in CARINCI F., TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Adapt University Press, 2015, p. 28 ss.

domanda interna. Inoltre contratti formalmente a tempo indeterminato danno una prospettiva di continuità contributiva a fini pensionistici e fanno ben sperare sulla propensione dei lavoratori a ricorrere al credito bancario (mutuo, *leasing*, finanziamenti vari, ecc.) e sulla benevolenza delle banche a concederli. Così lo Stato finanzia direttamente le imprese e le banche – a loro volta garantite in ultima istanza dallo Stato – finanziano il sostegno alla domanda interna di beni e servizi. Non è il mercato, ma può durare per qualche anno.

Nell'insieme il nuovo assetto dovrebbe comportare comunque una maggiore incertezza nella stabilità dell'occupazione e del reddito da bilanciare con interventi pubblici di *social security*. Il Jobs Act lo prevede, prefigurando significative modifiche degli strumenti a sostegno del reddito in caso di mancanza di lavoro, sia per i lavoratori subordinati sia per i lavoratori autonomi. Pur essendovi qualche passo avanti rispetto alla l. 92/2012, non pare però che la maggiore flessibilità nella regolazione dei contratti di lavoro sia realmente bilanciata da una ampia estensione del sistema di *social security*. La tematica sarà affrontata da altri e in particolare oggi da Simonetta Renga. Penso però di poter dire che gli equilibri sistematici sin qui descritti non risultano granché intaccati dagli sviluppi del Jobs Act su quest'altro versante, pure di grande importanza.

4. *Funzionalità a superare le segmentazioni del mercato del lavoro: il lavoro a termine*

Il lavoro a termine a-causale, di freschissima rivisitazione, in questo nuovo quadro delineato con l'introduzione del *catuc* appare spiazzato. Infatti non è lo strumento più conveniente in vista di un abbassamento del costo del lavoro. Lo rimane solo se il datore di lavoro vuole un rapporto da estinguere prima di tre anni senza costi e senza contenzioso. Può interessare in certi contesti aziendali, consentendo variazioni e allungamenti della precarietà che, specie una volta tramontati gli incentivi, possono però inficiare il rilancio di un contratto standard meno costoso ma più produttivo per il sistema nel suo complesso.

Questo è un punto importante da mettere in luce. Con il *catuc* a basso costo, il contratto a termine non conviene né alle parti né agli equilibri di sistema. Il lavoratore a termine, pur guadagnando quanto un as-

sunto a tempo indeterminato⁸, costa di più all'impresa e non è in grado di assicurare un comportamento da consumatore pari a quello di un lavoratore a tempo indeterminato (non accede al credito bancario e non ha un orizzonte lungo per assumere impegni finanziari). Inoltre va ad ingrossare le fila del lavoro non standard, precario, impedendoci di realizzare gli obiettivi della Strategia europea dell'occupazione che consistono nell'elevare il lavoro di qualità, la coesione sociale e lo sviluppo economico. Conservare oggi il contratto a termine a-causale per un triennio non risponde alle "attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo", né è coerente "con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale ed internazionale" (art. 1, co. 7, l. 183/2014)⁹.

Per queste ragioni occorrerebbe tornare in modo robusto sul contratto a termine nel testo organico semplificato previsto dal Jobs Act da completare (come d'altronde già si faceva in una prima versione del decreto sul *catuc*, riducendone la massima estensione temporale a 24 mesi).

Certo la situazione muta se ci si proietta al momento in cui il *catuc* non sarà più incentivato a carico dei bilanci pubblici (cioè, presumibilmente, tra un paio d'anni). A costi invariati, c'è da immaginare che il contratto a termine tornerebbe conveniente, fino al punto da licenziare i neo assunti con *catuc*, riassumendoli con contratti a termine a-causali fino a tre anni.

Senza escludere che, nel frattempo, vista la debolezza contrattuale dei lavoratori e il momento non certo felice dei loro sindacati, la riduzione salariale oggi garantita dallo Stato alle imprese possa essere in tutto o in parte incorporata stabilmente nelle condizioni contrattuali concretamente negoziabili, con una stagione di stagnazione salariale o addirittura di *give-back* finora mai vista in Italia. E, in questa prospettiva, mantenere una quota relativamente alta di precari a termine nelle imprese che se lo potessero permettere, avrebbe un senso, specie per le alte professionalità rispetto alle quali gli incentivi del *catuc* (fissati nel max di circa 8.000 euro annui) incidono meno in percentuale. Magari anche al fine di riassorbire gli assunti a termine con *catuc* divenuti strutturalmente meno costosi tra qualche anno anche senza incentivi statali.

⁸ Ma v. CAPPELLARI, LEONARDI, *Quanta instabilità nei contratti a termine*, in www.lavoce.info del 22.I.2015, secondo cui il contratto a termine incorpora una "maggiore probabilità di avere periodi di disoccupazione o inoccupazione" e quindi rende "più incerta la traiettoria dei redditi nell'arco della vita lavorativa".

⁹ V. anche le conclusioni dei due economisti citati in nota precedente.

Così catuc e contratto a termine a-causale triennale sono strumenti convergenti, seppure utilizzabili in diversa misura, per politiche del lavoro incentrate su una progressiva riduzione dei salari reali. Forse gli occupati cresceranno anche, ma i livelli salariali complessivi subiranno una drastica riduzione¹⁰. E, se le esportazioni non cresceranno a sufficienza, il livello della domanda interna potrà essere mantenuta solo attraverso la spesa pubblica diretta (sussidi di disoccupazione, pensioni, ecc.) o un accesso al credito facilitato per lavoratori sempre più indebitati che si troveranno tra l'incudine di un lavoro più faticoso e peggio pagato e il martello dell'indebitamento per acquisto di beni primari (si pensi alla casa o, anche, alle spese sanitarie) o secondari (dall'auto ai vari prodotti tecnologici).

In questi termini però l'introduzione del catuc (inizialmente finanziato dallo Stato) e la permanenza della possibilità di assumere a termine per un triennio appaiono scelte non in contraddizione solo se si vuole finanziare una prospettiva di sviluppo basata su una progressiva ma generalizzata riduzione dei salari, decisa per di più senza alcuna negoziazione con i rappresentanti dei lavoratori. Quindi le diseguaglianze si superano essenzialmente attraverso un livellamento verso il basso delle condizioni di lavoro.

Ove invece si adottasse una diversa prospettiva, che magari sconti nell'immediato una stagnazione salariale, ma che in prospettiva volesse prefigurare una differenziazione basata su scelte settoriali, aziendali, geografiche, in considerazioni delle situazioni di specifici mercati o di scelte produttive, tecnologiche, qualitative da premiare, occorrerebbe predisporre un quadro normativo meno unilaterale e debilitante verso lavoratori e sindacati per mantenere risorse destinate a scelte di politiche industriali o economiche ancorate ad esigenze territoriali o congiunturali. Forse permarrrebbe qualche diseguaglianza in più. Ma, come si sa, una certa diseguaglianza favorisce uno sviluppo evolutivo che non è invece garantito né da una generalizzata depressione né da un eccesso di diseguaglianze interne o esterne al mondo del lavoro dipendente¹¹.

Lo strumento per introdurre un *mix* adeguato di positive differen-

¹⁰ V. peraltro già ora la notevole crescita dei *working poor* secondo un recente rapporto al Cnel di Claudio Lucifora: *Quasi 4 milioni di working poor hanno il lavoro, ma non basta più, la Repubblica* del 10.2.2015. V. anche SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, 2015.

¹¹ V. da ultimo, in una ampia prospettiva storica, PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, 2014, spec. cap. 9 e 12.

ziazioni contenendo le eccessive diseguaglianze è un contratto di lavoro non troppo sbilanciato dove possa innestarsi anche una regolazione collettiva delle condizioni di lavoro. Questo contratto di lavoro non è né il contratto a termine a-causale del decreto Poletti né il *catuc* in via di introduzione. Com'è dimostrato dal fatto che in precedenti progetti (il codice Ichino-Tiraboschi, ma anche il ddl sul *catuc* approvato per la prima volta in Consiglio dei Ministri e poi modificato) il contratto a termine doveva subire significative limitazioni.

Rimane a mio parere la necessità di limitare il ricorso al contratto a termine nel riordino da realizzare con il testo organico semplificato. E se non lo si vuole o può fare direttamente per ragioni politiche, lo si può affidare ad una contrattazione collettiva messa realmente in grado di abbracciare scelte basate su un bilanciamento dei diversi interessi (e non abilitata solo ad aumentare la flessibilità, come sembra oggi essere nel pur precario equilibrio del d.l. 34/l. 78).

5. *L'apprendistato*

Da tutte le recenti modifiche anche il contratto di apprendistato, nelle sue varie espressioni (almeno tre tipologie), è messo in seria difficoltà. Com'è noto tale contratto, dopo aver raggiunto un illusorio¹² assestamento con il t.u. 167/2011 è stato oggetto di significative modifiche ad opera della l. 92/2012 e del d.l. 28 giugno 2013 n. 76 conv. con l. 9 agosto 2013 n. 99: modifiche che non ne hanno in alcun modo rilanciato l'utilizzazione. Ovvio che anche la riforma Poletti, nel momento in cui ha ancor più liberalizzato il contratto a termine, se ne dovesse preoccupare. Però anche il d.l. 34/2014, pure con le sensibili correzioni apportate in sede di conversione dalla l. 78/2014, ha totalmente sbagliato la mira, in quanto ha considerato la formazione, cui dovrebbe essere precipuamente finalizzato il contratto, come un onere per l'impresa anziché una risorsa. Il che, in una logica di breve periodo, è persino vero, ma finisce per rendere inutile affiancare contratti a termine liberalizzati e apprendistati dal ridotto contenuto formativo (salvo qualche disperato tentativo di animare quelli stret-

¹² V. D'ONGHIA, *L'ennesimo (inutile) intervento del legislatore sul contratto di apprendistato*, in *RGL*, 2014, I, p. 745.

tamente intrecciati a percorsi di istruzione alta o “bassa”). Ora l’introduzione del Catuc rischia di aggravare ancor più la situazione, in quanto l’apprendistato dovrà risultare non solo più appetibile di un contratto a termine liberalizzato ma anche di un contratto a tempo indeterminato più facilmente estinguibile e fornito di formidabili incentivi¹³. Solo un’impresa davvero interessata a formare in modo specifico il giovane lavoratore per professionalità elevate può conservare un qualche interesse all’apprendistato, che, per quanto semplificato e a costi ridotti, porta con sé una serie di aggravii tanto nei contenuti quanto nello svolgimento: il piano formativo (pure reso sintetico e indicato *per relationem*), la necessità di far svolgere la formazione extra-aziendale (almeno nelle Regioni virtuose che ne comunicano le modalità entro 45 giorni), controlli, obblighi di trasformarne una quota (anche se ridimensionata e prevista per legge solo nelle imprese con più di 50 dipendenti) in contratti a tempo indeterminato. Inoltre la circolare INPS 2015/17 rischia di assestare il colpo finale in quanto precisa che gli incentivi previsti dalla legge di stabilità 2015 non potranno essere utilizzati per le nuove assunzioni se in precedenza il lavoratore è stato assunto presso lo stesso datore di lavoro con contratto di apprendistato in quanto contratto a tempo indeterminato. Tale preclusione non vale invece per le assunzioni con contratti a termine.

Così stando le cose, davvero l’apprendistato rischia di essere solo un omaggio alle belle speranze europee della società della conoscenza. Mai come oggi esso appare in Italia impossibilitato ad affermarsi, stretto com’è tra un sistema formativo assolutamente inadeguato e impreparato a sostenere in concreto nuovi canali di collegamento con il mondo del lavoro e strumenti contrattuali volti a favorire un utilizzo del lavoro a costi bassi e con modalità ultraflessibili.

Il testo organico previsto dal Jobs Act dovrebbe tener conto di questa situazione, almeno nella misura in cui va analizzata la congruità della tipologia di contratti di lavoro esistenti alle esigenze di sviluppo del paese. Ma non nel senso di rendere ancora più flessibile l’apprendistato (ad esempio rendendo applicabili le minori tutele in materia di licenziamento, oggi *per tabulas* escluse)¹⁴ bensì nell’incoraggiare imprese e lavoratori a fare in-

¹³ V. i confronti di TIRABOSCHI, *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in CARINCI F., TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 107 ss.

¹⁴ V. in tal senso MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento*

vestimenti di medio-lungo periodo su contratti di lavoro ad alto contenuto formativo. Si potrebbe ad esempio pensare di potenziare il sostegno all'apprendistato per settori o produzioni ad alto contenuto innovativo (non solo le *start up*)¹⁵ e configurare uno specifico intervento pubblico, anche *sub specie* di finanziamenti per il progetto formativo, con fondi e regole *ad hoc*, dirette a stabilizzare gli apprendisti che abbiano effettivamente acquisito le nuove professionalità¹⁶.

Certo non ha senso mantenere in vita strumenti contrattuali concorrenti al solo fine di complicare il puzzle della precarietà o moltiplicare i canali di intervento pubblico per ridurre i costi di impresa senza ottenerne alcun vantaggio per la collettività.

6. Il lavoro a progetto

Anche il lavoro a progetto, se inteso come mezzo per consentire una nuova forma di dipendenza a fini collaborativi senza gli effetti tecnico-giuridici della subordinazione¹⁷, viene nettamente spiazzato dal neo-contratto standard e dal contratto a termine a-causale che garantiscono subordinazione insieme ad una nuova accentuata dipendenza.

La progressiva rottura dell'unicità della fattispecie contrattuale giu-slavoristica ha in effetti preso le mosse da una norma che al suo apparire (1973) destò scarsa preoccupazione e, anzi, qualche speranza di ampliare

provvisorio, dallo schema al decreto), in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 236/2015; secondo notizie di stampa, ci si orienterebbe in questa direzione: v. *Apprendistato: una miniriforma per rafforzare il link con la scuola*, ne *il Sole 24 ore* del 16.2.2015. Non peregrina tra l'altro è l'osservazione secondo cui più si riduce il contenuto formativo del contratto di apprendistato meno appare giustificabile la sua estinzione al mero spirare del termine iniziale previsto per la formazione stessa (così LOY 2014, in un intervento al X seminario Bertinoro, non riportato negli atti citati).

¹⁵ V. artt. 25, co. 2, lett. h) n. 2, e 27 *bis* del d.l. 179/2012, conv. con l. 221/2012, e art. 24 d.l. 83/2012 conv. con l. 134/2012.

¹⁶ Eventualmente prevenendo anche fenomeni di obsolescenza professionale come quello che sta interessando il settore bancario a causa dell'*home banking*, che richiederebbe la sostituzione di buona parte degli addetti al *front-office* tradizionale con consulenti finanziari o previdenziali.

¹⁷ V. ZOPPOLI L., in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, VISCOMI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2015, III, p. 65 ss.

l'area delle tutele oltre i confini della subordinazione in senso stretto. L'art. 409 c.p.c. novellato dalla l. 11 agosto 1973 n. 533 estendeva infatti le regole sull'allora nuovo processo del lavoro (unitamente all'art. 2113 c.c. sulle rinunce e transazioni) anche alle prestazioni lavorative rese in modo coordinato e continuativo senza vincolo di subordinazione. I poi notissimi "co.co.co." aprono la breccia della c.d. parasubordinazione, un'area grigia tra subordinazione vera e propria e lavoro autonomo, destinata a crescere, prima ancora che nella realtà, nel dibattito giuridico e nella feconda elaborazione di nuove politiche del diritto. I requisiti perché si possa applicare l'art. 409 c.p.c. sono, secondo la giurisprudenza, i seguenti: a) continuità, che ricorre quando la prestazione non sia occasionale, ma perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente; b) coordinazione, intesa come connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale; c) personalità, che si ha in caso di prevalenza del lavoro personale del contraente sull'opera svolta da eventuali collaboratori e sull'utilizzazione di una struttura materiale¹⁸.

In effetti i co.co.co. non sono portatori di nessuna rigidità legislativa e, anzi, sono anche meno costosi, perché, quanto meno, ad essi non si applicano le sempre più elevate aliquote degli oneri previdenziali. Nel corso degli anni '70 e '80 il loro numero cresce, unitamente all'impiego sempre più sospetto di contratti di lavoro autonomo (c.d. partite IVA) raccordati ad organizzazioni di vario genere. Tutto ciò mentre modelli tecnologici e organizzativi favoriscono ridimensionamenti aziendali (c.d. *downsizing*) ed esternalizzazioni, insieme all'affermazione di nuove professionalità meno restie ad avvalersi delle forme contrattuali diverse dal lavoro subordinato o dei contratti c.d. atipici (a termine, *part-time*, formazione-lavoro), anch'essi in progressiva crescita a partire dal 1983.

È proprio negli anni '90 che, sempre più insistentemente, si parla di fuga dalla subordinazione, una fuga ancora soprattutto "interna" – cioè con ricorso ai rapporti di lavoro meno costosi – spesso arginata abbastanza tempestivamente grazie ad un sistema giudiziario e sindacale assai sensibile ai rischi di erosione delle garanzie del lavoro subordinato, pienamente raggiunte in fondo solo da pochi anni, ma culturalmente e socialmente ben radicate, con ovvi riflessi sugli equilibri politico-elettorali.

¹⁸ V., tra le tante, Cass. 5698/2002.

La reazione giuridico-sindacale alimenta però un nutrito dibattito sull'esigenza di flessibilizzare la legislazione in materia di lavoro subordinato e, per converso, adeguare regole e costi complessivi del c.d. lavoro atipico. Mentre si elevano, a partire dal 1995, i costi previdenziali dei co.co.co.¹⁹, fioriscono iniziative legislative volte ad introdurre un *tertium genus* di contratto, da collocare tra subordinazione ed autonomia, oppure a dar vita ad uno *Statuto dei lavori*, che contenga tutta la possibile gamma di contratti di utilizzazione organizzata del lavoro con graduazione delle tutele, legali e sindacali. Queste iniziative non approderanno a vere e proprie riforme organiche del diritto del lavoro, al di là della l. 196/1997, che comunque tentò una prima regolazione di quasi tutte le nuove flessibilità emerse nei precedenti vent'anni.

Tutto il nuovo dinamismo legislativo confluisce nella riforma Biagi del 2003, che già con gli artt. 61 ss. d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (poi modificato varie volte in seguito: v. d.lgs. 251/2004; l. 92/2012; d.l. 76/2013) introduce le collaborazioni coordinate a progetto, dette anche "co.co.pro", affiancandole alle co.co.co. previste dall'art. 409 c.p.c., ridotte ad eccezioni per la maggioranza dei datori di lavoro privati²⁰. La continuità regolativa tra le due fattispecie non coincide però con l'omogeneità della disciplina, perché, pur trattandosi in entrambi i casi di lavoro autonomo (v. artt. 61, co. 1; 62, lett. d); 69 d.lgs. 276), i requisiti per la stipulazione del contratto sono profondamente diversi, a cominciare dal fatto che è espressamente prevista la forma scritta *ad substantiam* (art. 62, come modif. dall'art. 7, co. 2, lett. d), d.l. 76/2013 conv. con l. 99/2013) e che il lavoro a progetto deve essere riconducibile a uno o più progetti specifici determinati dal com-

¹⁹ Saliti dal 10% circa del 1995 al 33% da raggiungere, secondo la l. 92/2012, nel 2018, con totale equiparazione al lavoro subordinato. Nel 2014 l'aumento però è stato congelato intorno al 28%, proprio perché determinava una progressiva estinzione di contratti di collaborazione. La legge di stabilità 2015 non ha confermato tale congelamento e ha anche aggravato il regime fiscale per le c.d. partite IVA di nuova attivazione. Ora sembra che si intervenga nuovamente con modifiche contenute nel c.d. decreto milleproroghe del 2015.

²⁰ Si tratta essenzialmente di soggetti che svolgono attività sportive (v. art. 61, co. 3). Il contratto ex art. 409 c.p.c. può poi essere stipulato anche per le professioni intellettuali per le quali sussiste la necessità di iscrizione in albi, per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, per i partecipanti a collegi e commissioni e per i titolari di pensioni di vecchiaia. Anche le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ma con procedure molto formalizzate e solo per "esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria" (v. art. 7 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165).

mittente e gestiti autonomamente dal collaboratore (art. 61 cit.). Inoltre, soprattutto a seguito della riforma realizzata con la l. 92/2012 – c.d. riforma Fornero, che, dopo nemmeno una decina d’anni, ha ritenuto il lavoro a progetto espressione di una “cattiva flessibilità”²¹ – sono previste varie precauzioni per evitare l’abuso di questo contratto: il progetto deve essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale, non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi e ripetitivi (art. 61, co. 1, come modificato da ultimo dall’art. 7, co. 2, lett. c), d.l. 76/2013 conv. con l. 99/2013), deve avere una durata predeterminata o comunque determinabile nel tempo (art. 62). Sin dal 2003 il d.lgs. 276 contempla poi alcune tutele per i co.co.pro. in tema di: corrispettivo, che, sempre a seguito della l. 92/2012, non può essere inferiore, a parità di durata della prestazione, alle retribuzioni minime previste “dai contratti nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza ed esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto” (art. 63, co. 2)²²; sospensioni ed estinzione del rapporto (artt. 66 e 67), ivi comprese le dimissioni (v. art. 7, co. 2, lett. e), d.l. 76/2013). Pur dopo i recenti irrigidimenti, si tratta comunque di tutele più blande rispetto a quelle previste per il lavoro subordinato; esse tuttavia valgono a identificare un nuovo tipo contrattuale che arricchisce le modalità di raccordo tra organizzazioni e lavoro. Il contratto a progetto ha, come s’è detto, una naturale vocazione a fare concorrenza al lavoro subordinato: e infatti è lo stesso legislatore, con norma ambigua, a prevederne la conversione in contratto di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto in caso di mancanza originaria del progetto (v. art. 69, d.lgs. 276/2003, nell’interpretazione autentica di cui all’art. 1, co. 24, della l. 92/2012) e nel caso in cui si accerti dinanzi al giudice che “l’attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente”. In quest’ultimo caso la l. 92/2012 ha aggiunto la possibilità che la conversione non si applichi alle prestazioni di elevata professionalità “individuate dai contratti collettivi

²¹ Dal 2010 il numero di co.co.pro si aggira intorno ai 700.000, in forte ridimensionamento dopo la riforma Fornero. Oggi sarebbero 546.000 (v. *Avvenire* dell’11.2.2015) o 502.834 (v. *il Sole 24 ore* del 16.2.2015).

²² Questa disposizione realizza una sorta di estensione *ex lege* dell’efficacia della parte economica dei contratti collettivi al di fuori dell’ambito del lavoro subordinato.

stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 69, co. 2, inciso finale, d.lgs. 276/2003)²³.

Nell’insieme si tratta di un approdo, non del tutto lineare e sicuramente semplificabile, ma abbastanza equilibrato. Certo con il contratto a termine a-causale l’interesse delle imprese per le co.co.pro. non può che scemare ulteriormente quando dovesse essere rivolto a prestazioni da utilizzare il più possibile in modo analogo a quelle del lavoro subordinato. Come pure può servire meglio alla bisogna il catuc, meno appetibile a regime però per i costi legati all’estinzione arbitraria (in questo il co.co.pro.

²³ Strumenti di fuga dalla subordinazione possono essere anche il lavoro occasionale e il lavoro accessorio. Il primo, pure definito dal d.lgs. 276/2003, viene individuato con riguardo a parametri assai pragmatici, consistenti in una durata non superiore a trenta giorni nell’anno solare ovvero a 240 ore (circa un paio di mesi) nel solo ambito dei servizi di cura e assistenza alle persone, purché il committente sia unico e il compenso percepito nel medesimo anno solare non sia superiore a 5mila euro. Il lavoro occasionale (da distinguere da quello “meramente occasionale” che ora, dopo la modifica apportata con l’art. 7, co. 2, lett. e), d.l. 76/2013 conv. con modif. dalla l. 99/2013, è previsto solo con riguardo alle attività agricole per le prestazioni lavorative svolte da parenti o affini fino al quarto grado a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale, attività che in ogni caso non integrano un rapporto di lavoro né autonomo né subordinato: v. art. 74, d.lgs. 276/2003) – soprattutto per la sua “marginalità” reddituale che ne fa un tipico rapporto precario e, si immagina, transitorio nella vita professionale del lavoratore (nel 2010 poco più di 20.000 rapporti) – può essere dedotto in contratti di collaborazione coordinata e continuativa non soggetti ai vincoli introdotti dal d.lgs. 276/2003 (v. art. 61, co. 2). Ancora più “marginale”, specie dopo le restrizioni apportate dalla l. 92/2012, dovrebbe essere il lavoro accessorio, individuato dal legislatore (art. 70, d.lgs. 276/2003) esclusivamente con riguardo alle seguenti fasce di compenso: a) fino a 5.000 euro, rivalutabili annualmente secondo l’indice Istat dei prezzi al consumo, in caso di una pluralità di committenti; b) fino a 2.000 euro, sempre annualmente rivalutabili, per ciascun committente che sia imprenditore commerciale o professionista (solo per il 2013 era prevista una fascia di 3.000 euro). Nel settore agricolo il lavoro accessorio è consentito per attività stagionali, purché riguardanti pensionati e studenti con meno di 25 anni, compatibilmente con “gli impegni scolastici”; oppure per attività svolte a favore di produttori agricoli che nel precedente anno solare non abbiano un volume d’affari superiore a 7.000 euro (sempreché non siano svolte da soggetti iscritti l’anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli). La peculiarità del lavoro accessorio è che viene compensato tramite “buoni orari” (c.d. voucher), dal valore nominale variabile fissato con decreto del Ministero del lavoro, che possono essere acquistati presso rivendite autorizzate; il lavoratore, una volta riscosso il buono dal “beneficiario” della prestazione, può percepire il compenso presso il concessionario. Il compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato; ma il valore del buono comprende gli oneri previdenziali che il concessionario è tenuto a versare a INPS e INAIL. Il lavoro accessorio, secondo il Jobs Act, dovrebbe avere una più ampia utilizzazione (v. art. 1.7, l. 183/2014). Non va però trascurato che già oggi interessa ben 614.991 lavoratori (v. *il Sole 24 ore* del 16.2.2015).

regge il confronto con il contratto a termine se contenuto nei 36 mesi). Eventualmente si potrebbe precisare la nozione di recesso per giusta causa e quantificarne il costo in caso di recesso arbitrario (*id est* senza giusta causa *ex art. 67 d.lgs. 276/2003*) anche dai co.co.pro., sanzionandolo in modo anche più oneroso rispetto alle indennità previste per il licenziamento arbitrario dal catuc.

Anche a tal riguardo in ogni caso il problema principale è il rischio di un'elevata precarietà consentita oggi dal cumulo di tutte queste forme di contratti. Che è per converso, la ragione per cui le imprese possono essere interessate invece a conservarle il più possibile.

Probabilmente, proprio in considerazione della contiguità con il contratto a termine, andrebbe anche prevenuto l'abuso di contratti a progetto in specie se cumulati con i contratti a termine a-causali.

7. *Il lavoro autonomo*

Il lavoro autonomo come surrogato della subordinazione segue per molti versi la medesima sorte del lavoro a progetto. Secondo alcuni può sopravvivere come lavoro più produttivo²⁴ e magari un po' più pagato rispetto al prezzo calante del lavoro subordinato (ma sarebbe meglio dire dal costo affidato al libero mercato, vista l'assenza di una qualsivoglia regola simile a quella sul corrispettivo per le co.co.pro.). C'è da valutare se in questo momento il lavoro autonomo non del tutto genuino possa essere al centro di una nuova stagione di tutele davvero crescenti. Per questo è utile anche in questo caso ripercorrerne brevemente gli sviluppi regolativi.

La disciplina è complessa, oltre che di recente evoluzione, perché diretta a regolare minuziosamente il ricorso al contratto di lavoro autonomo in situazioni limitrofe a quelle in cui è possibile utilizzare lavoro subordinato. L'art. 69 *bis*, d.lgs. 276/2003 (introdotto dalla l. 92/2012 e subito modificato dal d.l. 83/2012, conv. con mod. dalla l. 134/2012) prevede infatti una presunzione semplice in base alla quale il lavoratore titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) si considera co.co.pro. qualora si verifichino almeno due dei seguenti presupposti: a)

²⁴ MARAZZA, *op. cit.*

la collaborazione abbia una durata superiore ad 8 mesi annui per due anni consecutivi; b) il corrispettivo della collaborazione costituisca più dell'80% dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi; c) il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente. Se opera questa presunzione semplice, al contratto a progetto del titolare di partita IVA dovrebbe poi normalmente applicarsi la disposizione sopra ricordata sulla conversione in contratto di lavoro subordinato nel caso di mancanza del progetto (art. 69, d.lgs. 276/2003). Poiché è altamente probabile che i contratti di lavoro autonomo vengano stipulati senza progetto, la suddetta presunzione potrebbe quasi sempre determinare una conversione dei contratti di lavoro autonomo in contratti di lavoro subordinato *ex art. 69, d.lgs. 276*. L'operatività della presunzione è tuttavia esclusa in tre ipotesi: a) quando la prestazione lavorativa sia connotata da competenze teoriche di grado elevato o da capacità tecnico-pratiche maturate nell'esercizio concreto di attività; b) quando sia svolta da un soggetto che abbia un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore al livello minimo imponibile per il versamento dei contributi previdenziali di artigiani e commercianti maggiorato del 25% (cioè attualmente in totale circa 19.000 euro all'anno); c) quando le attività lavorative siano svolte nell'esercizio di professioni per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad ordini professionali o in appositi registri, albi, ruoli, o elenchi professionali qualificati, e detta specifici requisiti e condizioni. Non sono ipotesi così difficili da verificarsi in concreto. Per cui sembra in effetti di essere dinanzi al classico caso in cui le eccezioni alla regola sono tali e tante da far dubitare che la regola trovi mai un'effettiva applicazione²⁵.

Su questa disciplina si potrebbe intervenire in vari modi, dettando regole più semplici e lineari, prevedendo tutele specifiche più o meno analoghe a quelle del lavoro a progetto (in definitiva quasi accorpando le due fattispecie), scegliendo un percorso anche più coerente con quello di altri paesi europei che hanno individuato la fattispecie del lavoro econo-

²⁵ Da tener presente che a gennaio 2012 le c.d. partite IVA potenzialmente interessate da questa disciplina erano arrivate a circa 300.000, anche se dopo la riforma Fornero paiono in diminuzione (quelle "false" sarebbero circa 200.000: v. *Avvenire* dell'11.2.2015). In materia si leggono tuttavia dati molto diversificati, a partire dal numero complessivo di partite Iva, stimato in quattro milioni, per finire al numero di quelle false, stimate fino a 600.000 (v. da ultimo DE-IANA, *Partite iva: il bancomat dello Stato*, in newsletter di nuovi lavori, n. 147 del 18.2.2015).

micamente dipendente. Il tema è molto complesso, sia sotto il profilo concettuale sia sotto quello pratico e una riforma poco meditata di questa materia potrebbe provocare più danni che vantaggi, al di là della relativa esiguità del numero di lavoratori oggi interessati da queste forme contrattuali. Come dimostra anche il fatto che si susseguono proposte di vario genere, non del tutto compatibili, che vanno dall'introdurre una presunzione secca di lavoro subordinato in presenza di alcuni indicatori fino a quella di delineare una specifica fattispecie di lavoro economicamente dipendente al quale estendere selettivamente tutele proprie del lavoro subordinato²⁶. Abbastanza significativo è anche che al centro della nuova fattispecie si pone un indicatore come quello della monocommittenza prevalente, cioè del dato secondo cui il lavoratore trae una quota consistente del proprio reddito dall'attività prestata per un unico committente (la quota viene fissata in un importo secco o in una percentuale del reddito annuo, ad esempio il 75%). Tale indicatore viene però talora sovrapposto confusamente alla fattispecie della subordinazione²⁷. O invece si collega, con opportune specificazioni, ad una prospettiva concettuale e regolativa secondo cui il lavoro economicamente dipendente non è lavoro subordinato e non deve essere a quest'area ricondotto²⁸; ma poi si propongono tutele non così dissimili da quelle riguardanti il lavoro subordinato (ad esempio in materia di compensi o di recesso)²⁹.

Forse, per andare davvero avanti in questa intricata materia ormai oggetto di dibattiti e interventi regolatori mal calibrati da oltre 15 anni, si dovrebbero fare scelte rigorose ma non drastiche, ispirate ad un'estrema chiarezza delle prospettive verso cui orientare i soggetti interessati con nuovi schemi contrattuali per i quali non basta ricorrere a formule eleganti e suggestive come quella di "fattispecie transtipica rappresentativa di un segmento non fraudolento del mercato del lavoro"³⁰. Se davvero si parte

²⁶ V., di recente, SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 233/2014. p. 24 ss.

²⁷ V. nuovo art. 2094 proposto dal codice ICHINO-TIRABOSCHI rubricato "subordinazione e dipendenza"; successivamente si riferiscono tutele a mio parere tipiche della subordinazione (es.: art. 2103 in materia di mansioni) al "lavoratore dipendente".

²⁸ PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 235/2015.

²⁹ PERULLI, *op. cit.*, p. 25-26.

³⁰ PERULLI, *op. cit.*, p. 30.

dal presupposto che il lavoro autonomo configura una “relazione personale di lavoro” con funzione positiva, fondamentale sarebbe allora, oltre a non favorirne una diffusione falsamente concorrenziale con altre forme contrattuali (basata su trattamenti retributivi, previdenziali o sanzionatori ridotti), prevedere tutele di tipo diverso da quelle previste per il lavoro subordinato allo scopo di fare in modo che il lavoro dipendente solo economicamente possa esattamente affrancarsi da una dipendenza che lo indebolisce nelle prospettive di sviluppo professionale specifico ed economico generale. In definitiva il lavoratore economicamente dipendente dovrebbe essere tutelato essenzialmente nella direzione di renderlo il più possibile un lavoratore autonomo genuino e solido, la cui professionalità ed il cui reddito possano svilupparsi su un mercato sempre più ampio e diversificato (quindi superando la monocommittenza anziché cristallizzarla).

8. *Per le imprese meglio cumulare che scegliere nella totale incertezza (ovvero le imprese e il de-risking State): riordino o “sfrittellamento” delle forme contrattuali?*

In conclusione può dirsi che la reazione legislativa alla c.d. “fuga dal lavoro subordinato” ha conosciuto già una complessa evoluzione, dando vita a una notevole frammentazione del mercato del lavoro. Cosicché la fattispecie contrattuale posta al centro del diritto del lavoro sviluppatosi fino ai primi anni del 2000 si è vista attorniata da molti altri rapporti atipici, talora anche numericamente significativi (come i contratti a termine o i co.co.pro.), talaltra destinati a dar vita a poche migliaia di peculiari rapporti di lavoro. In tutti e due i casi si è ottenuto l’effetto di sminuzzare la tipologia contrattuale finalizzata all’utilizzazione di lavoro erogato da soggetti diversi dall’organizzatore, rendendo appunto più complesso il diritto del lavoro e più segmentato il mercato del lavoro e aggiungendo agli elementi che tradizionalmente tipizzano la fattispecie una nuova nozione di dipendenza che non è del tutto sovrapponibile a quella codicistica, perché basata su elementi diversi come la committenza unica o plurima e l’individuazione di fasce reddituali. Sotto un altro versante la collaborazione senza subordinazione genera comunque dipendenza come dipendenza dall’organizzazione cui la prestazione è raccordata e, con essa, la tendenza a riequilibrare, anche al di fuori della subordinazione, gli effetti

deleterii della dipendenza stessa. Ma la dipendenza “personale” dovrebbe distinguersi concettualmente dalla dipendenza “economica”³¹.

Una certa consapevolezza di questa esigenza di distinzione concettuale si avverte nelle recenti norme introdotte dalla riforma Fornero (e in qualche parte rivisitate dal successivo Governo Letta), che tra l’altro, pur avendo abbandonato il primigenio obiettivo di realizzare il c.d. “contratto unico”³², aveva tra le sue finalità dichiarate quella di rendere di nuovo “dominante” (art. 1, lett. a), della l. 92/2012) il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, al pari del Jobs Act³³. La loro corretta comprensione e valutazione non può però prescindere dalla consapevolezza del fatto che la relativa riduzione della dipendenza nei c.d. lavori atipici si accompagna al tentativo più incisivo mai fatto in Italia di intervenire sulla flessibilità in uscita, allentando i vincoli al licenziamento che sono in fondo il vero antidoto ad una subordinazione che degeneri in dipendenza personale. Per questo si può parlare di un diritto del lavoro che, nonostante la relativa respicenza sulla frammentazione contrattuale, procede con la retromarcia, verso la centralità di una fattispecie contrattuale che coniuga la subordinazione con lo sbilanciamento delle posizioni tra le due parti e, per di più, con il Jobs Act e il *catuc* lo fa sdoppiando anche il contratto standard.

In teoria ci sarebbe materia per semplificare e disboscare le altre forme contrattuali, facendo rifluire tutto, seppure gradualmente, nel *catuc*, con il ritorno ad un sistema “eliocentrico”. In pratica però questo ritorno ad un assetto normativo semplificato non è necessario né conveniente soprattutto per le imprese, propense ad avvalersi tuttora delle forme contrattuali precarie addirittura potenziate nella forma contrattuale precaria

³¹ V. PERULLI, *op. cit.* Vent’anni fa Giorgio Ghezzi (*Proposta di un “Testo Unico” in tema di mercato del lavoro*, in *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996, p. 35) già distingueva tra “subordinazione funzionale” e “subordinazione personale”; usare la nozione di dipendenza forse aiuta, almeno per avere una maggiore chiarezza concettuale.

³² Da varie parti tra il 2008 e il 2012 si è chiesto a gran voce di eliminare tutti i contratti di lavoro atipici, introducendo un “contratto unico” di varia configurazione, ma il cui tratto comune era quello di consentire un’elevata flessibilità anche in uscita per i primi due/tre anni. Dalla fine del 2013 questa ipotesi – contenuta nell’originario Jobs Act, come nuovo progetto di riforma del mercato del lavoro sostenuta da Matteo Renzi, neo-segretario del maggior partito al Governo, il PD – ha alimentato di nuovo il dibattito politico e giornalistico. Come però si è visto nella l. 183/2014 non è previsto il contratto unico, ma il contratto a tutele crescenti, che è tutt’altra cosa.

³³ Di questa tendenza fa parte pure la disciplina limitativa dell’associazione in partecipazione (poco più di 40.000 lavoratori), che ora si vorrebbe del tutto eliminare.

per definizione, che è il contratto a termine. In questa nuova situazione è lo Stato che le garantisce dal rischio di assumere precari, magari accollandosi anche i costi di una generalizzata riduzione salariale (v. incentivi della legge di stabilità 2015) inevitabilmente connessa ad una diffusa precarizzazione, ma che richiede un certo tempo per essere realizzata. Più che realizzare un riordino, si rischia uno “sfrittellamento”³⁴ delle forme contrattuali, modellate su convenienze contingenti e destinato a confondere ancor più le traiettorie lavorative dei soggetti interessati.

Questo nuovo scenario va ben valutato perché non è più così sicuro che le maggiori tutele per il lavoro dipendente (che comincia ad abbracciare una fascia più profonda e più ampia del lavoro subordinato vero e proprio) possano ripartire solo dalla fattispecie contrattuale “dominante”, specie ove questa fosse il *catuc*.

Nell’incertezza converrebbe ripartire avendo a disposizione più “piste”, considerando che nelle due grandi aree del lavoro subordinato (comprensivo di quello parasubordinato) e autonomo (comprensivo del lavoro c.d. economicamente dipendente) si potrebbero collocare ai rispettivi confini le professionalità più elevate, meno interessate alla precarietà insita nel *catuc* e alla ricerca di garanzie di continuità lavorativo/reddituale non riconducibili a quelle classiche del lavoro subordinato interno ad organizzazioni eterodirette.

La delega della l. 183/2014 è poi pure formulata male e si rischia di produrre un decreto fragile costituzionalmente se si va oltre la mera ricognizione³⁵. Il lavoro economicamente dipendente potrebbe però essere una plausibile filiazione di un lavoro a progetto rivisitato nella prospettiva di rendere comunque più appetibile il contratto a tempo indeterminato: tutte operazioni di riordino riconducibili abbastanza pianamente ai principi della delega.

³⁴ Devo il termine al mio amico OLIVIERI U.M., professore di Letteratura italiana alla Federico II, che lo ha utilizzato presentando a Napoli il recente volume di BEVILACQUA P., *Pasolini, l'insensata modernità*, Jaca Book, 2014.

³⁵ V., oltre gli scritti citati di PERULLI e SPEZIALE (che dissentono sulla possibilità di ricomprendere nel testo organico semplificato anche il lavoro standard), GUAZZARROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014; RUSSO R., *La delega in bianco nella giurisprudenza costituzionale*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti. Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015.

9. *La difficile semplificazione e il contratto “momentaneamente” dominante: un ausilio possibile dalla contrattazione collettiva*

Il Jobs Act ci consegna una situazione non assestata nella quale per un triennio il contratto dominante sarà il Catuc, ma coesistendo con il vecchio lavoro standard (pur fortemente indebolito dalla Fornero) e con contratti a termine molto liberalizzati. Altro che “eliocentrismo”; gravitiamo piuttosto nell’universo straniante di 1Q84, dove l’immaginazione di Haruki Murakami sottopone tutto all’influsso di due lune che brillano contemporanee nel cielo.

Non è detto però che, nell’arco di un triennio, i giochi non possano riaprirsi. E conviene a tutti lasciare più strade aperte, anche per un ritorno ad un contratto di lavoro standard con un maggiore equilibrio interno. Specie se nel frattempo Stato e imprese avranno imboccato la strada di una competizione basata sulla vera modernizzazione e sul sostegno a sistemi economico-sociali capaci di perseguire una vera innovazione tecnologico-produttiva e una più profonda giustizia sociale³⁶.

Forse la via più saggia sarebbe affidare quanto più possibile il riordino dei contratti essenzialmente ad una contrattazione collettiva irrobustita, non solo aziendale, ma anche nazionale di categoria e territoriale³⁷. E affiancata nelle singole imprese (almeno in quelle medie e grandi) da forme di reale partecipazione alla gestione di lavoratori e sindacati ormai dalla crisi resi più sensibili alle generali compatibilità economico-produttive.

Contratti collettivi rafforzati potrebbero:

1. individuare limiti più stringenti all’uso di contratti a termine;
2. individuare settori e/o imprese in cui concentrare interventi innovativi sull’apprendistato genuino;
3. consentire eventualmente un utilizzo residuale di contratti a progetto, da autorizzare mediante contratti collettivi qualificati (in fondo si tratterebbe di potenziare un intervento della contrattazione collettiva già oggi previsto);

³⁶ V., in questa prospettiva, le proposte di MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, 2014; e, più di recente, *Building the Entrepreneurial State: a new framework for envisioning an evaluating a mission-oriented public sector*, Levy Economic Institute, Workingpaper, n. 824, January 2015, p. 26, in www.levyinstitute.org/pubs/wp.

³⁷ V. i ddl di DLM, in *DLM*, 2014, n. 1 e del gruppo di studiosi denominato *Frecciarossa*, di cui dà notizia il Corriere della sera dell’1.2.2015. Per qualche spunto ulteriore v. ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un’analisi della strumentazione giuridica*, in *RGL*, 1/2015 (in corso di pubblicazione).

4. rafforzare le regole a favore della stabilità dei rapporti di lavoro (ad esempio accelerando la progressiva crescita delle indennità previste per sanzionare i licenziamenti arbitrari).

Un maggiore coinvolgimento dei sindacati nella gestione delle imprese potrebbe aiutare a tenere sotto controllo l'ingiustificato proliferare del ricorso a forme di lavoro economicamente dipendente o ad altre tipologie contrattuali minori (come i *voucher*) consentendo in caso di situazioni patologiche l'attivazione di forme di controllo amministrativo e/o di regolazione specifica, contrattuale o regolamentare.

Abstract

L'autore analizza i riflessi sistematici del contratto a tutele crescenti introdotto dal d.lgs. 23/2015, rilevandone gli effetti di squilibrio sulla posizione delle parti, con accentuazione della debolezza negoziale del lavoratore nel nuovo contratto standard. Esso, destinato a diffondersi grazie agli incentivi previsti dalla legge di stabilità 190/2014, d'altronde non viene ritenuto neanche idoneo a ridurre le disuguaglianze sul mercato del lavoro, perché rimane intatta la possibilità di ricorrere ai contratti a termine liberalizzati dal d.l. 34/2014. Si affronta dunque quale potrebbe essere in questo nuovo scenario la disciplina migliore per riformare i contratti di lavoro non standard senza indebolire ulteriormente le condizioni di lavoro e le disuguaglianze sociali.

The author analyses the systematic impact of the new pattern of employment contract, the so-called "increasing protection employment contract", introduced by the legislative decree 23/2015 (the so-called Jobs Act), and points out the effects of imbalance between the contracting parties as long as the employee will be in a significantly weaker bargaining position than employer. This contract, that Finance Act 190/2014 tries to promote through tax incentives, is not considered to be an appropriate instrument to reduce the inequalities in the labour market, as long as the freedom to conclude fixed-term contracts, as guaranteed by the Act 34/2014, has not been restricted at all by the Jobs Act. Therefore, in such a new scenario, the article concludes by making a series of recommendations to reform non-standard contracts regulation without weakening even more employee's position and increasing social inequalities.

Key words

Contratto di lavoro, tutele crescenti, disuguaglianze.

Contract of employment, increasing protection, inequalities.

Antonella Durante

I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse*

Sommario: **1.** I diritti sindacali come diritti fondamentali ma minimali: la Corte di giustizia e i limiti della *Carta*. **2.** (*Segue*) I principi e i diritti secondo la Corte di giustizia. Un altro caso di tutela attenuata dei diritti collettivi dei lavoratori. **3.** Il linguaggio performativo della Corte di giustizia e le trasformazioni dei sistemi di relazioni industriali. **4.** I diritti sindacali nella prospettiva dei diritti umani: l'interpretazione integrata della Corte europea dei diritti dell'Uomo e degli organi di controllo OIL. **5.** Il ruolo delle Corti costituzionali tra controlimiti e "tenuta" dei sistemi di valori.

1. *I diritti sindacali come diritti fondamentali ma minimali: la Corte di giustizia e i limiti della Carta*

Come è noto, la costruzione della giurisdizione in materia di diritti fondamentali della Corte di giustizia (d'ora in avanti CGE) è avvenuta in modo sostanzialmente deformalizzato, al punto da considerare abbastanza condivisa l'opinione secondo cui il *Catalogo* dei diritti fondamentali è, almeno fino al Trattato di Maastricht, frutto dell'*acquis jurisprudentiel*.

Ma la "portata" dei diritti forgiata dalla CGE ha avuto esiti eterogenei, a stento separabili da questioni di ordine "valoriale" e, realisticamente, condizionati dagli obiettivi di integrazione economica del diritto comunitario.

Sul piano dei diritti individuali le tecniche interpretative giurisprudenziali e le fonti sovranazionali hanno mostrato di poter essere un'avanguardia del diritto sociale europeo in grado di conformare positivamente i diritti nazionali. Così, ad esempio, il principio di non discriminazione – sebbene anch'esso de-

* Una diversa versione del saggio è pubblicata in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino 2015.

bitorio alla dottrina sulla libertà di circolazione – è transitato, ampliandosi, dal piano nazionale al piano dei principi generali dell'ordinamento europeo acquistando la forza di limite alle libertà economiche fondamentali sancite nei Trattati¹. Il discorso cambia se si assume la prospettiva di tutela di quei diritti fondamentali che, per propria natura, si collocano in stretto ed immediato rapporto con le libertà economiche e con gli ambiti di competenza dell'Unione. In questo caso riemerge con forza tutta la problematicità connessa alla costruzione di un vero e proprio *jus* comune europeo dei diritti fondamentali e la debolezza di quell'orizzonte di integrazione attraverso i diritti che, dopo l'approvazione della *Carta*, doveva assumere un connotato costituzionale.

Il deflagrare della crisi economica e l'*impasse* del processo di integrazione, minato alla radice dalla torsione in senso intergovernativo delle istituzioni europee e dalla mancanza di coesione e solidarietà tra gli Stati membri, attualizza la riflessione sull'impatto che alcune sentenze della CGE hanno avuto, e potrebbero ancora avere, non solo sugli ordinamenti nazionali ma anche sul futuro di quel modello sociale europeo di cui si è registrato un evidente arresto a partire dal 2008, tanto da indurre persino studiosi *liberal* ad ipotizzarne la “morte”². Il *focus* dell'UE, da tempo incentrato sull'*austerità* come una sorta di rimedio “omeopatico” (una risposta “ad una crisi neoliberista con accanimento neoliberista” i cui effetti benefici sono stati messi in discussione persino dagli economisti che lo hanno promosso³), volutamente ignora la dimensione dei diritti sociali sacrificandoli all'imperativo di riduzione del debito o relegandoli in confini nazionali sempre più angusti ed inadeguati. Le convulsioni politiche ed economiche delle istituzioni europee e la tensione tra gli Stati membri (tra Paesi “forti” e Paesi “deboli” ma non solo) non può non avere ripercussioni sull'organo giurisdizionale facendo dubitare della sua “imparzialità” e della sua attitudine alla difesa della coesione sociale e della solidarietà. Inoltre le “cure” anticrisi proposte (ed imposte) dalle istituzioni europee, la nuova struttura dei Trattati e i meccanismi di stabilizzazione finanziaria sono tali da non revocare, anzi da confermare quella filosofia di fondo secondo cui le “distorsioni” del corretto funzionamento dei mercati (reali e finanziari) deriverebbero preva-

¹ Cfr., tra tante, C. Giust. 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne II*; 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*; 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*; 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*; 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*.

² KRUGMAN, *Greece*, in *New York Times*, 13 marzo 2012.

³ FANTACCI, PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in www.costituzionalismo.it, 2013, *passim*.

lentamente dal diritto del lavoro e dalla contrattazione collettiva⁴. L'idea che il diritto del lavoro e sindacale produca effetti intrinsecamente restrittivi nei confronti dei rapporti di mercato è centrale nel *modus operandi* della Commissione e della BCE, anche se viene presentato attraverso il mediato riferimento alle riforme “strutturali” necessarie ad accompagnare il rilancio economico. In questa chiave prospettica la giurisprudenza della CGE che ha interessato i diritti di sciopero e di libertà sindacale (con il principale corollario rappresentato dalla contrattazione collettiva) può dirsi il risultato di un modo preciso di intendere il rapporto fra sistema giuridico ed integrazione economica. In altri termini l'effettività dei diritti sindacali a livello europeo è strettamente collegata alla presenza del “valore ordinante” dell'integrazione economica o, da altra angolazione, all'assenza di un parametro di natura propriamente costituzionale nella definizione dei diritti che ne indebolisce la tutela, invece, costituzionalmente privilegiata così come delineata nelle “identità costituzionali nazionali” e nelle “tradizioni costituzionali comuni” (art. 6.2 TUE)⁵. Il “transito” dei diritti sindacali dalle fonti nazionali alle fonti sovranazionali è stato foriero, dunque, di un grado *attenuato* di tutela ed espressione dell'evidente asimmetria tra costituzione formale e costituzione sostanziale europea⁶.

Le sentenze *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*⁷ (sui cui contenuti non ci si soffermerà essendo ormai fin troppo noti) rappresentano qualcosa di più di un semplice *sospetto* manipolativo – all'esito di un bilanciamento “*in name not in substance*” e “sbilanciato”⁸ – del diritto europeo, altri-

⁴ L'*European Stability Mechanism* è pensato per vincolare il sostegno finanziario ai paesi dell'eurozona al principio di condizionalità ossia all'imposizione di una rigida disciplina macroeconomica e di bilancio su qualsiasi paese destinatario del sostegno. Il *Patto Europlus* impegnava i paesi dell'eurozona ad un regime di sorveglianza economica con implicazioni dirette sul diritto del lavoro. Il *Fiscal Compact* obbliga i contraenti al pareggio di bilancio e condiziona pesantemente i mercati del lavoro. Per una panoramica di queste riforme BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A (Labour) Lawyer's Perspective*, in *ILJ*, 2012, p. 98 ss.

⁵ AZZARITI, *Le garanzie del lavoro tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani*, Giappichelli, 2012, p. 8; FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *RDPE*, 2010, p. 32.

⁶ GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *La cittadinanza europea*, 2013, 2, p. 13.

⁷ Rispettivamente, C. Giust. 18 dicembre 2007, C-341-/05; 11 dicembre 2007, C-348/05; 3 aprile 2008, C-346/06; 19 giugno 2008, C-319/06.

⁸ Le espressioni sono mutate rispettivamente da BARNARD, *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and Service Directive*, Europa Institute, 2008, p. 14, e da BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 55/2007, p. 20.

menti idoneo ad assicurare effettività a *tutti* i diritti sociali fondamentali. Esse hanno, al contrario, evidenziato il palese fallimento di quell'armonizzazione negativa dei sistemi sociali ancora singolarmente richiamata nell'art. 151.3 TFUE⁹. Il noto quartetto della CGE, assumendo il diritto di libertà economica e le regole sulla concorrenza come metacriterio di interpretazione del diritto sociale europeo, ha non solo operato un capovolgimento delle scelte promozionali insite in gran parte delle Costituzioni europee ma ha anche posto in discussione, come affermato in convincenti analisi critiche, la capacità stessa della *Carta* (e del principio che la informa) di porsi come garanzia dei diritti sociali fondamentali se si considera che, in una fase dell'integrazione non caratterizzata dalla vincolatività di un catalogo dei diritti, la medesima Corte era riuscita a giungere a bilanciamenti che in qualche maniera frenavano la tendenza espansiva delle norme sulle libertà economiche¹⁰. Se la giurisprudenza della CGE ha avuto il pregio di collocare i diritti sociali fondamentali di natura collettiva nell'orizzonte della tutela europea con un esito "quasi beffardo"¹¹, la struttura della *Carta* – con la sua classificazione dei diritti in categorie di valore equiordinate secondo una tecnica estranea alle Costituzioni moderne – non ha certo favorito interpretazioni alternative.

Il bilanciamento dei diritti non è certo un fatto nuovo, essendo comunemente praticato dalle Corti nazionali, né una tecnica evitabile, non potendosi configurare alcun diritto come assoluto. Tuttavia l'orientamento della CGE, fondato sul principio di massima effettività delle libertà economiche piuttosto che su quello della massima estensione dei diritti fondamentali pur ribadito nell'art. 53 della *Carta*¹², rischia di operare una frattura più o meno profonda rispetto a quelle tradizioni costituzionali che codificano i diritti sociali di natura collettiva come base per l'attuazione del principio di solidarietà e di uguaglianza sostanziale di cui è garante l'ordinamento statale. Dal punto di vista tecnico l'applicazione ai diritti sindacali dei parametri imposti dai noti test di proporzionalità, idoneità e necessità determina un'inversione pro-

⁹ HENDRICKX, *Beyond Viking and Laval: the Evolving European Context*, in *CLLPJ*, 2011, 3, p. 1055; GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in *RTDP*, 2013, p. 9 ss.

¹⁰ C. Giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*. Cfr. GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale)*, cit., p. 34.

¹¹ ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* 66/2008, p. 53.

¹² CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011, *passim*.

spettica delle tecniche interpretative idonea ad attenuare la portata dei diritti con una doppia conseguenza. Da un lato il conflitto industriale (ed i suoi mezzi) viene esposto ad una valutazione di pertinenza rispetto all'esercizio delle libertà economiche (con caratteri rispondenti all'ordine pubblico nella sua nozione comunitaria); dall'altro il nucleo *minimo* della disciplina lavoristica del diritto derivato diventa il parametro *massimo* di tutela imm modificabile anche dalla contrattazione collettiva¹³. In tale ottica, ad esempio, un'azione sindacale finalizzata a contrastare la delocalizzazione di imprese o a pretendere l'applicazione del contratto collettivo, pur nel rispetto del quadro costituzionale e legale di uno Stato, può risultare illegittima. Se è vero, infatti, che il test di proporzionalità non è applicabile al diritto nazionale, è altrettanto vero che la legittimità dello sciopero negli ordinamenti nazionali non è più, di per sé, sufficiente a garantirne l'estensione e l'effettività nell'ambito del diritto europeo con la conseguenza che esso è esposto ad una tutela, per così dire, "occasionalistica".

I passi in avanti in senso sociale compiuti con l'adozione del Trattato di Lisbona – dal riconoscimento della vincolatività giuridica della *Carta* alla "decostituzionalizzazione" della concorrenza – non superano i compromessi politici che hanno caratterizzato anche l'ultima fase dell'integrazione europea¹⁴. Per quel che qui interessa il fatto che non sia stato minimamente messo in discussione l'assetto delle competenze ex art. 153.5 TFUE lascia scoperte materie socialmente delicatissime affidate alla "manutenzione straordinaria" della CGE che si è dimostrata, anche nella sentenza post-Lisbona *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, nuovamente "sociofaga"¹⁵. Questa giurisprudenza non sembra certo in grado di produrre una tutela integrata dei diritti sindacali (almeno) "equivalente" a quella assicurata dalla Costituzione ed anzi si pone in contrasto con un assetto costituzionale in cui la li-

¹³ PALLINI *La tutela dell' "ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, 2009, p. 204.

¹⁴ PECH, *The Institutional Development of the Post-Lisbon*, in ASHIAGBOR, COUTOURIS, LIANOS (ed.), *The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, 2012, p. 21.

¹⁵ C. Giust. 15 luglio 2010, C-271/08. In dottrina BRONZINI, *La tutela della contrattazione collettiva: i Trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in PUTATURO DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro Anno zero?*, ESI, 2012, p. 99; CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2010, p. 229.

bertà sindacale e il diritto di sciopero (intesi come espressione unitaria di sistema dalla Corte costituzionale) possono subire restrizioni solo in funzione di garanzia di altri diritti di rango costituzionale, rafforzando l'autonomia collettiva proprio in funzione di prevenzione del conflitto¹⁶. Infine la sostanziale limitazione della tutela inderogabile dei diritti dei lavoratori al “nucleo minimale” di norme del diritto derivato contrasta con lo spirito costituzionale che contempla il diritto di azione collettiva come “pietra angolare” dell'assetto democratico dello Stato e “strumento fondamentale di equilibrio tra i poteri”¹⁷.

A ben vedere, però, la CGE ha solo difeso le regole essenziali della costituzione economica europea reinterpretandole alla luce di una “logica neo-classica” attualmente incidente senza sconti sulle azioni sindacali¹⁸. La stessa monodimensionalità della Carta di Nizza – rappresentando i diritti senza gerarchie fra *valori* come avviene nelle tradizioni costituzionali moderne – consente un bilanciamento “libero”, privo di un criterio ordinatore in base al quale individuare quali diritti fondamentali debbano retrocedere *per sistema* davanti ad altri diritti ugualmente fondamentali¹⁹. È in questo contesto che la CGE ha acquisito un “primato culturale” che non integra più, nel circuito giurisdizionale *multilevel*, la garanzia di un'ottimale tutela dei diritti ma vale piuttosto a forgiarne una nuova cornice teorica ed applicativa²⁰. All'interno del circuito della giustizia costituzionale europea, infatti, l'effettività dei diritti e la sorte dei principi iscritti nelle Costituzioni resta un tema dibattuto anche dopo l'acquisizione della vincolatività della *Carta* di Nizza i cui parametri di

¹⁶ Si veda per tutte C. Cost. n. 29/1960 attorno ai cui principi si è, poi, costruita l'idea di fondo dell'intera disciplina dello sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. Sullo sciopero di solidarietà mirabile resta la sentenza n. 123/1962. Sullo sciopero economico-politico C. Cost. n. 141/1967. Sulla tecnica di bilanciamento dello sciopero con altri interessi costituzionalmente tutelati C. Cost. n. 711/1980. Per un'analisi complessiva di questa giurisprudenza SCOGNAMIGLIO, *Sciopero politico e attività creatrice della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, 2006, p. 209.

¹⁷ Così CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in RGL, 1952, I, p. 230; MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, Giuffrè, 1964, p. 28.

¹⁸ DEAKIN, *Il Trattato di Lisbona, le sentenze Viking e Laval e la crisi finanziaria: in cerca di nuove basi per «l'economia sociale di mercato» europea*, in RGL, 2013, p. 687.

¹⁹ AZZARITI, *Le garanzie del lavoro*, cit., p. 8; BRONZINI, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine “costituzionale” per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in FALLETTI, PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, p. 35 ss.

²⁰ RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Quaderni Europei*, 2010, n. 19, p. 6.

applicazione (artt. 51 e 52) privi dell'effetto orizzontale ne convalidano una portata applicativa sostanzialmente confinata al diritto comunitario e non estendibile a *tutti* i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto costituzionale nazionale. Ciò comporta che il compromesso tra diritti e mercato può, ormai, collocarsi al di fuori degli equilibri disegnati nelle Costituzioni e la giurisprudenza della CGE può imporre agli Stati l'osservanza di una gerarchia tra obiettivi e valori propri dell'ordinamento sovranazionale (la libertà economica come reale *Grundnorm* del sistema tracciato nei Trattati) anche se estranea a quella costituzionale nazionale. Al di là degli effetti concreti, la conseguenza più dura di *Viking* e *Laval* consiste proprio in questa capacità di penetrazione nel corpo delle Costituzioni ed infatti la CGE è entrata direttamente ed immediatamente nella materia oggetto di causa (il conflitto industriale e la contrattazione) senza tentare *efficacemente* la ricerca di un più puntuale equilibrio fra le disposizioni costituzionali nazionali e il diritto europeo. Si è autorevolmente sostenuto che il valore giuridico della *Carta* e il rinvio alla CEDU modificherà la tecnica di bilanciamento utilizzata dalla CGE in virtù del "peso ponderale specifico" dei diritti ivi sanciti²¹. Ma i diritti sanciti dalla *Carta* costituiscono (ancora) un diritto primario dell'Unione parificato alle disposizioni dei Trattati per cui senza la consacrazione di una scala di valori all'interno dell'ordinamento europeo *alcuni* diritti (tra cui quelli sindacali) rischiano di rimanere schiacciati *per sistema* tra una dimensione fondamentale e la funzionalizzazione alla "teologia economica" dell'Unione, in quanto il loro peso ponderale è, di fatto, annullato dalla equivalenza gerarchica con le libertà economiche fino al punto da inficiare il progetto del *multilevel constitutionalism*²². Il parametro di misurazione del peso specifico dei diritti resta, cioè, sostanzialmente non costituzionale e, in quanto tale, suscettibile di bilanciamenti "infinitamente manipolabili" proprio perché privi di una mediazione costituzionale assiologicamente orientata²³. Inoltre la ritrosia dell'Unione ad aderire alla *Convenzione* dimostra, allo stato, quanto i diritti

²¹ CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 81/2010, p. 18.

²² PATRUNO, *La "teologia economica" dell'Europa e il "banco da macellaio" (Schlachtbank) della Storia*, in www.costituzionalismo.it, 2011; CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 217 ss.

²³ AZZARITI, *Le garanzie del lavoro*, cit., p. 14.

fondamentali siano, in verità, ancora lontani dal collocarsi in prossimità del baricentro complessivo del sistema ordinamentale. In questo contesto, in difetto di significativi segnali di irrobustimento del capitolo sociale dell'UE, sembra difficile prospettare un superamento reale dell'asimmetria tra regole di mercato e diritti sociali che, per quanto agevolata dall'assetto istituzionale post-Lisbona, non può essere risolta dal *judicial dialogue*. Al contrario occorre un mutamento delle priorità "politiche" presenti nei Trattati e, forse, dei rapporti fra ordinamenti nazionali ed ordinamento europeo circa la ridefinizione dei fini stessi dell'integrazione europea.

2. (Segue) *I principi e i diritti secondo la Corte di giustizia. Un altro caso di tutela attenuata dei diritti collettivi dei lavoratori*

Una recente occasione di riflessione circa l'approccio della CGE ai diritti fondamentali dei lavoratori è offerto dalla sentenza *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT* avente ad oggetto il diritto fondamentale dei lavoratori all'informazione e alla consultazione²⁴. Probabilmente, come è stato notato, quest'ultima pronuncia è destinata a spingersi per la sua portata teorica ben oltre l'interpretazione dell'art. 27 della Carta di Nizza tracciando un orizzonte interpretativo in grado di interessare l'intero Titolo IV che, sotto il Titolo della *Solidarietà*, contiene gran parte dei diritti fondamentali di matrice lavoristica²⁵. E ciò non solo perché conferma quell'orientamento interpretativo "riduttivo" dei diritti sociali collettivi ma anche perché la lettura della CGE ripropone problematicamente il tema dell'esclusione dell'effetto diretto della *Carta* (frutto di quel compromesso politico iniziale necessario alla sua approvazione) a fronte del consolidato effetto diretto delle disposizioni che tutelano le libertà economiche. La Corte – dopo aver evitato di chiarire da ultimo in *Dominguez*²⁶ se le disposizioni

²⁴ C. Giust. 15 gennaio 2014, C-176/12.

²⁵ DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali. Considerazioni a partire dal caso Association de médiation sociale*, WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 130/2014, p. 2.

²⁶ C. Giust. 24 gennaio 2012, C-282/10 in *Racc. CG, I*, 2012. Invero già nella sentenza *Kücükdeveci* l'Avvocato generale francese Yves Bot al punto 90 delle conclusioni presentate il 7 luglio 2009 aveva richiesto alla Corte di cogliere l'occasione per precisare una risposta chiara in merito alla possibilità *strutturale* di applicare in orizzontale le disposizioni primarie e secondarie del diritto europeo.

della *Carta dei diritti sociali fondamentali* possano avere effetti diretti orizzontali tra privati – in quest’occasione sembra rispondere positivamente salvo aggiungere che, però, ciò non vale per l’art. 27²⁷.

L’Avvocato generale Cruz Villalón ha fortemente sostenuto, nelle sue conclusioni, una sorta di effetto orizzontale “mediato” della *Carta* qualificando l’art. 27 come un principio ai sensi dell’art. 52.5 e giungendo, per tal via, ad invocarne anche orizzontalmente il contenuto, insieme a quello della direttiva che lo “concretizza in modo essenziale ed immediato”²⁸. Per arginare le potenziali ricadute di una simile interpretazione sul principio di certezza del diritto profilate dalla Germania, l’Avvocato generale proponeva una sorta di adattamento della nota giurisprudenza *Francovich*²⁹.

Nella sua decisione la Corte, pur ammettendo che in taluni casi la *Carta* può avere effetti diretti orizzontali – come avvenuto per il principio di non discriminazione (in base all’età)³⁰ – non ha ritenuto di estendere tale possibilità nel caso dell’art. 27 poiché esso non sarebbe “precisato” nemmeno in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14³¹. La ricostruzione dell’Avvocato generale poteva certamente risultare problematica se oggetto della controversia fossero stati quei diritti (e principi) riconosciuti dalla *Carta* ma privi di fonti secondarie di attuazione e concretizzazione o per carenza di competenza dell’Unione (il diritto di sciopero) o perché il legislatore europeo ha deciso, sinora, di astenersi da ogni intervento (ad esempio i licenziamenti individuali). Ma difficilmente può dirsi che i diritti di informazione e consultazione siano privi di disposizioni di “attuazione e concretizzazione”, presenti evidentemente nelle numerose direttive in materia e, in particolare,

²⁷ Nel caso di specie, non sembravano sussistere dubbi sostanziali circa l’applicabilità della *Carta* poiché l’art. L. 1111-3 del *Code du travail* francese, oggetto della controversia, era stato adottato proprio al fine di dare attuazione alla direttiva 2002/14/CE e perciò rientrante nell’ambito di applicazione dell’art. 51.1 come affermato, di recente da C. Giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Frasson*.

²⁸ Cfr. paragrafi 3 e 77-80 delle Conclusioni.

²⁹ Cfr. paragrafi 78 e 79 delle Conclusioni.

³⁰ Il riferimento è alla nota sentenza *Kücükdeveci* del 19 gennaio 2010, C-555/07.

³¹ Cfr. punto 46 della sentenza ove si legge che “il divieto previsto dall’art. 3.1 della direttiva (...) non può essere desunto quale norma direttamente applicabile né dal tenore letterale dell’art. 27 né dai chiarimenti relativi a tale articolo”. Come è noto secondo costante giurisprudenza le direttive non possono avere effetti diretti orizzontali; *ex multis* C. Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* e C. Giust. 18 gennaio 2007, C-385/05, *Confédération général du travail*.

nella direttiva 2002/14. In questo caso, anche a voler considerare le *Spiegazioni* della *Carta* come limite interpretativo, non si comprende la ragione per cui l'art. 27 non sia stato considerato alla stregua di un diritto assistito dai criteri di precisione definitoria grazie alla relativa direttiva, disattendendo così quella che è stata descritta come la naturale tendenza dei *Bill of rights* ad imporre la loro cogenza nei rapporti interpretati³². Tale “discutibile” orientamento non aiuta certo a colmare le lacune che anche nell'ultimo *fitness check* della Commissione sono emerse con chiarezza rispetto allo “stato di salute” dei diritti sociali di natura sindacale³³. Neppure i diritti partecipativi (deboli), dunque, sembrano ricevere un adeguato sostegno giurisprudenziale nell'ordinamento europeo né gli strumenti partecipativi – riassunti nella polivalente categoria dell'*involvement* – sembrano, allo stato, in grado di restituire al diritto sindacale la sua funzione di garanzia della coesione sociale. Gli stessi Comitati aziendali europei (CAE), pur riuscendo a sviluppare inattese prerogative negoziali – (in questo caso) anche grazie al sostegno della CGE³⁴ e al *favor* della Commissione verso la negoziazione transnazionale a livello d'impresa – si presentano ancora come organismi sospesi tra funzioni di rappresentanza transnazionale ed interessi (e problematiche) nazionali e locali, indeboliti dal “silenzio” normativo circa la loro funzione negoziale. La problematica emersa circa la distinzione tra principi giustiziabili solo per vie indirette e diritti *enforceable in the Court* è destinata a riproporre la gravosa dicotomia tra diritti di libertà immediatamente cogenti anche nei rapporti interpretati (*Viking* e *Laval*) e diritti e principi sociali *strutturalmente* ipotecati dalla propria stessa formulazione programmatica.

³² TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, 2013, p. 59; CARUSO, *I diritti sociali fondamentali*, cit., p. 14.

³³ Cfr. *Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights 2013*, [COM] 2014 224. BRONZINI, *La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in www.europeanrights.it, 2014.

³⁴ C. Giust., 29 marzo 2001, C-62/99, *Bofrost*; 13 gennaio 2004, C-440/00, *Kühne & Nagel*; 15 luglio 2004, C-349/01, *Anker GmbH*.

3. *Il linguaggio performativo della Corte di giustizia e le trasformazioni dei sistemi di relazioni industriali*

La giurisprudenza della CGE, con il suo effetto *spillover*, ha dimostrato di poter condizionare non solo la *definizione* e il linguaggio dei diritti ma anche la materiale configurazione dei sistemi di relazioni industriali³⁵.

Sinteticamente si ricorda che, a seguito della giurisprudenza che ha sancito l'illegittimità delle clausole sociali perché restrittive delle regole sulla concorrenza³⁶, i *länder* tedeschi hanno rivisto (o stanno rivedendo) le normative in tema di appalti pubblici in relazione, appunto, alle clausole sociali che impongono il rispetto della salvaguardia dei livelli occupazionali e dei contratti territoriali privi di efficacia generale, vincolando le imprese straniere aggiudicatrici al solo rispetto del minimo retributivo legale o previsto nei contratti con efficacia *erga omnes*³⁷.

In Svezia, l'*Arbetsdomstolen* chiamato a definire nel merito le conseguenze interne della sentenza *Laval* ha condannato i sindacati nazionali di categoria al pagamento di una ingente multa per “danno da sciopero” contrario al diritto dell'UE, pur in mancanza di una disposizione giuridica in materia di responsabilità risarcitoria del sindacato per violazione dei Trattati³⁸. La sentenza del Tribunale svedese, pur considerata un mero “incidente di percorso” o un “abuso del diritto europeo”³⁹, rappresenta il *leading case* della

³⁵ L'effetto *spillover* di questa giurisprudenza è stato descritto accuratamente nel corso della Conferenza *Reconciling fundamental social rights and economic freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, organizzata a Bruxelles dalla Confederazione europea dei sindacati nel gennaio 2011.

³⁶ Cfr. per il primo caso C. Giust. 9 dicembre 2004, C-460/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana* e C. Giust. 14 luglio 2005, C-386/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*; per il secondo caso C. Giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica Federale di Germania*.

³⁷ COSTANTI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 196/2014, p. 56; BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, 2009, p. 13; PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in RGL, 2006, II, p. 44.

³⁸ Cfr. *Arbetsdomstolen*, sentenza n. 89 del dicembre 2009. Sulla sentenza di condanna del sindacato svedese si vedano i contributi raccolti in DLRI, 2011, 3. Sulle conseguenze nell'ordinamento svedese delle decisioni della Corte di giustizia si veda il SWEDISH GOVERNEMENT OFFICIAL REPORT, *Actions in response to the Laval judgement*, Stoccolma, 2008. In dottrina LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in DLRI, 2011, p. 419 ss.

³⁹ SCIARRA, *Il diritto di sciopero nel dialogo tra Corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in DLRI, 2011, p. 363.

responsabilità risarcitoria sindacale in un sistema, come quello svedese, caratterizzato da una forte autonomia collettiva e da un sistema volontaristico di contrattazione collettiva⁴⁰. La capacità di sconfinamento della giurisprudenza della CGE nella sfera statale è testimoniata, infine, dalla riforma legislativa svedese (la cd. “*Lex Laval*”) del 2010 che ha introdotto vistose limitazioni all’azione collettiva; tanto vistose da indurre, in seguito, il Parlamento svedese a proporre una revisione della legge per proteggere il modello svedese di regolazione del lavoro in una prospettiva internazionale⁴¹. In Norvegia i Tribunali e l’Autorità di sorveglianza dell’EFTA hanno sostenuto l’estensione della legislazione norvegese che consente l’applicazione ai fornitori di servizi delle condizioni contrattuali collettive migliorative dello standard minimo legale ma la pressione derivante dall’adesione allo Spazio Economico Europeo (e il conseguente assoggettamento alla giurisdizione della Corte EFTA) riduce notevolmente i margini di utilizzo del concetto di “ordine pubblico” per giustificare trattamenti superiori ai minimi⁴². La rilevanza del tema della responsabilità per danni del sindacato coinvolto in scioperi confliggenti con le libertà economiche è emersa anche nell’ordinamento britannico, in particolare nel caso di alcune iniziative di sciopero inibite dai giudici non perché integrassero una violazione del diritto interno ma perché, in forza dei “principi *Viking*”, avrebbero violato l’art. 43 TCE (ora art. 49 TFUE)⁴³. E la *Viking rule* ha trovato eco anche in occasione del dibattito sulla revisione della direttiva sul distacco⁴⁴. In questo scenario i pro-

⁴⁰ SACCÀ, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L’ordinamento svedese tra responsabilità del danno “da sciopero” e innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 86/2010, p. 23; RONNMAR, *Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms*, in *ILJ*, 2010, p. 39.

⁴¹ *Approving the Labour Committee Report (Arbetsmarknadsutskottetsbetänkande)* 2010/11:AU10 e i Protocolli 2010/11:16 e 2010/11:117, 16 giugno 2011.

⁴² Cfr. Corte EFTA 23 gennaio 2012, E-2/11, *STX Norway Offshore*.

⁴³ Cfr. la vicenda del sindacato dei piloti civili *Balpa* bloccato dalle azioni legali da parte della *British Airways* sulla quale il Comitato sulla libertà di associazione dell’OIL ha chiarito che l’effetto *Viking*, come risultava dalla decisione contro il sindacato inglese, mette la Gran Bretagna in contrasto palese con la Convenzione 87 tanto più se si considera che, nell’ordinamento inglese, i datori di lavoro dispongono già di efficaci strumenti processuali per inibire l’azione sindacale. In dottrina EWING, HENDY, *The dramatic changes of Demir and Baykara*, in *ILJ*, 2010, 39, 1, p. 44 ss.; BJÖRGVINSSON, *The European Convention on Human Rights and Trade Union Rights*, in BORELLI, GUAZZAROTTI, LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012, p. 27.

⁴⁴ A tal proposito è utile ricordare le proteste dei lavoratori inglesi contro i lavoratori ita-

cessi di adeguamento al diritto europeo rischiano di convergere verso una concezione *minimale* dei diritti sindacali, come problematicamente evidenziato sia dall'OIL sia dal Comitato europeo istituito per vigilare sulla compatibilità delle legislazioni e prassi nazionali con la *Carta* (*infra* § 4).

Le conseguenze empiriche dei principi giurisprudenziali della CGE hanno spinto la Confederazione europea dei sindacati (CES) e le istituzioni europee a prospettare l'ipotesi di un'azione legislativa che possa chiarire la relazione tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. La CES ha proposto l'adozione del *Social Progress Protocol* con lo stesso valore giuridico dei Trattati per proteggere i diritti sindacali dalle regole della concorrenza e del mercato unico. La Commissione, in occasione dell'adozione dell'*Atto per il mercato unico*⁴⁵, ha escluso qualsiasi rivisitazione delle fonti primarie e derivate nella convinzione che le riforme introdotte con il Trattato di Lisbona (in particolare con gli articoli 3.3 e 6.1 TUE) sono tali da configurare già un più equilibrato rapporto tra integrazione di mercato e regimi di tutela dei diritti sociali. Tuttavia, la proposta del Regolamento Monti II – adottata dalla Commissione unitamente alla proposta di revisione della dir. 96/71 il 21 marzo 2012⁴⁶ e ritirata il 12 settembre 2012 dopo l'attivazione della *yellow card procedure*⁴⁷ – avrebbe dovuto positivizzare i principi giurisprudenziali della CGE sancendo la piena equiparazione tra diritti sindacali e libertà economiche⁴⁸. Il Regolamento, cioè, in quanto norma precettiva di diretta efficacia negli ordinamenti nazionali avrebbe compiutamente subordinato l'azione sindacale alla logica dell'integrazione di mercato, sancendo che la

liani della IREM distaccati presso la raffineria *Total* di Lindsey. Sul punto CILENTO, LAURIA, *Il caso Irem ed il conflitto tra diritti nell'Unione europea per la tutela del lavoro transnazionale*, in APC, 2009, 3; SHARPE, *The asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a "social market economy"*, Frei Universität, Berlin, w.p. 6/2009.

⁴⁵ Cfr. Rapporto Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010; Comunicazione della Commissione COM [2011] 206, 13 aprile 2011, *Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*.

⁴⁶ Cfr. COM [2012] 130 e COM [2012] 131 entrambe del 21 marzo 2012.

⁴⁷ Cfr. la lettera del commissario Andor al Presidente del Parlamento europeo Schultz del 12 settembre 2012, prot. 1059651.

⁴⁸ COM [2012] 130, *Explanatory Memorandum*, pp. 3-4, *Considerando* 1-4 e art. 2 della proposta di Regolamento per cui: "*The exercise of the fundamental right to take collective action, including the right or freedom to strike, shall respect the freedom of establishment and the freedom to provide services enshrined in the Treaty, and conversely, the exercise of these economic freedoms shall respect fundamental rights*". In dottrina ORLANDINI, *La proposta di Regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, in BORELLI, GUAZZAROTTI, LORENZON, *I diritti dei lavoratori*, cit., p. 157 ss.

prima costituisce un “ostacolo” alla piena realizzazione della seconda. In tale prospettiva i diritti collettivi sarebbero “infinitamente manipolati alla luce di imperscrutabili opzioni valutative effettuate volta per volta con la conseguenza di relativizzare e magari svuotare i diritti fondamentali”⁴⁹.

Il ritiro del Regolamento Monti II non muta il quadro di principi che ad esso ha fatto da sfondo. Invero, rilette oggi, nel mezzo di una crisi globale che è anche crisi dell’azione sindacale, le sentenze della CGE appaiono tutt’altro che una parentesi cupa nel panorama della giurisprudenza, collocabile in una precisa fase storico-politica dell’integrazione europea. Al contrario le loro conseguenze potrebbero comportare sbocchi anche più “severi” innanzitutto sul piano delle cause di giustificazione del conflitto permanendo la discutibile connessione con gli obiettivi e le libertà di natura economica su cui si fonda l’aspettativa di tutela da parte della CGE. In secondo luogo – nel valutare l’eventualità di ricorrere all’autotutela in una fase di gravissima recessione economica come quella in corso – le organizzazioni sindacali finirebbero per muoversi in un clima fortemente influenzato dai mercati e dal potere unilaterale dell’imprenditore proteso a demonizzare ogni forma di resistenza sociale in ragione di un “ordine per la competitività” considerato necessario per gli investimenti e l’occupazione locale, come insegna il complesso *affaire* Fiat⁵⁰. Inoltre, se il test di proporzionalità è affidato ai giudici nazionali, l’influenza di un ciclo economico recessivo rischia di alimentare orientamenti restrittivi anche a costo di sacrificare i diritti sindacali e una parte consistente delle storiche conquiste sociali dei paesi industrializzati moderni⁵¹. Infine il “controllo penetrante ed inedito sulle strategie della lotta sindacale” esercitato dalla CGE è destinato a protrarsi oltre le controversie che ne sono state oggetto⁵² almeno fino a quando resta irrisolta la *vexata quaestio* della (mancata) costruzione di un *welfare* europeo. L’assenza di un quadro giuridico che assicuri quanto meno trattamenti economico-normativi minimi ed omogenei per tutti gli Stati, limitando così a monte i feno-

⁴⁹ PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Region Pratica*, 28, 2007, p. 225; analogamente ORLANDINI, *La proposta di Regolamento Monti*, cit. p. 170.

⁵⁰ ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo la “guerra dei tre anni”*: verso una nuova legge sindacale?, in questa rivista, 2013, p. 581 ss.

⁵¹ DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti dopo Laval*, in *LD*, 2011, p. 467.

⁵² GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio fra i diritti sociali e mercato*, in ANDREONI, VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009, p. 123.

meni di *social dumping*, non impedirà che – proprio come accaduto nei noti casi giudiziari – le imprese siano indotte a comportamenti strumentali tramite delocalizzazioni e *law shopping*, a cui presumibilmente occorrerà cercare di opporre una “resistenza” fondata (ancora) sugli strumenti tipici dell’AUTOTUTELA sindacale⁵³.

4. *I diritti sindacali nella prospettiva dei diritti umani: l’interpretazione integrata della Corte europea dei diritti dell’Uomo e degli organi di controllo OIL*

La Corte europea dei diritti dell’Uomo (d’ora in avanti Corte EDU) ha seguito un diverso *justice-oriented approach*. Pur muovendosi da una tradizione che guarda in via preferenziale ai diritti civili e politici, la Corte EDU si è mostrata gradualmente incline ad attrarre nel proprio ambito giurisdizionale anche i diritti sociali e, nella fattispecie, i diritti di natura sindacale incanalandoli nella prospettiva dei diritti umani⁵⁴. Le finalità di interesse generale dell’UE non si riflettono direttamente sul sistema convenzionale-internazionale di protezione dei diritti, pertanto le esigenze di integrazione del mercato non investono l’identità genetica della Corte EDU i cui percorsi logico-argomentativi sono fortemente ancorati al principio generale della indivisibilità dei diritti umani⁵⁵. Ciò ha consentito alla Corte EDU – che a differenza della CGE “*takes Convention rights and not economic freedom as the starting point*” – di giungere gradualmente a considerare i diritti del lavoro e i diritti sindacali come *inherent human rights* tanto che, in un’ondata di entusiasmo, non è mancato chi ha visto in essa una “nuova Corte europea dei diritti sociali”⁵⁶.

⁵³ GIUBBONI, *I diritti sociali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Rivista delle politiche sociali*, 2011, p. 448 ss.

⁵⁴ MERINO, *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour EDH*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2007, specie p. 481 ss.; ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *RTDP*, 2006, p. 297.

⁵⁵ BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, p. 975; SYRPIS, *Reconciling Economic Freedoms and Social rights. the potential of Commission v. Germany*, in *ILJ*, 40, 2011, p. 227.

⁵⁶ MARGUÉNAUD, MOULY, *L’avènement d’une Cour européenne des droits sociaux*, in *Recueil Dalloz*, 2009, II, p. 742; BRUUN, LÖRCHER, *Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro*, in *RGL*, 2002, specie p. 400.

Pur muovendo da una concezione individualistica del diritto di associazione (ben lungi, ad esempio, dal tenore dell'art. 39, co. 1 Cost.) la Corte EDU ha utilizzato l'art. 11 della *Convenzione* come base giuridica per la protezione internazionale dei diritti di negoziazione e di azione collettiva⁵⁷. Invero, dopo una prima fase orientata ad escludere la libertà sindacale dal novero della *Convenzione* e a rifiutare un ruolo diretto in materia di diritti sociali proprio a causa della tutela loro assicurata dalla *Carta sociale europea*⁵⁸, la Corte EDU ha esercitato un pregnante potere di valutazione degli standard di tutela nazionali previsti per lo sciopero e la contrattazione, ora considerati alla stregua di elementi costitutivi delle "società democratiche"⁵⁹.

Nelle sentenze *Unison c. Royaume Uni* e *Fédération des syndicats de travailleurs offshore c. Norvège*⁶⁰, la Corte EDU ha assoggettato i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero ai soli limiti di cui all'art. 11.2 della *Convenzione*, ossia a quelle misure necessarie in una società democratica a garantire «la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine, la protezione della salute, della morale, dei diritti e delle libertà altrui». Ancor prima di attrarre la contrattazione collettiva e lo sciopero sotto l'ombrello protettivo dell'art. 11, il principio dell'*effettivo* godimento dei diritti sindacali era stato sancito nelle sentenze *Wilson c. Royaume-Uni* e *Sørensen and Rasmussen c. Denmark*⁶¹. Nella sentenza *Enerji Yayı c. Turkey*⁶² oltre al nesso tra diritto di sciopero e libertà sindacale, si afferma che gli standard "progressivamente più elevati" di protezione dei diritti fondamentali devono essere considerati "con fermezza" nel valutare le violazioni dei valori fondanti delle società democratiche e, pertanto, le limitazioni dei

⁵⁷ NOVITZ, *Protection of Workers under Regional Human Rights System: an Assessment of Enduring and Divergent Practices*, in ID. *Human Rights at work*, Hart, Oxford and Portland, 2010, p. 409. Per un'analisi della portata giuridica dell'art. 11 RIDOLA, *Commento art. 11 CEDU*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2001, p. 350.

⁵⁸ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo 27 ottobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*; 6 febbraio 1976, *Schmidt et Dahlstrom c. Sweden*. A partire dalla sentenza resa sul caso *Airey c. Irlanda* del 9 ottobre 1979 questo iniziale orientamento è stato messo in discussione e con la sentenza *Zahnalova e Zehnal c. Repubblica Ceca* è stata anticipata quella linea interpretativa di sostanziale apertura verso la tutela dei diritti sociali e sindacali.

⁵⁹ GUAZZAROTTI, *Art. 11*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla CEDU*, Cedam, 2012, p. 447; NICOLAS, *La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale*, in RDT, 2009, p. 288.

⁶⁰ Rispettivamente C. Eur. Dir. Uomo 10 gennaio 2002 e 27 giugno 2002.

⁶¹ Rispettivamente C. Eur. Dir. Uomo 2 luglio 2002 e 11 gennaio 2006.

⁶² C. Eur. Dir. Uomo 21 aprile 2009, *Enerji Yayı c. Turkey*.

diritti devono avvenire “nella misura più restrittiva possibile”⁶³. In *Demir and Baykara c. Turchia*⁶⁴ è stato, poi, affermato il nesso indefettibile tra libertà sindacale e contrattazione collettiva adottando una lettura sinergica delle fonti internazionali ed europee come parametri di interpretazione integrata⁶⁵.

Le diverse prospettive interpretative fanno sì che, se tradizionalmente la Corte EDU ha sviluppato un approccio autonomo evitando di entrare nel merito delle decisioni della CGE, ora le due Corti sembrano giunte ad un punto di svolta che richiede criteri di *mutual cooperation* al fine di evitare casi di aperto conflitto. Tale ipotesi è tutt’altro che peregrina essendo stata evidenziata dagli organi di controllo dell’OIL, dal Comitato europeo per le violazioni della *Carta sociale* e, finanche, dai Presidenti della CGE e della Corte EDU i quali hanno auspicato un’interpretazione della *Carta* conforme al *principium cooperationis* quale regola generale nelle relazioni interordinamentali⁶⁶. La Corte EDU, infatti, nell’ottica del suo originale *integrated approach* attinge anche alla giurisprudenza *soft* degli organi di controllo OIL che, in tal modo, partecipano in chiave evolutiva al sistema di tutela multilivello contribuendo ad orientare i percorsi argomentativi della Corte e la definizione dei diritti sanciti nella *Convenzione*. Proprio la giurisprudenza degli organi di controllo OIL ha più volte sottolineato la pericolosità delle tendenze deregolative in atto nell’UE in materia di diritto del lavoro. Gli organi dell’OIL chiamati a vigilare sul rispetto delle Convenzioni nn. 87, 98 e 94⁶⁷ hanno evidenziato forti criticità circa la compatibilità tra i limiti imposti dalla CGE ai diritti sindacali e gli standard internazionali di tutela sottolineando, “*with serious concern*”, che “*the omnipresent threat of an action for damages that could bankrupt the union,*

⁶³ Cfr. punto 24 della sentenza ove la Corte ricorda che, pur non essendo il diritto di sciopero un diritto assoluto “*ce qu’exige la Convention, c’est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l’article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres*”.

⁶⁴ C. Eur. Dir. Uomo 12 novembre 2008.

⁶⁵ Cfr. punti 66 e 67 della sentenza: “*la Court doit l’interpréter et l’appliquer d’une manière qui en rende les garanties concrete et effectives et non pas théoriques et illusories*”. “*La Court n’a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l’unique cadre de référence dans l’interprétation des droits et des libertés qu’elle contient*”. EWING-HENDY, *The dramatic changes of Demir and Baykara*, cit., p. 48; BÜCKER, DORSEMONT, WARNECK, *The search of a balance: analysis and perspective*, in ID., *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 315.

⁶⁶ GENNUSA, NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *QC*, 2011, 2, p. 469.

⁶⁷ Rispettivamente sulla libertà di associazione, sulla contrattazione collettiva e sulle clausole sociali nei contratti pubblici.

possible now in the light of the Viking and Laval judgements, creates a situation where the rights under Convention cannot be exercised”⁶⁸. Inoltre il Comitato di esperti OIL non ha mancato di affermare che i pur difficili compromessi tra integrazione dei mercati e diritti sociali vanno ricercati invertendo il parametro valutativo (utilizzato dalla CGE) ossia affermando che siano le libertà economiche a doversi “misurare” con l’esigenza dell’irrinunciabile rispetto dei diritti sociali, tanto più in tempi di crisi quando gli standard di tutela dei diritti dei lavoratori rischiano naturalmente di retrocedere⁶⁹. In questo quadro merita di essere ricordata anche la recente decisione del Comitato europeo per i diritti sociali che, chiamato a pronunciarsi sulle modifiche legislative svedesi indotte dalla *Laval rule*, ha ritenuto in linea con gli orientamenti della Commissione OIL sulla libertà di associazione, che la nuova legislazione fosse in contrasto con gli articoli 6.2, 6.4, 19.4 lett. a) e b) della *Carta* in quanto introducono restrizioni eccessive al diritto di sciopero e alla contrattazione⁷⁰. E analoghe osservazioni sono state fatte, a seguito del ricorso presentato dal sindacato *Balpa*, dal Comitato di esperti OIL per quanto riguarda la legislazione inglese⁷¹. Una concezione minimale dei diritti sindacali come quella ricostruita dalla CGE e una legislazione “adattiva” come quella svedese pregiudicherebbero l’attuazione di altri diritti connessi alla dignità umana (di cui i primi costituiscono la base) e violerebbero i principi costituzionali che collegano l’esercizio delle azioni collettive al diritto di libertà e al diritto a tutelare nel miglior modo possibile gli interessi della classe lavoratrice. Gli organismi OIL, dunque, sostengono una interpretazione estensiva del diritto di sciopero scollegandolo dal diritto di contrattazione e garantendolo in tutti i casi in cui il suo esercizio risulti funzionale alla tutela degli interessi dei lavoratori.

⁶⁸ Cfr. *Report of the Committee of experts on the application of Conventions and Recommendations*, ILO, 2010, p. 208. BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La Convenzione 94 dell’ILO alla luce del caso Rüffert*, in *RGL*, 2009, p. 649.

⁶⁹ Cfr. Comunicazione OIL al Parlamento europeo del 14 settembre 2011 in cui si legge: “respect for fundamental principles and rights at work is non-negotiable: not even in times of crisis when questions of fairness abound. This is particularly important in countries having to adopt austerity measures. We cannot use the crisis as an excuse to disregard internationally agreed labour standards”.

⁷⁰ Cfr. la decisione del 20 novembre 2013 relativa al reclamo collettivo n. 85/2012 presentato dalle Confederazioni sindacali svedesi (*Swedish Trade Union Confederation* e *Swedish Confederation of Professional Employees*). Sul punto anche il Rapporto degli atti della 100a Conferenza OIL, *Application of International Labour Standards 2011*, Ginevra 2011, p. 167 ss.

⁷¹ Cfr. *Report of the Committee of experts on the application of Conventions and Recommendations*, ILO, 2011.

Da questo scenario può desumersi che contrasti reali o potenziali tra le due Corti possono sorgere non solo se si mettono in relazione le diverse concezioni (ed estensioni) dei diritti nei diversi circuiti giurisdizionali ma anche in ordine alla *ragionevolezza* del bilanciamento tra interessi contrapposti determinata dalle diverse fonti, comunitarie ed internazionali. La rassegna dei *cases* delle due Corti inerenti i diritti sindacali consente di affermare che, pur interpretando il medesimo diritto, la Corte EDU sceglie di attribuirgli un significato (più) funzionale alle finalità della *Convenzione* mentre la CGE tende ad affermarne una portata funzionale agli obiettivi comunitari tra cui, senz'altro, quelli di natura economica. Tra gli strumenti utili ad arginare il rischio di conflitto tra le alte giurisdizioni vi sono gli articoli 52.3 e 53 della *Carta* a presidio del principio di equivalenza della tutela dei diritti rispetto alla *Convenzione* (salva una protezione più estesa) e del principio della salvaguardia del “livello di protezione” dei diritti e delle libertà riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto europeo e internazionale. Tuttavia, il pericolo di conflitti non è scongiurato *tout court* attraverso il nesso giuridico tra la *Carta* e la *Convenzione* poiché se è probabile che la CGE si avvicini ai diritti della *Convenzione* assumendone il significato “vivente” nella giurisprudenza di Strasburgo, quest'ultima non può negare rilievo ai principi fondamentali del diritto europeo, ivi compresi quelli economici, di cui è garante la Corte di Lussemburgo. Ad esempio, in mancanza di un coordinamento sistemico tra le disposizioni della *Carta* e le altre disposizioni dei Trattati si può ritenere che, tra le “libertà altrui” per la cui protezione la Corte EDU ammette la limitazione del diritto di sciopero, possano rientrare in linea teorico-interpretativa le libertà economiche (fondamentali) sancite nei Trattati europei? In altre parole, l’“interpretazione evolutiva e dinamica del diritto internazionale” potrebbe condurre, per eterogenesi dei fini, a riconoscere la tutela delle libertà economiche come “fine legittimo” e necessario in una “società democratica” (anche) ai sensi dell'art. 11.2 CEDU⁷²? Ed invero la Corte di Strasburgo, grazie al *distinguishing* di cui sovente si avvale, ha la possibilità di imboccare numerose “vie di fuga”⁷³. A tal proposito va sottolineato che in nessuno dei casi decisi (in fa-

⁷² SCHLACHTER, *Reconciliation between fundamental social rights and economic freedoms*, in *www.ec.europa.eu*, 2011, p. 6; BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero*, cit., p. 978.

⁷³ GUAZZAROTTI, *La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta sociale europea e OIL*, in BORRELLI, GUAZZAROTTI, LORENZON, *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee*, cit., p. 128; GREER, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, p. 193.

vore dei diritti sindacali) essa ha avuto modo di affrontare questioni transnazionali o attinenti al diritto europeo e, anzi, quando si è trovata a bilanciare i diritti sindacali con il diritto della concorrenza la pronuncia resa è stata di gran lunga diversa da quelle relative ai casi prima indicati. Nel caso *Swedish Transport Workers' Union c. Svezia*⁷⁴, in cui l'Antitrust svedese aveva invalidato la clausola di un contratto collettivo finalizzata ad impedire il *dumping* sociale, la Corte EDU si è limitata a dichiarare che il ricorso dei sindacati era *inammissibile* con riguardo all'art. 11. Infine occorre considerare che l'attrazione dei diritti sindacali nell'alveo dell'art. 11 della *Convenzione* non consente una giurisprudenza diversa da quella attinente alla libertà sindacale negativa (con le eccezioni poste dal secondo comma della disposizione). La "limitata" portata applicativa dell'art. 11 non è sufficiente, di per sé, a realizzare uno schermo protettivo adeguato rispetto agli effetti della giurisprudenza della CGE dove è in questione, al contrario, il limite della libertà positiva dei sindacati e dove sono le libertà economiche ad essere tutelate nella loro accezione negativa da restrizioni incompatibili con gli articoli 49 e 56 TFUE.

Tuttavia che la *Convenzione* possa costituire, dopo Lisbona, un elemento di "disturbo" nel rapporto dialogico tra le Corti sembra confermato, in controluce, dalle "riflessioni" della CGE sull'opportunità di ricercare "limiti operativi al controlimite della *Convenzione*"⁷⁵. L'interpretazione evolutiva della *Convenzione* svolta dalla Corte EDU ed integrata dalla prassi degli or-

⁷⁴ C. Eur. Dir. Uomo 30 novembre 2004. La controversia verteva su una clausola contrattuale stipulata tra il sindacato svedese dei trasportatori e l'associazione degli editori di giornali e considerata in contrasto con la normativa interna sulla concorrenza. Il giudice del lavoro ne aveva dichiarato la legittimità in quanto clausola sociale finalizzata a vietare agli editori di ingaggiare trasportatori autonomi esterni al sindacato. All'annullamento da parte dell'Antitrust aveva fatto seguito l'impugnazione da parte del sindacato dinanzi alla Corte di Strasburgo. Nel corso del giudizio la Svezia aveva sostenuto che l'Antitrust aveva solo applicato la legge svedese sulla concorrenza considerata fondamentale per l'economia nazionale nonché prerequisite imprescindibile per l'entrata della stessa Svezia nell'UE.

⁷⁵ Cfr. il "*Documento di riflessione della Corte di Giustizia dell'Unione europea su taluni aspetti dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*" del 5 maggio 2010, spec. p. 10: "al fine di preservare il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione occorre evitare che la Corte EDU sia indotta a statuire sulla conformità con la *Convenzione* di un atto dell'Unione senza che la Corte di giustizia abbia potuto previamente pronunciarsi in via definitiva al riguardo". La Corte, peraltro, ha escluso al momento l'assimilazione delle disposizioni della *Convenzione* a quelle comunitarie quanto ad effetto diretto e disapplicazione della norma nazionale in caso di conflitto: cfr. C. Giust. 24 aprile 2012, C-571/10, caso *Kamberaj*.

gani di controllo OIL e dai Comitati della *Carta sociale europea*, infatti, potrebbe fungere da “cavallo di Troia” per far entrare nella “fortezza” Europa nuove prospettive di tutela dei diritti sindacali⁷⁶.

5. *Il ruolo delle Corti costituzionali tra controlimiti e “tenuta” dei sistemi di valori*

Diversamente da quanto accade a livello europeo, nell’ordinamento costituzionale i diritti fondamentali sono soprattutto strutture di *valore*. Nel nostro ordinamento costituzionale è istituito un collegamento organico tra i diritti sociali e i principi fondamentali della prima parte della Costituzione. In tal senso, mentre nell’ordinamento europeo i diritti collettivi sono declinati (con tutti i limiti descritti) nella loro semplice dimensione di tutela delle condizioni di lavoro, nella Costituzione essi sono elevati, sul piano valoriale e programmatico, a fondamenti costitutivi del principio emancipatorio di cui all’art. 3, 2° comma Cost.⁷⁷ mentre l’art. 41 Cost. “non riceve quel carattere di diritto inviolabile che è attribuito alle libertà civili”⁷⁸.

La diversa definizione dei diritti sindacali nell’ordinamento costituzionale ed in quello europeo comporta un indebolimento di quel raccordo sostanziale fra principio di eguaglianza formale e principio di eguaglianza sostanziale essendo essi, nell’ordinamento europeo, più riduttivamente orientati a dare attuazione al principio di uguaglianza inteso nel senso originario di divieto di discriminazione tra soggetti⁷⁹. Invero, pur constatando come la “logica” valoriale possa influenzare concretamente la cultura giuridica, la Corte costituzionale, non solo italiana, è stata tradizionalmente timida nell’instaurare un dialogo diretto con la CGE riservando, per converso, un privilegio interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo in relazione ai diritti tutelati dalla *Convenzione*⁸⁰. Pur rivendicando la prerogativa dei

⁷⁶ GUAZZAROTTI, *La Corte EDU come contrappeso*, cit., p. 135.

⁷⁷ Cfr. *ex multis* C. Cost. sentenza n. 290/1974 in cui si legge il nesso sostanziale tra l’art. 39, 1° comma e l’art. 3 Cost. In generale GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 100/2013, spec. p. 12.

⁷⁸ GALGANO, *Art. 41*, in BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Zanichelli, 1982, p. 26.

⁷⁹ GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale)*, cit., p. 30.

⁸⁰ Cfr. C. Cost. nn. 311 e 317 del 2010. In dottrina BRONZINI, *I diritti dei lavoratori nelle*

controlimiti⁸¹, le Supreme Corti hanno respinto a lungo lo strumento del rinvio pregiudiziale assumendo una “logica compromissoria” nei rapporti tra diritto interno e comunitario⁸². Tuttavia, anche dopo l’accettazione della *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno⁸³, esse non hanno rinunciato al proprio ruolo di «guardiano» della costituzionalità del diritto europeo⁸⁴. Se l’efficacia giuridicamente vincolante della Carta di Nizza vale a superare uno squilibrio *formale* tra libertà economiche e diritti sociali ma non precostituisce alcuna soluzione ai casi di conflitto a causa della sua “indifferenza assiologica”, le prerogative delle Corti costituzionali a garanzia dell’“identità costituzionale” espressamente menzionata nell’art. 4.2 TFUE⁸⁵ (prima ancora che delle “tradizioni costituzionali comuni” formula che esprime già una selezione tra i principi fondamentali di tutti gli Stati membri) possono considerarsi “un controlimite immanente ed inviolabile rispetto a qualunque operazione di integrazione e di bilanciamento esterno” a difesa del contenuto essenziale dei diritti fondamentali e del principio della “tutela più intensa” o “almeno equivalente a quella garantita dalla Costituzione”⁸⁶.

Carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Giustizia, in BORELLI, GUAZZAROTTI, LORENZON, *I diritti dei lavoratori*, cit., pp. 18-19.

⁸¹ Si pensi alla storica sentenza della C. Cost. italiana n. 183/1973 o alle sentenze del *Bundesverfassungsgericht* tedesco *Solange I* del 29 maggio 1974 e *Solange II* del 22 ottobre 1986.

⁸² Cfr. *Conseil constitutionnel* francese 10 giugno 2004 n. 2004-496 e 19 novembre 2004 n. 2004-505. Il *Tribunal constitucional* spagnolo con la dichiarazione n. 1 del 13 dicembre 2004 ha inaugurato un clima di «tolleranza costituzionale» nei rapporti con l’UE mentre l’utilizzo del rinvio è stato prospettato solo nella sentenza n. 199 del 28 settembre 2009 grazie ai *votos particulares* di due giudici costituzionali dissenzienti alla decisione di maggioranza e propensi a chiedere una pronuncia pregiudiziale alla CGE in materia di estradizione. La Corte costituzionale italiana ha operato il primo rinvio pregiudiziale diretto alla Corte di giustizia con le pronunce nn. 102 e 103 del 2008. ONIDA, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il rapporto con le Corti sovranazionali*, in BILANCIA, DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, 2004, p. 109; ALEN, *Le relazioni tra la Corte di giustizia delle Comunità europee e le Corti costituzionali degli Stati membri*, in CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, 2007, p. 200 ss.

⁸³ Cfr. C. Cost. n. 83/1973; n. 232/1975; n. 170/1984.

⁸⁴ Cfr. da ultimo C. Cost. n. 227/2010; n. 80 dell’11 marzo 2011 e n. 113 del 7 aprile 2011. CELOTTO-GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in RIDPC, 2004, 2.

⁸⁵ Cfr. per tutte C. Cost. n. 183/1973; n. 232/1989; n. 509/1995 e *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella sentenza n. 18/1974.

⁸⁶ CARUSO, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell’arte*, in CARUSO, MILITELLO, *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” 1/2011, pp. 18-21; RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti*

La giurisprudenza sui controlimiti, proprio perché presuppone una visione pluralista di ordinamenti interconnessi, continua a trovare una profonda giustificazione nel fatto che la cornice costituzionale multilivello non comporta, necessariamente, né identico significato giuridico né identica tutela dei diritti. Letto in chiave costruttiva, il concetto di controlimite, cioè, non rappresenta più uno scudo difensivo, “un rigido muro di confine tra ordinamenti, bensì la cerniera nei rapporti tra UE e Stati membri”, uno strumento ulteriore di dialogo interordinamentale o un mezzo per “rendere più espliciti a livello comunitario i valori costituzionali nazionali”⁸⁷.

Nella medesima direzione di ricerca della tutela più intensa possibile dei diritti può apparire utile l’esercizio della “riserva di giurisdizione” connessa all’*identity review* o all’*ultra vires review*, anch’essa affidata alla Corte costituzionale⁸⁸. Non sono poche, infatti, le riserve di ordine costituzionale che potrebbero formularsi a fronte dello sconfinamento della *judicial review* in ambiti radicati negli ordinamenti costituzionali nazionali con proprie specifiche connotazioni gerarchico-valoriali e non rientranti nelle competenze europee⁸⁹.

Una rivendicazione del ruolo di custode permanente del “nucleo intangibile” della *Grundgesetz* è arrivata dal Tribunale costituzionale federale tedesco il quale, nel noto *Lisbon-Urteil*⁹⁰, dopo aver ribadito l’esistenza di “controlimiti al primato del diritto europeo”, ha richiamato il proprio ruolo di controllo sulla *Europarechtsfreundlichkeit* (art. 23.1 GG) quale parametro di costituzionalità per la valutazione della propria “responsabilità verso l’integrazione europea”⁹¹. Un certo *self restraint* si è verificato, poi, con il *Mangold-*

europae. Bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili a garanzia dei diritti fondamentali, in www.astrid-online.it, 2011, spec. p. 10.

⁸⁷ STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull’integrazione europea*, Cacucci, 2009, p. 23 ss.; RUGGERI, *Corti costituzionale e Corti europee*, cit., p. 11.

⁸⁸ GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. «Controlimiti» e «protezione equivalente»*, in *PD*, 2006, p. 411.

⁸⁹ CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell’Unione*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010; RAVERAIRA *L’ordinamento dell’Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *RDSS*, 2011, 2, p. 99 ss.

⁹⁰ *BVerfG*, 30 giugno 2009 ma anche la sentenza sul Trattato di Maastricht del 12 ottobre 1993. Per un’analisi dettagliata HASSEMER, *La giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e le Corti europee*, in *NA*, 2006, 1, p. 11.

⁹¹ ANZON DEMMING, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull’integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *GC*, 2009, 1, 6, 54, p. 5213.

*Urteil*⁹² in cui, sempre il *BVerfG*, pur sottolineando la “cooperazione responsabile” tra le Corti, ha affermato che il controllo costituzionale sugli atti *ultra vires* può esercitarsi solo qualora sia “evidente” e “sufficientemente qualificata” la lesione del principio di attribuzione delle competenze, rappresentando le decisioni della CGE interpretazione vincolante del diritto dell’Unione⁹³. In quest’ultima prospettiva, però, se il *BVerfG* ha potuto pronunciarsi positivamente sulla vicenda *Mangold*, c’è da ritenere che non sarebbe stato ugualmente lineare escludere “una lesione qualificata” del principio di ripartizione delle competenze o un considerevole abbassamento del livello di tutela dei diritti se la vicenda avesse avuto ad oggetto *Laval*, *Viking* o *Rüffert*. A tal proposito basti ricordare che lo stesso Tribunale di Karlsruhe in una vicenda analoga a quella affrontata nel caso *Rüffert*, nel bilanciamento tra libertà di impresa, diritti sociali e perseguimento dell’interesse pubblico, giunse ad un esito opposto a quello quasi contemporaneamente sancito dalla CGE⁹⁴. Il caso tedesco ben descrive le potenziali traiettorie di conflitto tra le Corti in relazione all’identità costituzionale. Se si considerano gli *standard* di tutela dei diritti sociali parte integrante del principio democratico, cioè, nessuna lettura svalutativa dei diritti costituzionali dovrebbe essere consentita; e ciò non solo alla luce degli artt. 52 e 53 della stessa *Carta*, ma anche alla luce delle garanzie dei controlimiti, al pari di quanto si prevede per il rispetto delle identità nazionali, politiche e costituzionali, sulla scorta di *Solange II* con la quale, ancora il *BVerfG* più di vent’anni fa, sospendeva il sindacato costituzionale del diritto europeo ma soltanto finché lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello sovranazionale fosse equivalente a quello garantito dal *Grundgesetz*⁹⁵.

⁹² *BVerfG* 6 luglio 2010.

⁹³ RAVERAIRA, *op. cit.*, p. 344; MOELLERS, *Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances*, German Federal Constitutional Court, Decision of 6 July 2010, 2 *BvR* 2661/06, in *EuConst.*, 2011, 7, p. 161.

⁹⁴ *BVerfG* 6 luglio 2006 avente ad oggetto le *Tariffreuerklärungen* tedesche considerate conformi allo spirito costituzionale. Si riporta anche un caso costituzionale sulle *Tariffreuerklärungen*, successivo alla sentenza *Rüffert*, emerso ancora nell’ordinamento giuridico di un *Land* tedesco. Il caso riguardava una normativa di diritto bavarese, del tutto simile a quella del *Niedersachsen* nel caso *Rüffert* che il Tribunale costituzionale bavarese nella sentenza del 20 giugno 2008 ha considerato compatibile con la Costituzione. Nel prendere atto della intervenuta pronuncia *Rüffert* il Tribunale costituzionale affermò espressamente che le norme sulle cd. “dichiarazioni” rimanevano valide e non andavano applicate soltanto laddove fosse applicabile il diritto dell’UE.

⁹⁵ GAMBINO, *Diritti e cittadinanza (sociale)*, cit., p. 33.

Che i Tribunali costituzionali tendano a partecipare agli orizzonti giuridici europei sottolineando la centralità delle Costituzioni nella funzione di garanzia contro la “caduta” di “valori”⁹⁶ di fronte ad un diritto multilivello tanto invasivo quanto, talvolta, recessivo, sembra emergere da quella che è stata definita la “giurisprudenza della crisi”. Il nuovo quadro istituzionale ed economico legato all’adozione del *Fiscal Compact* (e non controbilanciato da propositi di riforma in senso sociale dei Trattati) è destinato a produrre un nuovo e potente impatto svalutativo sull’insieme dei diritti sociali e condizionare le politiche monetarie, economiche e sociali degli Stati, presentandosi, sul versante dei diritti, come una “regressione costituzionale”⁹⁷. E non è un caso che sia ancora il Tribunale costituzionale tedesco a ribadire l’importanza della sovranità parlamentare nelle procedure finanziarie e di bilancio⁹⁸. Se tale monito proviene emblematicamente da uno dei Paesi “forti” dell’UE diversa è la prospettiva della “periferia” d’Europa da cui giunge il primo, “eccentrico” e quasi provocatorio caso in cui l’ipotesi di incisione sul “nucleo duro” dei diritti sociali derivante dalle misure di *austerità* adottate in esecuzione di obblighi europei ha assunto una certa concretezza. Il riferimento è al caso portoghese che, ponendo la questione della compatibilità delle misure adottate nell’ambito della dottrina di *austerità* con lo spirito co-

⁹⁶ AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, 2013; BIN, *Lavoro e Costituzione: le radici comuni di una crisi*, in BALANDI, CAZZETTA (a cura di), *Diritto e lavoro nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, 2009, p. 279 ss.

⁹⁷ GAMBINO, *Crisi finanziaria e diritti fondamentali tra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze sul futuro europeo*, in FONTANA-CARUSO (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, p. 5-30; FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 104/2014; FERRARA, *Regressione costituzionale*, in www.astridonline.it, 2012. In giurisprudenza si veda C. Giust. 21 novembre 2012, C-370/2012, Pringle, che nel “salvare” i due Trattati del 2012 sul Meccanismo europeo di stabilità (MES) ha affermato che le misure adottate nel quadro del *Fiscal Compact* non sono censurabili per violazione della *Carta dei diritti sociali fondamentali* e che la Commissione quando agisce come organo di implementazione delle norme ivi previste non si configura come organo istituzionale dell’UE ma come “organo tecnico”.

⁹⁸ A tal proposito sembra significativa la giurisprudenza costituzionale tedesca che ha riguardato la compatibilità tra le disposizioni riguardanti la partecipazione della Germania al Meccanismo europeo di Stabilità (MES) e la Costituzione interna. Cfr. *BVerfG*, 12 settembre 2012 *MES/Fiscal Pact* che ha sì dichiarato la compatibilità del *Fiscal Compact* con il “principio democratico” ma ne ha puntualizzato rigorosamente i limiti, tutelando i poteri del Parlamento in merito all’effettiva partecipazione ed influenza sulle decisioni prese nell’ambito del MES e, soprattutto, assicurando al *Bundestag* la competenza generale sulle politiche finanziarie e di bilancio dello Stato. Ancor prima *BVerfG* 7 settembre 2011, *Aiuti alla Grecia/EFSE*.

stituzionale interno nonché con il diritto a condizioni di lavoro dignitose (art. 31 della *Carta*) ha visto la CGE e la Corte EDU assestarsi su posizioni diversissime e il Tribunale costituzionale portoghese sfiorare la denuncia della violazione dei controlimiti⁹⁹.

Insomma, pur nella consapevolezza che nessun diritto possa restare fermo nella sua configurazione originaria, il futuro non solo dell'Europa sociale ma dell'intero progetto europeo anche nelle sue espressioni strettamente economiche e monetarie, si regge sulla capacità di un ripensamento strutturale dei rapporti tra politiche economiche e politiche sociali. Un ripensamento che comporti un investimento politico di riforma dei Trattati poiché il *Catalogo Nizza-Strasburgo* nella sua descritta ambivalenza ne comprime, almeno con riferimento ai diritti del lavoro e sindacali, la portata innovativa rispetto ad una nuova possibile dimensione del bilanciamento consentendo alla Corte di Giustizia (e ai giudici nazionali salva la contestazione dei controlimiti) di proseguire sulla scia del fatale *Laval quartet* e del sacrificio dei diritti sociali collettivi¹⁰⁰.

⁹⁹ C. Giust, ordinanza del 7 marzo 2013, C-128/2012, *Sindicato dos Bancarios do Norte*, con cui la Corte ha risposto *Tribunal de trabalho* di Porto a seguito di rinvio pregiudiziale “di non poter giudicare del contrasto delle misure interne di *austerità* con la Carta di Nizza perché non emergono in concreto elementi per ritenere che la legge portoghese che colpiva i salari dei dipendenti pubblici fosse diretta ad attuare il diritto europeo”. Sempre con riferimento ai provvedimenti assunti in Portogallo per risanare il bilancio secondo le indicazioni della *Troika*, la Corte EDU, 8 ottobre 2013, caso *Da Conceicao Mateus c. Portogallo*, ha giudicato legittime le misure di *austerità* ma ha sottolineato che le misure adottate devono essere *ragionevoli* e salvaguardare un *giusto equilibrio* tra l'interesse generale e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. La Corte costituzionale portoghese, con le sentenze n. 353/2012 e n. 187/2013, ha reputato le misure sociali così “severe” da ledere la dignità umana ed ha annullato, sulla base dei valori e dei diritti costituzionali, gli atti legislativi che, in esecuzione delle indicazioni della *Troika*, avevano comportato una sensibile riduzione dei salari pubblici e delle pensioni. In dottrina CISOTTA, GALLO (a cura di), *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità e il rispetto dei vincoli internazionali ed europei*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 2, pp. 465 ss.

¹⁰⁰ SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, p. 23.

Abstract

L'articolo affronta il tema della tutela dei diritti sindacali nel sistema giurisdizionale multilivello. I diritti fondamentali di natura sindacale, ponendosi in immediata tensione con le libertà economiche, subiscono, più di altri, la mancanza di una gerarchia di valori nell'ordinamento costituzionale europeo. Ciò comporta che, in mancanza di una riforma dei Trattati, il bilanciamento effettuato dalla Corte di Giustizia tra diritti sindacali e libertà economiche possa continuare a realizzarsi secondo criteri diversi e, persino, estranei agli equilibri costituzionali nazionali. La Corte europea dei diritti dell'Uomo, grazie ad una interpretazione evolutiva dell'art. 11 CEDU, spesso integrata con gli orientamenti OIL, è giunta a tutelare i diritti sindacali nella prospettiva dei diritti umani. Tuttavia la configurazione giuridica dell'art. 11 non consente di realizzare un adeguato schermo protettivo rispetto agli effetti recessivi della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

This essay focuses on the protection of union rights within the multilevel jurisdictional system. The fundamental workers' rights collide with the economic freedoms and suffer from the lack of hierarchy of values within the European constitutional system. This entails that, in the absence of a reform of the Treaties, the balance between workers' rights and economic freedoms achieved by the Court of Justice follows criteria other than those of the single nations. Thanks to an evolution in the interpretation of the art. 11 ECHR, often integrated with case law of ILO, the European Court of Human Rights went so far as to protect the workers' rights in the frame of the protection of human rights. However, the judicial features of the art. 11 do not enable to realise an adequate protection with the regard to recessive effects of the Court of Justice jurisprudence.

Key words

Sistema giurisdizionale multilivello, tutela dei diritti sindacali, Corte di Giustizia, prospettiva dei diritti umani.

Multilevel jurisdictional system, protection of workers' rights, Court of Justice, human rights perspective.

Giuseppe Meli
Clausole sociali. “*Fair-outsourcing*”
delle pubbliche amministrazioni
e paradigma della proporzionalità (Parte II)* **

Sommario: **1.** Introduzione: il teorema della *social performance*. **2.** (Segue). Lo statuto sociale dell'integrazione europea. **3.** (Segue). Brevi cenni preliminari sul tema e sul metodo. **4.** Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l'ordinamento eurounitario. **5.** Diritto europeo degli appalti e clausole sociali. **6.** Imponibile di manodopera nell'ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un'isola? **7.** Le clausole sociali occupazionali di tipo promozionale. **8.** Riflessioni conclusive.

6. Imponibile di manodopera nell'ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un'isola?

Nell'ordinamento giuridico italiano la profonda impronta assistenzialista del sistema di *welfare* ha alimentato la proliferazione di clausole sociali: a partire dal paradigmatico art. 36 Stat. lav., la funzione regolativa e protettiva dei contratti pubblici è stata implementata da disposizioni legislative speciali, dai contratti collettivi e dai disciplinari delle procedure di aggiudicazione¹.

* Per ragioni editoriali, il presente saggio viene pubblicato in questa rivista in due parti. Nella prima parte (n. 3/2014) sono contenuti i §§ 1-5; nella seconda i §§ 6-8.

** Ove non diversamente specificato, le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e gli atti delle altre Istituzioni europee, le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, le sentenze e i pareri della Corte dei Conti, i pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi Anac), che verranno citati nel testo, potranno essere consultati *on-line*, rispettivamente, in: www.curia.europa.eu; www.giustizia-amministrativa.it; www.corteconti.it; www.anticorruzione.it.

¹ Tra gli altri, nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, v. d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, art. 202, co. 6, che riguarda il passaggio del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani.

Allo stato, al netto dei vincoli europei, il sistema delle esternalizzazioni è (*rectius*, sarebbe) informato a un principio di elevata protezione dei lavoratori coinvolti nelle vicende traslative, in cui il combinato effetto degli artt. 31 d.lgs. 165/2001², 2112 cod. civ., 36 St. lav. e 118, co. 6 d.lgs. 163/06³ si presta astrattamente a garantire *ex se*, in termini generali, sia la continuità dei rapporti di lavoro, sia il rispetto integrale dei contratti collettivi⁴.

L'efficacia liberalizzante e "deregolativa" dei principi europei in materia di circolazione dei servizi e tutela della concorrenza pone, tuttavia, il tema della compatibilità eurounitaria dello statuto protettivo dei lavoratori esternalizzati.

L'incapacità del legislatore nazionale di governare sapientemente il processo di integrazione multilivello impedisce di mettere in comunicazione per via normativa le fonti interne con le fonti sovranazionali, affidando agli altri attori la gestione delle clausole sociali. Sicché, nella prassi i dispositivi di tutela tratteggiati dal diritto positivo risultano virtuali, e vengono sopravanzati da forme spurie di bilanciamento con i valori economici veicolati dalle Istituzioni internazionali. Al contempo una disorganica stratificazione tra norme generali (*in primis*, art. 31, d.lgs. n. 165/01 e 2112 cod. civ.) e norme di settore, in assoluto difetto di coordinamento e d'interazione sistemica, ha accresciuto lo stato di caos in merito ai parametri dell'azione amministrativa (e delle soluzioni giurisprudenziali),

² Sul valore e l'efficacia dell'art. 31 v. FERRETTI, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in *LPA*, 2005, 3-4; GARATTONI, *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di un'impresa privata allo Stato: applicazione di norme di diritto pubblico e riduzione della retribuzione*, in *RIDL*, 2005, 2; DE SIMONE, *La «privatizzazione» dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2001, 2.

³ Senza trascurare l'elevato *standard* di protezione (virtualmente) assicurato ai lavoratori impiegati in un appalto in regime di distacco transnazionale ai sensi del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 72, che ha trasposto nel nostro ordinamento la direttiva 96/71. Per ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in SCIARRA, CARUSO, *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, p. 580, "si tratta di una delle più neglette normative di diritto del lavoro adottate degli ultimi anni". Ciò in quanto, in sostanza, la disciplina ivi contenuta è informata a un principio di parità di trattamento dei lavoratori stranieri distaccati, con estensione generalizzata dell'applicazione dei contratti collettivi, ben oltre i limiti procedurali e sostanziali fissati dalla direttiva 96/71.

⁴ In ordine all'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. alle ipotesi di subentro in un contratto d'appalto, nonostante l'apparente portata impeditiva dell'art. 29, d.lgs. 276/03, v. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2006, 41, pp. 21 ss.

prestando il fianco a pratiche di applicazione selettiva, *à la carte*⁵. Parallelamente, una costante (e inspiegabile) ritrosia dei giudici nei confronti di una rigorosa applicazione dei principi europei in materia di trasferimento d'azienda ha accresciuto la decisività della funzione protettiva delle clausole in commento; che, diversamente, nel sistema sarebbero fisiologicamente destinate ad assumere natura meramente complementare e/o sussidiaria rispetto alle tutele già accordate dalla normativa di trasposizione della direttiva 2001/23⁶.

In concreto, la cogenza delle clausole di assorbimento è stata prevalentemente ridimensionata dalla magistratura amministrativa, che è giunta a definire un punto di equilibrio, socialmente più avanzato rispetto a quello propugnato con prevalenza nella letteratura *post* sentenza 460/2002; ma, al tempo stesso, meno *employee-friendly* rispetto al modello (virtualmente) delineato dalle richiamate disposizioni generali.

Il *leading case* può essere considerato la sentenza del Cons. St. 16 settembre 2009 n. 3848 in materia di servizi di pulizia, ove l'obbligo incondizionato di riassunzione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, previsto dalla *lex specialis*, viene interpretato coerentemente "con il principio della libertà di iniziativa economica [...] con il quadro normativo di riferimento, [...] la disciplina recata dal contratto collettivo di categoria"⁷. Ne consegue una regola "flessibile" secondo cui: "l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizza-

⁵ Al riguardo può accennarsi al problematico rapporto tra il d.lgs. 165/01, art. 31 e la l. 244/07, art. 3, co. 30. Oppure, al rapporto tra l'art. 2112 e le disposizioni dei singoli contratti collettivi che disciplinano il passaggio di personale nel caso di avvicendamento dell'appaltatore. In generale, si pone il tema della compatibilità del principio d'indisponibilità degli effetti (e della fattispecie) del trasferimento d'azienda con le molteplici fattispecie e applicazioni "particolari", che deviano dal modello comunitario.

⁶ Si consideri, emblematicamente, la nota vicenda del personale Ata della scuola, trasferito dagli enti locali allo Stato. Dopo un lungo e tormentato contenzioso, la Corte di Giustizia, con la sentenza 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, è giunta a riconoscere l'applicabilità della direttiva sul trasferimento d'azienda. Sul l'argomento v. CESTER, *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2012, 1; BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata (Cedu, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/2008, 6107/09 e 5087/09, Sez. II Corte di Giustizia Ue, 6 settembre 2011, causa C-108/10, Grande Sezione)*, in *RIDL*, 2011, 4.

⁷ Si tratta del ccnl del 24 ottobre 1997, art. 4, come modificato dal successivo ccnl del 25 maggio 2001.

zione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali⁸. Si tratta, dunque, di trasfigurare il principio di continuità dei rapporti di lavoro in un più blando criterio di priorità.

L'altra faccia del metodo del bilanciamento ("a schema libero") è l'incertezza casistica, governata dall'applicazione selettiva dei principi e delle disposizioni di legge: in altre pronunce, prevale il formalismo, e il Giudice amministrativo, pur ribadendo il suesposto principio di flessibilità, facendo leva sull'obbligo di rispettare le clausole del capitolato (fatta salva la facoltà di impugnazione tempestiva di quelle ritenute illegittime), ha statuito la vincolatività *tout court* dell'obbligo di assorbimento, siccome recepito dalla *lex specialis* di gara rimasta incontestata⁹.

Le motivazioni delle sentenze che si occupano del tema rivelano la percezione del problema del contemperamento degli interessi contrapposti in gioco; ma, a ben vedere, sono poco rigorose nelle operazioni di bilanciamento in concreto e risultano "appiattite" sulla dimensione statica della libertà di iniziativa economica. Ciò che manca è una visione olistica, che si traduca in un'analisi approfondita dell'interazione tra valori sociali e libertà economiche nell'ordinamento multilivello; piuttosto, si registra un gioco di rinvii, che si risolve in una mera ripetizione dell'*obiter dictum* della sentenza 3848/09¹⁰, con la tendenza a rifugiarsi risolutivamente nella dimensione soggettiva dell'art. 41 Cost.

In linea con l'orientamento prevalente dei Giudici amministrativi, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp)¹¹, nell'ambito della propria attività consultiva, appare condividere

⁸ Conf., *ex pluribus*, Cons. St., sez.V, 16 giugno 2009 n. 3900; da ultimo Tar Pescara, 2 gennaio 2015 n. 6. Tale soluzione, peraltro, sembra ricalcare le conclusioni generali dall'AG Lèger nel caso *Commissione c. Italia* (v., in particolare, par. 29).

⁹ Tar Milano 14 gennaio 2014 n. 116; Cons. St. 2 dicembre 2013 n. 5725. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 6 agosto 2013 n. 19, si è occupata del tema senza tuttavia entrare nel merito della legittimità delle clausole, e limitandosi indirettamente a confermare che può trattarsi di una condizione di esecuzione dell'appalto da indicarsi in tempo utile affinché i potenziali concorrenti possano valutare la convenienza dell'offerta.

¹⁰ Così Tar Napoli 22 novembre 2013 n. 5340.

¹¹ Per effetto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, art. 19, co. 2, convertito, con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014 n. 114 i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti

la regola flessibile dell’armonizzazione delle clausole – che definisce “*di c.d. imponibile di manodopera*” – con l’organizzazione delle imprese aggiudicatarie di appalti pubblici¹². Anche in questo ambito prevale il conformismo euristico, con la ripetizione di formule precostituite, mutate dalla giurisprudenza¹³.

Dal punto di vista pratico, in questi percorsi interpretativi, in sostanza, l’effetto di assorbimento del personale viene sottoposto a una condizione potestativa, il cui verificarsi dipende dalle soluzioni organizzative unilateralmente adottate dall’operatore subentrante, che la stazione appaltante è chiamata a controllare; nel senso che per “*evitare che la clausola possa essere (illegittimamente) elusa l’amministrazione deve comunque verificare che effettivamente il mutamento tecnico organizzativo del servizio non renda più necessario l’impiego di tutto il personale precedentemente utilizzato per il servizio*”¹⁴.

Tale rudimentale formula di bilanciamento non risulta particolarmente brillante sotto il profilo della logica giuridica, dal momento che se, da un lato, il parametro adoperato rischia di esasperare oltremodo l’incertezza applicativa, e si scontra con il principio di non aggravamento della procedura (in una fase in cui, stando al diritto degli appalti, dovrebbero valere opposti principi “acceleratori”¹⁵). Dall’altro, parallelamente – e ribaltando la prospettiva “ortodossa” del bilanciamento europeo – la restrizione che si introduce non supera il *test* di necessità al fine di tutelare la libertà *ex art. 41 Cost.*, perché non potrebbe comunque revocarsi in dubbio che il principio di continuità dei rapporti di lavoro, quand’anche applicato rigorosamente (e senza riserve), non abbia quale corollario una regola di immodificabilità dell’organico aziendale. Vale a dire che la tutela dei lavoratori all’atto del mutamento della titolarità di un’attività economica organizzata non disattiva in ogni caso il potere dell’impresa di recedere dai rapporti di lavoro per ragioni

pubblici di lavori, servizi e forniture sono stati trasferiti all’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (Anac).

¹² Su tutti v. Avcp, parere 6 novembre 2013, n. 55. Conf., *ex aliis*, Avcp, parere 30 luglio 2013 n. 44. Per un’analisi più approfondita delle interazioni, v. Avcp, pareri 13 marzo 2013 nn. 19 e 20.

¹³ In altri pronunciamenti l’esposizione è ancora più disordinata (così, Avcp parere 25 febbraio 2010 n. 44).

¹⁴ Cons. St. 10 maggio 2013 n. 2533.

¹⁵ Cfr., per esempio, le norme sul rito speciale (e abbreviato) per le controversie in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.d. “codice del processo amministrativo”), artt. 120 ss.

economico-organizzative¹⁶. Piuttosto, conformemente alla *ratio* protettiva che ha ispirato la disciplina del trasferimento d'azienda, il passaggio *ipso iure* del personale responsabilizza l'imprenditore, su cui – nella veste di soggetto “forte” del contratto – viene, eventualmente, addossato l'onere di dimostrare *ex post* l'esigenza oggettiva di procedere a una riduzione del personale.

Non v'è dubbio che lo spostamento dell'onere in capo all'impresa sottenda una precisa opzione di politica sociale; ma, sul piano del diritto interno, la libertà di adeguare comunque *a posteriori* l'organizzazione aziendale alle specifiche esigenze produttive, nel rispetto delle procedure previste dal diritto del lavoro, sdrammatizza il rapporto tra le clausole sociali e l'art. 41 Cost.¹⁷.

Tant'è che, in altre pronunce dei Giudici amministrativi, il cui tenore appare complessivamente differente rispetto alle soluzioni maggioritarie, il dispositivo in commento assume legittimità, *sic et simpliciter*, proprio a motivo della sua “finalità sociale”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 Cost.; e in questa prospettiva, che fa registrare un accenno di effettivo approccio comparativo, si dichiara che la clausola sociale si armonizza con il diritto degli appalti, trovando sponda nei principi comunitari e nell'art. 2112 cod. civ.¹⁸, senza necessità di correttivi.

D'altronde, secondo la giurisprudenza costituzionale la regola di assorbimento è compatibile con l'art. 41 Cost.¹⁹; per la Consulta, piuttosto,

¹⁶ Si rammenta che la direttiva 2001/23, art. 4, par. 1, prevede esplicitamente che il dispositivo di protezione dei lavoratori, che non possono essere licenziati a motivo del trasferimento d'azienda, comunque “*non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione*”. Sul punto cfr. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2005, 28, p. 95 ss.

¹⁷ Ciò, tuttavia, non impedisce che, sulla base di un più articolato *impact assessment*, le singole misure, in funzione degli effetti prodotti sui diversi interessi in gioco, possano comunque risultare in concreto illegittime.

¹⁸ Cons. St. 26 giugno 2012 n. 3764; conf. Cons. St. 30 aprile 2013 n. 2374. Nella prima sentenza, peraltro, si riconosce incidentalmente l'irrilevanza del “*fatto che nella specie non si è avuto trasferimento di beni, poiché ciò non incide sull'astratta legittimità della clausola in quanto prevista indipendentemente da tale circostanza*”.

¹⁹ In particolare, C. Cost. 3 marzo 2011 n. 68. Sostanzialmente, si è trattato di un significativo *revirement* rispetto ai precedenti in materia, specie C. Cost. n. 28 luglio 1993 n. 356 e C. Cost. 30 dicembre 1958 n. 78. Le sentenze sono consultabili in www.cortecostituzionale.it. Per una lettura critica della sentenza 68/2011, v. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, 2013, pp. 191 ss.

si registra una potenziale conflittualità con altri valori primari allorché la clausola sociale sia trasfigurata in un obbligo di stabilizzazione a tempo indeterminato, condizione che, nel caso sia imposta a soggetti formalmente o sostanzialmente pubblici, contrasta apertamente con l'art. 97 Cost.; e, parimenti, nel caso d'impresе o società interamente private si riflette sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante "in termini di [...], di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio". Nel giustificare la legittimità costituzionale, il Giudice delle leggi richiama l'ampia diffusione della clausole di assorbimento nell'ordinamento, senza distinguere il settore dei servizi "liberalizzati", da quello specifico degli appalti.

Dal canto proprio la magistratura contabile, ha fissato alcuni puntelli: in primo luogo, il principio di continuità dei rapporti di lavoro è comunque recessivo rispetto all'art. 97 Cost., a prescindere dalla natura temporanea del passaggio di personale, nel caso di c.d. "reinternalizzazione" di servizi da parte dell'amministrazione, ossia nell'ipotesi in cui il trasferimento dell'attività economica segua il percorso inverso, e l'ente riassuma direttamente l'organizzazione e la gestione di un servizio precedentemente affidato all'esterno²⁰.

Analogamente, nell'ipotesi di esternalizzazione in favore di società od organismi partecipati dalle pubbliche amministrazioni, l'efficacia delle clausole di assorbimento è in concreto ridimensionata dall'estensione a tali soggetti della congerie di norme di contabilità pubblica, finalizzate al contenimento (e al controllo) della spesa di personale²¹, la cui applicabilità – secondo le sezioni di controllo della Corte dei Conti – non è esclusa dalla circostanza che le eventuali nuove assunzioni avvengano per ordine giudiziale, ovvero per obblighi di legge o di contratto collettivo²². Ne consegue che i nuovi affidamenti a enti e società che ricadono nel peri-

²⁰ In particolare, le Sezioni riunite della Corte dei Conti (parere 3 febbraio 2012 n. 4) hanno riconosciuto l'inapplicabilità del d.lgs. n. 165/2001, art. 31 e la prevalenza dell'art. 97 con riguardo ai lavoratori direttamente reclutati dalla società *in house* che aveva gestito il servizio. Sul tema v. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *LPA*, 2009, nn. 3-4.

²¹ La norma paradigmatica è adesso contenuta nel d.l. 25 giugno 2008 n. 112, art. 18, co. 2-bis.

²² Così, *ex aliis*, C. Conti, sez. reg. contr. Toscana, parere 26 febbraio 2013 n. 9.

metro di applicazione dei richiamati vincoli assunzionali causano un corto circuito normativo allorché il passaggio dei lavoratori addetti al servizio sia astrattamente impedito dai limiti di spesa di personale e dai vincoli procedurali di stampo pubblicistico²³. Ebbene, se si adoperassero come parametro gli orientamenti rigoristici e draconiani dei Giudici contabili non v'è dubbio che le finalità sociali soggiacerebbero *tout court* alle esigenze di bilancio; pur tuttavia, tale ipotetica soluzione, che sottende un atteggiamento paternalistico e punitivo nei confronti degli organismi partecipati, meriterebbe di essere approfondita e corretta, alla luce di criteri di razionalità economica e di giusto bilanciamento tra obiettivi di contenimento della spesa pubblica e obiettivi sociali. Tant'è, che gli ultimi interventi legislativi in materia fanno registrare una parziale inversione di tendenza, nella misura in cui viene estesa a tutte le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo la regola *soft* – in precedenza prevista soltanto per le società di servizi pubblici locali – di applicazione “mediata” del principio di riduzione dei costi del personale, per tramite dell’interposizione delle direttive specifiche dell’Ente controllante, “*tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera*”²⁴.

A conferma della tendenza alle letture *à la carte*, da ultimo, una pronuncia del Tar Lecce²⁵ ha aggiunto un ulteriore tassello al quadro dei percorsi “carsici” seguiti nel diritto vivente. Nella fattispecie si è trattato di pronunciarsi sulla legittimità di una delibera del direttore generale di un Azienda sanitaria locale con la quale era stato disposto l’affidamento diretto dei servizi di pulizia e sanificazione a una società *in house* dell’Asl, con obbligo di assorbimento dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato presso il precedente gestore “esterno”. Uno dei motivi di doglianza poggiava proprio sulla clausola sociale, che il ricorrente assumeva

²³ Tra le altre, le principali norme di riferimento sono state quelle di cui al co. 7, art. 76, d.l. 112/08 (la norma è stata abrogata dall’art. 3, co. 5, d.l. 24 giugno 2014 n. 90); nonché al co. 28, art. 9, d.l. 78/10, che ha previsto i limiti percentuali per le assunzioni con contratti flessibili. Sotto il secondo profilo, si rinvia all’art. 18, co. 1 e 2, d.l. 112/08.

²⁴ D.l. 66/14, art. 4, co. 12-*bis*, che ha ulteriormente emendato il d.l. 112/08, art. 18, co. 2-*bis*. La legge di stabilità 2014 aveva già abrogato i co. 1, 2, 3, 3-*sexies*, 9, 10 e 11 dell’art. 4, e i co. da 1 a 7, art. 9, d.l. 6 luglio 2012 n. 95, che stabilivano misure limitative di dettaglio che avevano come dirette destinatarie le società pubbliche c.d. “strumentali”.

²⁵ Tar Lecce 1 dicembre 2014 n. 2986.

essere in contrasto con i principi affermati dalla Consulta nella richiamata sentenza n. 68/2011. Il Giudice amministrativo ha rigettato il gravame, concludendo per la legittimità della prescrizione di assorbimento: nella specie, ciò che colpisce è la sinteticità della motivazione, che sorvola *de plano* sui plurimi profili di criticità già analizzati, limitandosi a una giustificazione tautologica²⁶; ciò, peraltro, richiamando le diverse fonti che contemplano l'istituto, come se si trattasse di una tecnica di tutela unitaria e organica, e come se non fosse controversa (e controvertibile) l'effettiva precettività della regola di continuità nell'ipotesi di successione negli affidamenti di contratti pubblici.

Tirando le fila dell'analisi del diritto vivente, è possibile concludere che un tendenziale *self-restraint* della magistratura nei confronti del fenomeno di integrazione con le fonti sovranazionali abbia prodotto un duplice effetto "centrifugo": in primo luogo, e sino a tempi recenti, una minore permeabilità dell'ordinamento rispetto ai principi del libero mercato veicolati dal diritto eurounitario, condizione – comune ad altri ambiti – sulla quale hanno inciso fattori ideologico-culturali di resistenza politica e legislativa alle "fascinazioni" neoliberali. All'interno del contesto normativo "dato", il diritto pretorio (e, in particolare, la magistratura amministrativa) tratta le libertà economiche come fattori di interferenza "esterni", e tende a leggerli attraverso la lente rassicurante dell'art. 41 Cost. Ciò ha determinato un'opposta asimmetria parametrica *pro-employees*, la cui correzione *pro-market* tutt'ora in corso, sollecitata dall'attività di *moral suasion* delle Autorità di garanzia, e favorita dalla (tardiva) diffusione di una cultura giuridica europea, si risolve in una classificazione idealmente equiordinata dei valori sottesi alle operazioni di bilanciamento. Ne consegue che il "brodo di coltura" delle decisioni giurisprudenziali appare già preordinato a tollerare il potenziale regolativo degli appalti pubblici; piuttosto si pone il problema inverso di assicurare una corretta (e "proporzionata") considerazione dei valori economici, per come declinati nel diritto europeo.

Pur tuttavia, il *deficit* di integrazione si riverbera in negativo sul giudizio di proporzionalità, che, come già accennato, dovrebbe governare il

²⁶ "La delibera [...] si limita a conservare lo status quo ante e non valica i limiti della clausola sociale (non crea nuovi diritti, ma conserva solo quelli esistenti): non vi è pertanto violazione dei principi del pubblico concorso e del buon andamento, ma mero rispetto delle garanzie dei diritti dei lavoratori previste dalla legge e dai contratti collettivi per le ipotesi di subentro nell'appalto e di trasferimento d'azienda".

rapporto tra le clausole sociali e le libertà economiche. Specificamente, negli arresti analizzati il metodo del bilanciamento (simmetrico), sebbene già praticato, appare eccessivamente rudimentale sia sul piano dell'applicazione dei criteri del *balancing test*, secondo le forme largamente sperimentate dalla Corte di Giustizia²⁷; sia sul piano sostanziale, ove emergono un'embrionale (e insufficiente) visione sistemica multilivello, nonché una particolare superficialità dell'*impact assessment* che, in genere, viene basato su concetti assiomatici e *obiter dicta*.

7. Le clausole sociali occupazionali di tipo promozionale

A parte l'espressa abilitazione delle misure di "lotta alla disoccupazione" nella direttiva appalti, la Corte di Giustizia nelle sentenze *Beentjes*²⁸ e *Nord-Pas-de-Calais*²⁹ ha apertamente riconosciuto la legittimità delle clausole promozionali, non soltanto *sub specie* di condizioni di esecuzione, ma altresì come criteri di aggiudicazione, purché essere rispettino "i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione". Nella successiva pronuncia *Concordia Bus*³⁰, i giudici lussemburghesi hanno precisato che gli aspetti ambientali (e quindi, *mutatis mutandis*, quelli sociali) perché possano essere utilizzati quali criteri qualitativi di aggiudicazione devono essere comunque connessi con l'oggetto dell'appalto³¹. Va da sé che tale ultimo principio non modifichi i termini della questione della compatibilità delle clausole; fermo restando che, come rammentato dalla Commissione³², la sede più appropriata per l'inserimento di aspetti

²⁷ Secondo la formula generale: "i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo" (par. 37, C. Giust. 30 novembre 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*).

²⁸ C. Giust. 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*.

²⁹ C. Giust. 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Repubblica francese (Regione Nord-Pas-de-Calais)*.

³⁰ C. Giust. 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab, c. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*.

³¹ In termini, dir. 2014/24, art. 67, par. 2.

³² Comm. UE, *Guida sugli Acquisti sociali*, p. 44.

sociali correlati all'occupazione e alle condizioni di lavoro del personale coinvolto nell'esecuzione dell'appalto rimanga quella del regolamento contrattuale, all'osservanza delle cui clausole devono impegnarsi i concorrenti della procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione.

L'Avcp ha affrontato a più riprese il tema della legittimità di tali misure negli appalti, confermandone dal canto proprio la compatibilità con i principi comunitari, "purché siano rispettati i criteri individuati dal Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE (oggi artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) agli aiuti di Stato in favore dell'occupazione"³³. Nella prospettiva dell'Autorità, gli oneri di procedimentalizzazione della condizione di esecuzione³⁴, e l'eventuale imposizione di uno specifico contingente di lavoratori svantaggiati, non pongono dubbi di conformità; piuttosto si configura un limite soggettivo, nel senso che il bacino dei soggetti destinatari delle misure sociali deve essere definito ai sensi del Regolamento 2204/2012. Ne consegue che, in concreto, tali dispositivi non costituiscono aiuti di stato, e non minacciano di alterare la concorrenza, se riguardano lavoratori svantaggiati che soddisfino almeno un criterio *ex art. 2, lett. f)* del Regolamento 2002/2204.

Sin qui la soluzione adottata appare condivisibile, perché rappresenta un'applicazione lineare dei principi e delle norme desumibili dal diritto dell'UE: da un lato, fa leva sulla possibilità di utilizzare le condizioni di esecuzione dell'appalto per finalità sociali e occupazionali, testualmente prevista dalla direttiva appalti; e, dall'altro, attraverso un'interpretazione "sistematica", mutua dallo stesso diritto europeo l'ambito soggettivo di applicazione degli interventi di inserimento lavorativo.

Diversamente, l'impostazione risulta ancora una volta approssimativa nella parte in cui pretende di estendere *de plano* il sopradescritto principio di "armonizzazione flessibile" con l'organizzazione dell'impresa, sulla base di una discutibile operazione di adeguamento all'art. 41 Cost., con un'impropria e confusa sovrapposizione tra la dimensione nazionale e la dimensione comunitaria; e, allo stesso modo, laddove stabilisce, in virtù di un

³³ Avcp parere 6 novembre 2013, n. 55. Conf., *ex aliis*, Avcp parere 27 settembre 2012 n. 24. Si tratta di pareri *ex d.lgs. n. 163/2006, art. 69*, che contempla la possibilità per le stazioni appaltanti che intendono introdurre particolari condizioni di esecuzione di comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto eurounitario.

³⁴ Come, per esempio, l'approvazione di programmi di inserimento lavorativo.

sommario *test* di proporzionalità, una regola – generale e astratta – di alternatività tra clausole di assorbimento e clausole occupazionali. Detto altrimenti, non è chiaro perché le stazioni appaltanti – sempre e comunque – dovrebbero scegliere alternativamente tra le due opzioni: anche in questo caso, si riscontra un vizio di indeterminazione del bilanciamento, che non si spinge oltre l'enunciazione vaga di formule precostituite e principi generali³⁵.

Invero, la necessità di trasfigurare in ogni caso le condizioni di esecuzione di tipo occupazionale in meri ed eventuali criteri di priorità nelle assunzioni, a geometria variabile, in funzione delle esigenze organizzative, non appare necessitata alla luce del diritto dell'UE. A tal proposito valgono le riflessioni già sviluppate in merito alle clausole di assorbimento, nel senso che – in sintesi – appare immanente ai valori primari dell'ordinamento eurounitario (*post* Lisbona) la compatibilità in astratto di oneri di tipo sociale negli appalti pubblici, pur con possibile interferenza negativa con l'organizzazione dell'appaltatore; fermo, tuttavia, il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità (come confermato dalla giurisprudenza richiamata nell'*incipit* del paragrafo). Per tale via il *downgrading* di effettività ed efficacia delle clausole in commento non può basarsi su un approccio “metafisico” al tema del rapporto tra libertà economiche e finalità sociali, ma deve eventualmente poggiare su una valutazione empirica (e prognostica) di *market impact*, secondo i richiamati criteri del *balancing test*.

Per tale ragione, nella prassi potrebbe apparire opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici, che intendono avvalersi della capacità promozionale degli appalti, relazionino a monte sulla *ratio* delle condizioni di esecuzione a carattere occupazionale, sull'eventuale incidenza sulle dinamiche di prezzo e sul rapporto costi/benefici; sì da rendere altresì accessibili e trasparenti i criteri di individuazione del bacino dei lavoratori destinatari delle misure di inserimento. Ne consegue che, in questa prospettiva, le clausole di questo tipo – in generale, e fatte salve le specifiche condizioni di proporzionalità – potranno reputarsi illegittime, in via esem-

³⁵ Nel parere del 6 novembre 2013 n. 55 l'Avcp si è limitata a rilevare che: “*La somma delle due condizioni appare particolarmente gravosa per l'impresa e restrittiva della libertà di iniziativa economica dell'impresa new comer. Pertanto, andrebbe opportunamente riprodotta la formula del rispetto della facoltà dell'aggiudicatario di valutare la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa e, comunque, dovrebbe essere indicata una preferenza esclusiva dell'amministrazione per l'una o per l'altra clausola*”.

plificativa, allorché: i) l'operazione di esternalizzazione, a causa degli oneri imposti all'aggiudicatario, risulti oggettivamente anti-economica, sì da restringere grandemente la platea dei potenziali concorrenti; ii) il bacino dei lavoratori svantaggiati sia individuato in violazione del Regolamento 2012/2204, ovvero comunque secondo criteri discriminatori (specie su base territoriale); iii) l'obbligo di inserimento prescindendo da una valutazione di compatibilità del profilo professionale dei soggetti interessati con le funzioni da espletare, con preferenza, pertanto, per obblighi di "chiamata numerica" rispetto a obblighi di "chiamata nominativa".

In ogni caso, non è difficile ipotizzare che il punto di maggiore tensione rimarrà la definizione dei limiti della facoltà degli enti aggiudicatori di "ritagliare" dalle categorie generali di lavoratori svantaggiati, per come definite in sede comunitaria, particolari bacini – di "interesse locale" – di soggetti destinatari delle misure occupazionali.

8. *Riflessioni conclusive*

Nelle pagine che precedono si è provato a rappresentare che gli obiettivi protettivi e promozionali delle clausole sociali trovano "copertura" nel diritto euronario.

Il discorso sulle tutele nelle vicende circolatorie delle imprese si presta a produrre un effetto *spill-over* sul modello sociale europeo ove assurga a *training path* per la dottrina per confrontarsi con i limiti di un metodo teorico esasperatamente "post-modernista", che produce una (auto)ghettizzazione della scienza giuridica nel ruolo di semplice esecutore della giurisprudenza³⁶ (e, nella specie, la tendenza a ridurre l'ordinamento dell'UE al *Laval quartet*); e per aggiornare le coordinate dell'ideologia dell'integrazione sovranazionale.

Non v'è lo spazio in questa sede per approfondire adeguatamente l'argomento, ma è opportuno chiarire che le analisi che tendono a censurare "ontologicamente" le clausole sociali, nel presupposto di una perdurante asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali, appaiono condizionate – più o meno dichiaratamente – da precomprensioni (*rectius*, retaggi) di

³⁶ Per un'analisi recente delle tendenze della cultura giuridica v. LIBERTINI, *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in RTDP, 2014, 1, pp. 121-131.

tipo neoliberale. Va da sé che secondo una logica “mercatasta”, e con le lenti della flessicurezza e della Strategia europea per l’occupazione, premesso che la tutela dell’occupazione non è sinonimo di garanzia di continuità della stessa, le misure che limitano la mobilità in uscita e irrigidiscono la stabilità del posto di lavoro assumono comunque un disvalore³⁷.

Il pensiero neoliberale, che indubbiamente ha esercitato una parabola di influenza nel discorso sul *welfare*, tuttavia, sembra trovarsi adesso in una fase discendente. In particolare, si fa riferimento alle analisi che descrivono la transizione ideologica in corso in Europa, segnata dal lento declinare della dottrina neoliberista in favore di quello che, efficacemente, viene definito “*neowelfarismo liberale*”³⁸.

Con tale espressione si intende descrivere la sintesi ideologica che unisce i nuclei centrali della tradizione liberaldemocratica e di quella socialdemocratica, in un prospettiva post-neoliberista di modernizzazione del *welfare*. In queste letture, si prende atto della formazione, a partire dalla fine degli anni novanta, di una comunità ideologica post-neoliberista intorno al tema della “*ricalibratura*” dello stato sociale, con la coniugazione di due ulteriori obiettivi: a) l’impegno a promuovere e sostenere l’individualità, la razionalità, l’apertura (inclusa l’apertura dei mercati); b) l’impegno a mantenere un equilibrio ragionevole tra valori in competizione e spinte normative inevitabilmente contrastanti³⁹.

Peraltro, gli entusiasmi deregolativi sembrano trascurare due decisive precomprensioni.

³⁷ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, pp. 163 ss. Sebbene, nel pensiero economico si faccia strada la teoria secondo cui nel contesto attuale non possa esistere un’equazione tra riduzione dell’apparato protettivo *standard* ed efficientamento del mercato (cfr. DEAKIN, WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in DLRI, 1999, pp. 587 ss. A tal proposito, appare interessante la recente analisi empirica di CROUCH (*Entrenching neo-liberalism: the current agenda of European social policy*, in CONTOURIS, FREEDLAND, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 56) che, sulla base dei dati raccolti, pone in rilievo come: “*We cannot claim any particular causal directions for these relationship, but they do cast serious doubts on the claim of the neo-liberal orthodoxy that all forms of labour protection and strong welfare states have a negative effect on economic performance*”.

³⁸ Per un “manifesto” del pensiero neowelfarista liberale v. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in SM, 2013, 97, pp. 3 ss.; ma v. anche VANDENBROUCKE, *Europe: The Social Challenge. Defining the Union’s social objective is a necessity rather than a luxury*, in OSE Opinion Paper, 2012, 11.

³⁹ Cfr. FREEDEN, *European liberalism*, in *European Journal of Political Theory*, 2008, 7, 9, pp. 9-30; MAGNETTE, *The Fragility of Liberal Europe*, in *European Political Science*, 2009, 8, pp. 190-200.

Il "dramma del nostro tempo" non è quello di avere poco mercato, e l'obiettivo primario non può essere quello di liberalizzare il più possibile ogni attività economica; ma il problema sta nel deterioramento della qualità e dell'efficienza dei centri di decisione pubblici. Senza un'efficace politica regolatoria pubblica di sostegno la diffusione di comportamenti socialmente responsabili da parte delle imprese difficilmente potrà affermarsi⁴⁰.

Allo stesso tempo, la tendenza a porre una relazione inferenziale tra *performance* economica dei sistemi e regolazione laburista (spesso identificata con l'immagine grottesca della iper-regolazione farraginosa) si basa su una sovrastima del rapporto tra competitività ed efficienza del mercato del lavoro⁴¹.

Sebbene il potenziale trasformativo dell'approccio neowelfarista "sia attualmente imbrigliato dal rigorismo delle autorità economiche europee e internazionali"⁴², esso offre un ambiente ideologico che supporta, sul piano teorico, la coltivazione di un metodo che mette in discussione la preponderanza programmatica della costituzione economica. Per tale via, è possibile prefigurare una correzione del modello euro-mediterraneo di *flexicurity*⁴³, attraverso strumenti che determinino un riequilibrio tra tutele nel (e del) posto di lavoro e tutele nel (e del) mercato, pur attraverso la (ri)legittimazione del potenziale regolativo degli appalti pubblici (e delle operazioni di esternalizzazione).

Sul piano del discorso giuslavorista il neowelfarismo offre una sponda alle teorie sul "sincretismo tra economia e diritto del lavoro"⁴⁴, nella cui prospettiva

⁴⁰ Il pensiero è di LIBERTINI, *A quindici anni dal T.U.F. – Bilanci e prospettive*, in *RDImpresa*, 2014, p. 326. L'analisi dell'A. riguarda il funzionamento dei mercati finanziari, ma le riflessioni sulla responsabilità sociale d'impresa e sulle politiche di liberalizzazione si prestano ad assumere una portata più ampia e generale.

⁴¹ CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in CARUSO, FONTANA, *Lavoro e diritti nella crisi europea*, il Mulino, 2015, pur invitando a non sottostimare il dato, spiega come i dati contenuti nel "The global competitiveness Report 2013-2014", che misura annualmente il livello di competitività di ogni sistema nazionale, si basano sull'analisi di dodici indicatori; e quello relativo alla *Labour market efficiency* (che ricomprende la regolazione del lavoro), pesa soltanto 1/12.

⁴² L'espressione è di FERRERA, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Per un recente intervento sul tema della *flexicurity* v. HEYES, *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *EJIR*, 2013. Ma anche ZOPPOLI L., *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, 141.

⁴⁴ PESSI, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, 2, p. 14.

“l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio”⁴⁵; e il richiamo “al bilanciamento dei valori costituzionali avanzato da Mattia Persiani per coniugare il valore persona per la protezione del lavoro ed il valore impresa (ed efficienza dell'impresa) per la produzione di reddito e di occupazione”⁴⁶ non appare eterodosso (ed eretico).

D'altra parte, come si è visto, il diritto positivo eurounitario non fa registrare uno *spread* negativo rispetto ai principi sopraesposti, nella misura in cui l'assimilazione nei Trattati della dimensione sociale fa sì che l'ordinamento multilivello, dal punto di vista giuridico-formale, sia (divenuto) uno spazio giuridico conteso tra valori solidaristici e valori economici.

In questo quadro, il metodo del bilanciamento conferma ed esalta la propria funzione “costituente”, quale chiave di mediazione e di dinamico equilibrio di interessi costituzionalmente rilevanti; e il corollario della proporzionalità assurge ad archetipo del diritto del lavoro del terzo millennio, come controlimite alle spinte deregolative dell'ordine economico globale.

A livello micro, l'esigenza di ricomporre il dualismo tra valori primari è immanente anche al funzionamento delle clausole sociali, a causa di un'ostilità genetica tra il principio dello Stato d'origine, che – come è noto – informa la mobilità transazionale dei servizi, e la natura virtualmente “protezionistica” delle misure di tutela previste dal diritto del lavoro degli Stati membri. Sicché, oltre il livello minimo di mediazione normativa della direttiva 2001/23, entra in gioco il canone della proporzionalità.

In generale, nell'ambito di tale giudizio, a competenza ripartita tra i giudici nazionali e i giudici europei⁴⁷, si tratterà di accertare se gli effetti restrittivi delle misure di protezione sociale siano diretti, indiretti o mera-

⁴⁵ DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, pp. 3 ss.

⁴⁶ PESSI, *op. cit.*, p. 3; PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, pp. 89 ss. In questa prospettiva, DEAKIN, WILKINSON, *op. ult. cit.*, pongono l'accento sulla necessità che l'uso delle risorse, sulle quali i diritti inizialmente incidono, possa essere rinegoziato, riaprendo il tema della inderogabilità e della sua permeabilità all'autonomia collettiva.

⁴⁷ Per alcuni casi in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata direttamente sulla proporzionalità, senza adire i giudici nazionali, onde assicurare uniformità di interpretazione a livello europeo, v. C. Giust. 16 dicembre 1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc.*; C. Giust. 28 febbraio 1991, C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIDEF-Conforama, Arts et meubles, JIMA*; C. Giust. 28 febbraio 1991, C-332/89, procedimento penale c. *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis, SA Trafitex*.

mente ipotetici; "o meglio ancora se essi non siano troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che (quella disciplina) sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare (la) libertà (degli operatori economici stabiliti in altri Stati membri)"⁴⁸; se, eventualmente, tali misure risultino idonee rispetto allo scopo e, in tale ipotesi, se non vi siano strumenti alternativi a effetto equipollente, ma di minor impatto sulle libertà economiche; nonché, in caso contrario, quale sia il livello di adeguata ponderazione tra gli interessi in gioco.

Pur seguendo costantemente tali coordinate metodologiche, l'applicazione della proporzionalità da parte della Corte di Giustizia è pragmatica, multiforme e si basa su specifiche condizioni normative e di contesto⁴⁹; ne consegue la parcellizzazione degli esiti del sindacato e la difficoltà di prognosi generali per categorie di fattispecie, fatti salvi i casi di patologie "autoevidenti"⁵⁰.

Nella sentenza *Commissione c. Germania* del 2010⁵¹, la tecnica del bilanciamento tra finalità sociali e libertà economiche è stata utilizzata in materia di appalti pubblici: sebbene l'esito non sia stato positivo per chi continua ad aspirare all'immunità assoluta della contrattazione collettiva dal sindacato di conformità al diritto dell'UE, la pronuncia ha confermato incidentalmente "la possibilità che il bando di gara imponga agli offerenti inte-

⁴⁸ CARABELLI, LECCESE, *op. ult. cit.*, p. 21.

⁴⁹ Com'è noto, idoneità, necessità e proporzionalità *stricto sensu* sono gli indici in base ai quali si manifesta il controllo di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia, senza che tuttavia essi si compongano in una nozione stabile del principio in parola. Secondo TRIDMAS, *The general principles of EC law*, Oxford European Union Law Library, 2006, 6, pp. 91 ss., sebbene la giurisprudenza comunitaria proceda alla verifica della proporzionalità in base a un *test* tripartito (necessità, idoneità e proporzionalità *stricto sensu*), "in practice the Court does not distinguish in its analysis between the second and the third test". L'approccio pragmatico della Corte di Giustizia evidenzia lascia trasparire, pertanto, un concetto multiforme e ambiguo di proporzionalità, insuscettibile di essere ricondotto ad alcun rigido assetto e, proprio per questo, capace di adattarsi a fattispecie differenti. In termini, cfr. VAN GERVEN, *The effect of proportionality on the actions of member States of the European community, national viewpoints from continental Europe*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, pp. 37-63, secondo cui, infatti, "Proportionality remains a vague concept", cit. p. 60.

⁵⁰ Sembra questo il caso delle misure promozionali previste della legge di stabilità 2014 della Regione Siciliana (l.r. 28 febbraio 2014, n. 5), artt. 34 e 35.

⁵¹ C. Giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. In sintesi, si trattava di valutare la legittimità di un contratto collettivo che obbligava talune amministrazioni e aziende comunali tedesche a stipulare contratti relativi a servizi di previdenza complementare con particolari organismi e imprese, senza ricorrere a tal fine a una gara a evidenza pubblica.

ressati condizioni che rispondano agli interessi dei lavoratori coinvolti”⁵². Nel dettaglio, la Corte di Giustizia ha poi risolto la questione attraverso il canone della proporzionalità, e le misure censurate non hanno superato il vaglio di legittimità sotto il profilo della necessità, dal momento che nella specie – a dire della Corte – sarebbe stato possibile adottare soluzioni alternative per conciliare gli obiettivi sociali perseguiti dalle parti della negoziazione collettiva con le norme sugli appalti pubblici.

Il *deficit* di “necessità” ha consentito alla Corte di non spingersi sino all’ultimo stadio del *balancing test* (proporzionalità in senso stretto), ove la ponderazione assurge a giudizio di valore sugli interessi in gioco. È in quella sede, in sostanza, che si misurano i rapporti di forza tra i valori in conflitto; e rispetto a tale valutazione – anche a prescindere dal mutamento del quadro costituzionale e, quindi, dei parametri della ponderazione – sarebbe quantomeno discutibile invocare, ai nostri fini, in termini ieratici i risultati del bilanciamento dei citati casi *Viking*, *Laval* e *Rüffert*, come espressione di un’irredimibile asimmetria *pro-market*: nella prima decisione i giudici lussemburghesi, confermando che la tutela dei lavoratori può giustificare la restrizione di una libertà economica, a ben vedere, hanno rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità⁵³; nelle altre due, rispetto alla dibattuta “recessività” delle misure/azioni a carattere sociale al cospetto della libera circolazione dei servizi, appare comunque determinante l’interposizione della *posted workers directive* (96/71/CE) e il bilanciamento *upstream* del legislatore europeo. In altre parole, si incorrerebbe in un salto logico a voler sostenere semplicisticamente che le conclusioni di tali arresti assurgano a “manifesto vetero-funzionalista” e ridondino meccanicamente in un principio generale di illegittimità delle tecniche di protezione dei lavoratori coinvolti nei processi di circolazione transnazionale dei servizi e delle imprese, perché non si possono trascurare “i fat-

⁵² Par. 56.

⁵³ CARUSO, *op. ult. cit.*, pp. 38 ss., rileva come però la Corte, dopo aver rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità, alla fine, risolve in astratto il bilanciamento, compromettendo di fatto la decisione del giudice di merito, nella parte in cui statuisce che lo statuto della Federazione internazionale dei lavoratori marittimi (ITF) impone l’inizio dell’azione sindacale, a richiesta di uno dei suoi membri, sulla base del semplice cambio di bandiera da parte del proprietario della nave “*indipendentemente dall’eventualità che l’esercizio da parte di quest’ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti*” (parr. 86 ss.).

tori di tipicità estrinseci” ai principi di diritto ivi affermati⁵⁴. D'altronde, a ben vedere, rispetto all'ipotetico conflitto delle clausole di tipo occupazionale con la disciplina europea del distacco transazionale di servizi, occorre segnalare che proprio l'“imposizione di manodopera” neutralizza la liturgia di Ruffert, nella misura in cui l'effetto di conservazione nel tempo dei posti di lavoro impedisce che i dipendenti “che passano” siano qualificabili come “*lavoratori distaccati*” ai sensi dell'art. 2, co. 1, della stessa direttiva⁵⁵; con conseguente inapplicabilità, *ratione personae*, della 96/71 e ri-espansione dei principi generali del bilanciamento.

Recentemente, la Corte di Giustizia, nel caso *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund* (18 settembre 2014, C-549/13), è tornata a occuparsi delle “*considerazioni sociali*” assunte dalle stazioni appaltanti quali condizioni di esecuzione del contratto. Nel dettaglio, si è pronunciata in ordine alla compatibilità con l'ordinamento dell'UE di una prescrizione che obbliga gli affidatari di un appalto pubblico ad applicare un salario minimo ai lavoratori, nella misura in cui si estenda l'impegno anche ai subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte – sulla base della direttiva 2004/18, ed escludendo che la fattispecie rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71, dal momento che l'offerente non intendeva eseguire l'appalto mediante distacco transazionale di lavoratori – è giunta a dichiarare l'illegittimità della misura sociale, per contrasto con l'art. 56 Tfu.

Nonostante l'esito possa apparentemente indebolire la lettura “socialmente orientata” del diritto degli appalti, la motivazione offre degli spunti interessanti perché – a ben vedere – il Giudice europeo non ha messo in discussione che un onere economico supplementare (come una tariffa salariale minima) possa essere giustificato da ragioni sociali, sebbene costituisca

⁵⁴ Il corsivo è di CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 25, che, tra l'altro, fa rilevare la probabile incidenza sull'esito del bilanciamento nel caso *Laval*, e sull'assertività dei principi ivi statuiti rispetto alla sentenza *Viking*, di alcune circostanze “esterne”: a) la particolare nazionalità del giudice relatore (estone); b) lo specifico oggetto della richiesta dei sindacati svedesi nei confronti dell'impresa lettone che si estendeva all'imposizione di ulteriori oneri previdenziali e assicurativi di cui, pare di capire dalla presentazione iniziale della C. Giust., i lavoratori lettoni non avrebbero potuto comunque beneficiare.

⁵⁵ “*Ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente*”.

una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Ciò, peraltro, spingendosi sino ad annoverare tra gli “*obiettivi di protezione dei lavoratori*” anche quello di garantire che “*ai lavoratori venga versata una congrua retribuzione per evitare sia il «dumping sociale» sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti*”⁵⁶. Piuttosto, il giudizio è dipeso da un’applicazione – anche in questo caso, come in *Rüffert* – “*esasperata*” (e irragionevole) della tutela antidiscriminatoria⁵⁷; nonché, soprattutto, da una valutazione di (s)proporzionalità in senso stretto, perché “*un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro [...] va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell’obiettivo della protezione dei lavoratori*”⁵⁸.

Per quanto la soluzione possa sembrare un *assist* alle pratiche di *dumping*, essa non infortisce sui modelli di *welfare* nazionali, e non rappresenta effettivamente un ulteriore arresto *pro-deregulation*: in questo caso, infatti, la concorrenza al ribasso non è agevolata da un bilanciamento asimmetrico dei valori dell’UE; ma dipende essenzialmente dalle strategie di “*delocalizzazione*” delle imprese, avverso le quali anche i singoli Stati membri hanno le armi spuntate, a prescindere dall’impatto dei valori economici dell’integrazione. Si potrebbe forse rimproverare alla Corte di Giustizia di non aver sanzionato l’abuso delle libertà economiche⁵⁹, ma in questo modo, probabilmente, si chiederebbe troppo al Giudice europeo, ossia di ergersi a difensore dei sistemi sociali degli Stati “*oldcomers*”.

In definitiva, prendendo sul serio i *paths* sociali del diritto eurounitario, l’interrogativo sulla legittimità delle misure in commento nell’ordinamento multilivello trova risposta nell’equilibrio dinamico e casistico definito attraverso il canone della proporzionalità. Per tale via, il discorso sulle clausole sociali assume altresì valore simbolico perché consente di

⁵⁶ Par. 31.

⁵⁷ “*La Corte ha già affermato che, nei limiti in cui si applica ai soli appalti pubblici, una tale misura nazionale non è idonea a raggiungere detto obiettivo se non vi sono elementi che indichino che lavoratori attivi sul mercato privato non hanno bisogno della medesima protezione salariale di quelli attivi nell’ambito degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza Rüffert, punti da 38 a 40)*” (par. 32).

⁵⁸ Par. 34.

⁵⁹ Nella specie, il concorrente era un’impresa tedesca che aveva dichiarato di voler subappaltare il servizio in favore di una propria controllata (al 100%) stabilita in Polonia.

cogliere l'imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente "fertilità sociale" dell'ordinamento europeo⁶⁰, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro nell'ambito dei processi in atto di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri⁶¹. Tale operazione impone, però, di metabolizzare il tramonto del paradigma giuslavoristico novecentesco e, pertanto, di leggere la "condizionalità economica" dei diritti sociali, il "*Laval quartet*", le misure anti-crisi e le politiche di austerità dell'UE seguendo "*nuove traiettorie*", tenendo presente che "*la narrazione giuslavoristica, per potersi sviluppare e adeguare alla condizione oggettiva di crisi, deve uscire dalle secche dell'alternativa binaria condizionalità/incondizionalità per addentrarsi nel ben più complesso e articolato percorso del bilanciamento e dei suoi corollari: il principio di proporzionalità in primo luogo*". Il paradigma proceduralista non esclude – ma anzi sollecita – la precettività della regolazione, attraverso quelli che Ashiagbor definisce "*puntelli normativi*" o "*benchmarking sociale*"⁶². In tale contesto, bilanciamento e proporzionalità assumono una duplice connotazione: in negativo, come strumento difensivo, in termini di "*restringimento compatibile*"; in positivo, come "*tecnica di individuazione del contenuto necessario e indefettibile di un diritto nel bilanciamento con altri*"⁶³.

⁶⁰ CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 42, in generale, evidenzia come sia cruciale ai fini dell'integrazione "[...] intensificare la comunicazione, anche critica, tra la dottrina europea postnazionale e la Corte di giustizia, intesa quale tassello di un dialogo più ampio tra dottrina (che è parte integrante della società civile europea in costruzione) e le istituzioni europee. Il diritto costituzionale europeo in progress ha tutto da guadagnare da prove di democrazia basate proprio sull' "agire comunicativo".

⁶¹ Il riferimento è, in particolare, al piano europeo di interventi per fronteggiare la crisi economica, adottati a far data dal 2010: "*Framework agreement on the establishment of a European stability fund*" (giugno 2010); "*Euro-Plus Pact*" (marzo 2011); "*Six Pack*" (dicembre 2011); "*Tivo Pack*" (proposto dalla Commissione nel 2011 e adottato nel 2013); "*European Stability Mechanism*" (febbraio 2012); "*Fiscal Compact*" (marzo 2012). Secondo MORRONE, *op. cit.*, p. 84, "*si può dire che prende forma nell'ordinamento europeo un originale principio di solidarietà responsabile interstatale, che assume un particolare significato proprio nell'attuale contesto di crisi economico-finanziaria: perché può svolgere una funzione «sostitutiva», potendo imprimere una diversa direzione all'european process, verso un'unità economica non limitata ai vincoli di bilancio, ma implicante anche politiche fiscali e di protezione sociale comuni*".

⁶² ASHIAGBOR, *L'armonizzazione soft: il "Metodo aperto di coordinamento" nella Strategia europea per occupazione*, in BARBERA, *Nuove forme di regolazione: Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, p. 135.

⁶³ I corsivi sono di CARUSO, *op. cit.*, nt. 43. In termini critici sulla "condizionalità" e sulle prospettive dell'integrazione sociale v. GIUBBONI, *Europe's crisis-law and the welfare state – A critique*, in WP CSDLE "*Massimo D'Antona*", 2014, p. 109, che parla di "*de-socialisation processes*"; FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti in Europa*, in WP CSDLE "*Massimo D'Antona*", 2014, 104.

Abstract

Il saggio affronta il tema della dimensione sociale dei processi di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni, sotto il profilo della compatibilità delle c.d. “clausole sociali di seconda generazione” con l’ordinamento dell’UE; ed assumendo come modello paradigmatico di *outsourcing* la forma “mista dell’appalto. L’Autore propone una lettura “socialmente orientata” del tema, valorizzando a tal fine il potenziale sociale del diritto dell’UE. Da questa prospettiva, il possibile conflitto con le libertà economiche fondamentali viene ridimensionato, ed è assorbito in una dimensione procedurale, governata dal metodo casistico del bilanciamento (simmetrico). Per tale via, il discorso sulle clausole sociali assume altresì valore simbolico perché consente di cogliere l’imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente “fertilità sociale” dell’ordinamento europeo, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro – basato sul principio di proporzionalità – nell’ambito dei processi in atto di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri.

The Autor analyses the social dimension of the public services outsourcing, referring to the compatibility of “second generation social clauses” with EU legislation, as workers protection devices in public procurement. The Autor develops a social-oriented theory, appraising the strength of EU legal framework: thus, the expected conflict with fundamental economic freedoms is brought down, and it’s ruled by the (well-balanced) balancing test. In this way, the speech about social clauses takes a symbolic meaning too, as a training path for testing the idea of “resocialising Europe” – in the context of economic integration – through a new status for labour law, based on fundamental social benchmarks and enforced by the principle of proportionality.

Key words

Clausole sociali, Esternalizzazioni, Appalti pubblici, Bilanciamento, Proporzionalità, Trasferimento d’azienda.

Social clauses, Outsourcing, Public procurement, Balancing test, Proportionality, Transfer of undertaking.

Federica Minolfi

Come cambia il sistema francese di relazioni industriali: prospettive e prerogative della contrattazione aziendale

Sommario: **1.** Il sistema francese di contrattazione collettiva. **2.** L'emersione degli accordi d'impresa in deroga. **3.** La riforma del 2008 e il suo impatto applicativo: a) la maggiore diffusione della contrattazione aziendale. **4.** (*Segue*) b) La nuova legittimazione degli accordi d'impresa. **5.** L'ai 11 gennaio 2013 e la l. 14 giugno 2013: gli *accords de maintien de l'emploi*. **6.** Alcune considerazioni conclusive.

1. *Il sistema francese di contrattazione collettiva*

Fin dal primo intervento normativo in materia, lo Stato ha un ruolo determinante e prevalente nella definizione delle regole che devono sovrintendere al sistema di contrattazione collettiva, in ordine all'articolazione tra i livelli negoziali, all'individuazione dei soggetti abilitati, nonché alle condizioni di validità dei relativi accordi¹. Compito principale dello Stato è infatti “di organizzare gli spazi di concertazione e di negoziazione e di definire le relazioni tra la legge e la negoziazione”, come del resto riconosce la Costituzione del 1958 al suo art. 34 “il legislatore definisce i principi fondamentali del diritto del lavoro, sindacale e della sicurezza sociale”. Diversamente, è la negoziazione collettiva a non trovare alcun riconoscimento nella Costituzione se non nel suo preambolo, ove si sancisce il diritto dei lavoratori di partecipare alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro, in virtù dei criteri che il solo legislatore è competente a individuare. Questi, pertanto, non può rinviare alle parti il potere di definire e organizzare la struttura del sistema di

¹ Cfr. JEAMMAUD, *Réglementation du travail*, in BEVORT, JOBERT, LALLEMENT, MIAS, *Dictionnaire du Travail*, PUF, 2012, p. 618 ss.; JEAMMAUD, LE FRIANT, LYON-CAEN A., *L'ordonnancement des relations du travail*, in *RD*, 1998, p. 359 ss.; REYNAUD, *Les Syndicats en France*, Seuil, 1975, p. 261.

contrattazione collettiva, salvo disconoscerne la sua stessa competenza². Al riguardo, emerge un primo tratto fortemente discretivo con il sistema italiano di relazioni industriali, tradizionalmente volontaristico e fondato sul noto principio di autonomia collettiva, principio del tutto estraneo all'ordinamento francese³.

In Francia, lo Stato interviene in misura molto incisiva regolando materie che in altri ordinamenti – primo fra tutti l'Italia – sono riservate alla competenza delle parti sociali, quali ad esempio l'orario di lavoro e il salario minimo. Le politiche contrattuali in materia salariale, poste in essere fin dalla l. 11 febbraio 1950 n. 205 che ha restituito alle parti la libertà contrattuale in materia, hanno in realtà dimostrato l'incapacità delle parti stesse di incidere sull'andamento dei salari reali che finiscono per tradursi nell'allineamento delle griglie convenzionali al Salario Minimo Interprofessionale di Crescita (*SMIC*). A tutt'oggi, l'andamento dei salari effettivi in Francia sembra essere determinato più dallo *SMIC* che dall'attività contrattuale delle parti.

Sebbene si debba alla l. 50/205 la liberalizzazione del sistema di contrattazione collettiva, l'unico livello formalmente previsto resta quello di settore (*branche*), che tradizionalmente ha costituito il cuore del sistema francese di contrattazione collettiva. È necessario attendere la l. *Le Chapelier* per la formalizzazione, oltre che del diritto alla contrattazione collettiva, degli altri due livelli negoziali: a monte l'ai (*accord interprofessionnel*) e a valle quello d'impresa (*accord d'entreprise*)⁴. Nonostante l'intervenuta formalizzazione, negli anni '70 il contratto aziendale, definito ancora "accord armistice", stenta ad affermarsi all'interno del sistema di relazioni industriali a causa, da un lato, della persistente debolezza e divisione sindacale, dall'altro, delle forti resistenze datoriali a riconoscere il sindacato quale proprio interlocutore nell'impresa. A quest'ultimo, infatti, sono spesso preferite le rappresentanze

² In tal senso v. BEVORT, JOBERT, *Sociologie du travail*, Armand Colin, 2011, p. 100; OLIVIER, *La place de la négociation collective parmi les sources du droit*, in AA.VV., *La négociation collective*, Panthéon-Assas, 2004, p. 18; BORENFREUND, SOURIAU, *Les rapports de la loi et de la convention collective: une mise en perspective*, in *DS*, 2003, n. 1, p. 77.

³ Sul ruolo e sul differente significato che assume l'espressione "autonomia collettiva" nel sistema francese si rinvia più ampiamente a LE FRIANT, *L'autonomie collective: un idéal ?*, in corso di pubblicazione, p. 2 ss.; v. anche BORENFREUND, SOURIAU, *op. cit.*, p. 75; ANTONMATTEI, *Négociation collective: brève contribution au débat sur la réforme*, *DS*, 2003, n. 1, p. 87; MAZEAUD, *Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux, depuis la Position commune du 16 juillet 2001*, in *DS*, 2003, n. 4, p. 361.

⁴ Sul punto v. BEVORT, JOBERT, *op. cit.*, p. 101 ss., nonché DUFOUR, HEGE, *Evolutions et perspective des systèmes de négociation collective et de leurs acteurs: six cas européens*, *IRES*, 2010, p. 99.

elette, anche se formalmente sprovviste di competenza negoziale. Con le quattro ll. *Auroux* si assiste a una vera e propria rivitalizzazione della contrattazione d'impresa, non più solo formalmente riconosciuta ma favorita e stimolata.

Il processo di graduale decentramento del sistema contrattuale è innescato, non solo attraverso l'istituzione di un obbligo annuale di negoziare a livello di impresa sui salari effettivi, la durata effettiva e l'organizzazione del tempo di lavoro, ma soprattutto con l'apertura del sistema per la prima volta alla possibilità di derogare alle disposizioni di rango superiore, legali o contrattuali, sebbene limitatamente alle clausole di natura salariale. Novità, questa, che però sembra scalfire alcuni dei principi fondanti del sistema, quali il principio del *favor* e di gerarchia da un lato, quello dell'ordine pubblico sociale dall'altro⁵. La verità è che nell'ordinamento francese inizia a farsi strada quella distinzione tra ordine pubblico assoluto⁶ e derogabile.

Con la l. 13 novembre 1982 n. 957 si realizza una vera e propria politica di *recentrage* sull'impresa, facendo dell'azienda, finora tenuta ai margini del sistema⁷, il nuovo motore della struttura contrattuale. Il rischio è però che i datori di lavoro, guardando con favore alla possibilità di aprire il dialogo con il sindacato lì dove esso è più debole, trasformino l'impresa in sede negoziale privilegiata. È infatti dagli anni '80 che iniziano a stipularsi i primi accordi *donnant-donnant*, o contratti di solidarietà, ove a fronte di sacrifici reali di cui si fanno carico i lavoratori corrispondono degli impegni solo virtuali per il datore: il pericolo è che i sindacati finiscano per accettare misure unilateralmente predisposte dall'imprenditore. La contrattazione aziendale da processo diretto alla definizione congiunta di regole rischia di trasformarsi nella passiva accettazione di decisioni manageriali⁸.

⁵ V. vecchio art. l. 132-24 *code du travail* (d'ora in avanti, *c.tr.*), nuovo art. l. 2253-4 *c.tr.*

⁶ Per la nozione di ordine pubblico assoluto si rinvia a JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 623 e PELISSIER, SUPLOT, JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2008, p. 660 ss. Le norme cui viene attribuita tale natura, rientrando nella cd. "*réglementation du travail*", non possono essere derogate neppure in senso più favorevole. Sulla distinzione tra ordine pubblico assoluto e derogabile cfr. BEVORT, JOBERT, *op. cit.*, p. 205; DUFOUR, HEGE, *op. cit.*, pp. 91 ss. e 104 ss.; JOBERT, SAGLIO, *Ré-institutionnaliser la négociation collective en France*, *TE*, 2004, n. 100, pp. 119 e 120; GUARRIELLO, *Tendenze recenti in materia di assetti contrattuali*, FrancoAngeli, 1982, p. 355 ss.

⁷ Così GUARRIELLO, *op. cit.*, p. 369. Sul ruolo che occupa l'impresa nella regolamentazione del diritto del lavoro si rinvia più ampiamente a LYON-CAEN A., *Le droit sans l'entreprise*, in *RDT*, 2013, n. 12, p. 748 ss.

⁸ In tal senso v. BEVORT, JOBERT, *op. cit.*, pp. 207 e 208. Gli aa. mettono in luce i rischi che possono discendere da una pericolosa "contrattazione manageriale".

Già negli anni '90, sebbene perno del sistema resti il contratto di settore grazie all'elevatissima copertura contrattuale (circa il 98% nel settore privato) offerta in favore di 11 milioni di lavoratori, gli accordi collettivi firmati a livello d'impresa aumentano progressivamente; diversamente il livello interconfederale, in quegli stessi anni, conosce una fase di forte declino per tornare in auge solo un decennio più tardi⁹. Una nuova sferzata in favore della contrattazione aziendale è poi inferta dalle ll. *Aubry* sulla riduzione del tempo di lavoro, addirittura raddoppiandosi il numero di accordi d'impresa conclusi tra il 1999 e il 2001 (più di 43.000 in tre anni), mentre sono solo 122 gli accordi di settore firmati in quegli stessi anni¹⁰.

2. L'emersione degli accordi d'impresa in deroga

Gli accordi in deroga (*accords dérogatoires*) fanno la loro prima comparsa nel sistema francese con il d. 16 gennaio 1982, mediante il quale il legislatore, riprendendo la volontà manifestata dalle parti sociali nell'ai 17 luglio 1981, riconosce a un accordo d'impresa o di stabilimento la facoltà di derogare alle disposizioni contenute nel medesimo decreto relative alla organizzazione e ripartizione delle ore di lavoro. Tema, quest'ultimo, che tra l'altro rappresenta una delle materie tipiche di intervento della contrattazione aziendale¹¹.

È a partire dalle ll. *Auroux* che il legislatore manifesta la propria intenzione di fare del diritto contrattuale uno strumento privilegiato per la regolazione del lavoro, con una preferenza per il livello d'impresa. Quello che si inizia a delineare è un processo di "contrattualizzazione"¹² dell'intero sistema giuridico, che per la Francia comporta una pericolosa erosione dello statuto salariale di matrice legislativa. Prima le parti sociali e poi lo stesso legislatore manifestano la volontà di incidere direttamente sulle fonti di diritto del lavoro, per sfruttare i vantaggi che al riguardo sono in grado di offrire le norme contrattuali: garantire, di volta in volta, la soluzione più adeguata alla situa-

⁹ Sulla evoluzione del sistema contrattuale v. BEVORT, JOBERT, *op. cit.*, p. 202 ss.; nonché JOBERT, SAGLIO, *Ré-institutionnaliser la négociation*, cit., p. 114.

¹⁰ Così DUFOUR, HEGE, *op. cit.*, pp. 108 e 109 e OLIVIER, *op. cit.*, p. 17.

¹¹ Cfr. DUFOUR, HEGE, *op. cit.*, p. 91 e JOBERT, *La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982*, in *DS*, 2010, n. 4, p. 368.

¹² In tal senso v. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 362 e SUPLOT, *Un faux dilemme: la loi ou le contrat?*, in *DS*, 2003, n. 1, p. 59.

zione concreta. La tutela, infatti, è tanto più effettiva quanto più gli agenti negoziali sono vicini ai lavoratori da tutelare. Il livello più decentrato è quello che meglio riesce ad adattare la normativa uniforme, legale o contrattuale, alla specifica realtà considerata. Ad affermarsi è una nuova forma di regolazione delle relazioni di lavoro, caratterizzata dall'assenza di uniformità¹³. In effetti, il merito della l. 82/957 è stato proprio quello di aver generalizzato la facoltà di deroga concessa in favore degli accordi d'impresa, sebbene in un primo momento limitatamente alle clausole salariali. La progressiva equiparazione tra i due livelli contrattuali (settoriale e aziendale), abilitati in egual misura a derogare alla legge, determina a sua volta un forte indebolimento non solo del contratto nazionale ma della stessa legge in materia di regolazione delle relazioni di lavoro. Il solo mezzo a disposizione degli accordi d'impresa per conquistare nuovi ambiti di competenza è confiscare potere normativo alla contrattazione di livello superiore, se non alla stessa legge. Tale processo, iniziato nel 1982 e portato a compimento nel 2004, è diretto a modificare la stessa regola che governa il conflitto tra fonti, contrattuali o legali, di differente livello, preferendo non più la disposizione maggiormente favorevole ma quella che contiene il maggior numero di deroghe¹⁴: ad essere modificato è il criterio sul quale fino a quel momento si era fondato l'intero sistema di gerarchia delle fonti del diritto. Il processo, dapprima di mera sostituzione e poi di vera e propria rimozione del principio gerarchico, è però attuato in maniera del tutto graduale dal legislatore. È solo con la riforma del 2008 che esso può dirsi interamente compiuto e parlarsi di una vera e propria suppletività tanto della norma legale rispetto a quella contrattuale, quanto del contratto nazionale rispetto a quello aziendale. È il legislatore del 2008 ad aver decretato la definitiva emancipazione del contratto aziendale, nuovo centro di gravità del sistema¹⁵. Le ll. *Auroux* hanno aperto una breccia nel sistema delle fonti di diritto del lavoro, realizzando quello che è stato definito un vero e proprio "*tremblement de terre*" nel quale si sono inserite prima la l. del 2004 e poi quella del 2008, replicando il sistema¹⁶.

¹³ Così JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 621 ss. e BORENFREUND, SOURIAC, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴ In questi termini VACHET, *L'articulation accord d'entreprise, accord de branche: concurrence, complémentarité ou primauté ?*, in DS, 2009, n. 9/10, p. 896 ss. e SOURIAC, *L'articulation des niveaux de négociation*, in DS, 2004, n. 6, p. 580 ss.

¹⁵ Cfr. JOBERT, *Conventions collectives*, in BEVORT, JOBERT, LALLEMENT, MIAS *op. cit.*, p. 142 e SOURIAC, *op. cit.*, p. 580 ss.

¹⁶ Così BELIER, LEGRAND, *La négociation collective en entreprise*, Éditions Liaisons, 2009, p. 7 e DUFOUR, HEGE, *op. cit.*, p. 92.

L'introduzione del nuovo criterio suppletivo non poteva che essere graduale, anche alla luce delle forti resistenze manifestate da parte di dottrina e giurisprudenza verso tale *bouleversament*. Benché le parti sociali avessero configurato tale eventualità fin dall'ai 1995, al risultato atteso si è pervenuti solo quando i tempi si sono dimostrati maturi, limitandosi il legislatore del 2004 a sostituire e sovrapporre al principio del *favor* un mero criterio di sussidiarietà¹⁷. La l. 4 maggio 2004 n. 391, infatti, recependo solo parzialmente l'invito rivolto al legislatore dalle parti sociali con la Posizione comune 16 luglio 2001, ha modificato gli artt. l. 132-23 e 132-13 *c.tr.* (attuali artt. l. 2253-4 e 2252-1).

Numerosi sono stati i nodi da sciogliere per configurare tale sussidiarietà, primo fra tutti la natura del principio del *favor*. La Corte Costituzionale francese fin dalla celebre sentenza del 25 luglio 1989¹⁸ ha escluso fermamente il valore costituzionale del principio di favore, così come nelle pronunce successive ha provveduto a chiarire e rafforzare la portata della sua posizione originaria¹⁹. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, cui tra l'altro si sono in larga parte ispirate le parti sociali, il principio del *favor* non può che essere considerato come uno dei principi fondamentali di diritto del lavoro che il legislatore pone ai sensi dell'*alinéa* 8 del Preambolo della Costituzione del 1946 e dell'art. 34 della Costituzione del 1958. Nell'esercizio di tale competenza, attribuitagli in via esclusiva, il legislatore è libero di estendere l'area di intervento delle parti sociali, essendo tenuto a rispettare unicamente i diritti e le libertà di rango costituzionale; sebbene, anche con riguardo a questi ultimi, vi sia stata una certa apertura della Corte Costituzionale in favore della competenza delle parti²⁰.

Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale è ormai chiaro, tanto al legislatore quanto all'opinione pubblica, che il criterio di sussidiarietà possa tranquillamente coesistere con il principio di favore poiché si tratta solo di intendere in maniera diversa il tradizionale sistema di gerarchia delle fonti²¹. Conclusione, quest'ultima, che oltre a trovar conferma nella teoria

¹⁷ Cfr. LYON-CAEN G., *Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective*, in *DS*, 2003, n. 4, p. 359; MAZEAUD, *op. cit.*, p. 363; SUPLOT, *op. cit.*, p. 63 ss.; BOREN-FREUND, SOURIAU, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸ Cons. Const. 25 luglio 1989, n. 89-257.

¹⁹ V. Cons. Const. 20 marzo 1997, n. 97-388 e 13 gennaio 2003, n. 2002-465.

²⁰ Cfr. Cons. Const. 6 novembre 1996, n. 96-383 e 7 agosto 2008, n. 2008-568. Sul punto v. anche LE FRIANT, *op. cit.*, p. II ss.

²¹ V. ANTONMATTEI, *op. cit.*, pp. 89 e 90.

della regolazione sociale di *Reynaud*²² è quella cui ha infine aderito parte della dottrina²³. In virtù di tale posizione, condivisa anche in epoca successiva, si ritiene infatti che con l'intervento del 2004 il legislatore si limiterebbe in realtà ad ammettere una delle tante interpretazioni possibili dell'art. l. 132-23 *c.tr.* (attuale art. l. 2253-1), norma che appunto non è stata toccata neppure dalla riforma del 2008. Altra parte della dottrina²⁴, invece, è rimasta dell'idea che la legittimità delle clausole contrattuali – in deroga alla legge – possa essere ammessa solo nei limiti in cui le stesse mantengano un livello di protezione quantomeno equivalente a quello garantito dalla legge. Secondo altri ancora²⁵ non si tratterebbe neppure di mettere in discussione il principio di favore, stante l'inesistenza di una articolazione gerarchica tra i livelli contrattuali, lì dove siano le stesse parti firmatarie del contratto nazionale ad autorizzare quello aziendale a derogarvi.

Infine, vi è chi²⁶ continua a manifestare una certa resistenza verso una riforma che intende spostare definitivamente l'ago della bilancia contrattuale a livello d'impresa. Tali autori, che fondano la loro posizione su una visione più realistica dell'intervento legislativo, peraltro confermata da una certa corrente giurisprudenziale²⁷, ritengono che disposizioni di ordine pubblico, quali i vecchi artt. l. 132-23 e 135-2 *c.tr.* (attuali artt. l. 2253-1 e 2254-1) che si fanno garanti del principio di favore e dell'imperatività dei contratti nazionali, in quanto tali, non possano rientrare nella disponibilità del legislatore.

A supportare la riforma, ed in particolare la volontà di parti e legislatore di trasmettere gradualmente verso una vera e propria suppletività, è intervenuta prima la prassi e poi la stessa giurisprudenza. Già a partire dalle due ll.

²² Per *Reynaud* le norme collettive, rappresentando il giusto compromesso di volta in volta raggiunto tra interessi contrapposti, sono destinate ad essere rimesse periodicamente in discussione. Cfr. REYNAUD, *Régulation social (théorie de la)*, in BEVORT, JOBERT, LALLEMENT, MIAS, *op. cit.*, p. 631; REYNAUD, RICHEBÉ, *Règles, conventions et valeurs, plaidoyer pour la normativité ordinaire*, in *Revue française de sociologie*, 2007, n. 48-1, p. 3 ss.; REYNAUD, *La négociation, l'accord, le dispositif*, in DE TERSAC, *La Théorie de la régulation sociale de Jean-Daniel Reynaud. Débats et prolongements*, La Découverte, 2003, p. 179 ss.

²³ LYON-CAEN G, PELISSIER, SUPLOT, *Droit du Travail*, Dalloz, 1998.

²⁴ BORENFREUND, SOURIAU, *op. cit.*, pp. 82 e 83.

²⁵ RODIÈRE, *Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle*, in *DS*, 1982, n. 11, p. 771 e MORIN, *L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995*, in *DS*, 1996, n. 1, p. 15.

²⁶ BELIER, LEGRAND, *op. cit.*, p. 258 ss.

²⁷ Cfr. Tribunal de Grande Instance Parigi 14 maggio 2002, in *Semaine Social Lamy*, 2002, n. 1084 e Ca Parigi 24 settembre 2004, in *RJS*, 2003, n. 1419.

Aubry, infatti, iniziano a fare la loro comparsa nei contratti nazionali numerose disposizioni espressamente qualificate suppletive, senza che la natura di tali clausole abbia costituito alcun limite al procedimento di estensione dei relativi accordi²⁸. D'altra parte, sulla legittimità di simili clausole ha avuto occasione di pronunciarsi anche la Cassazione, riconoscendo alle parti la facoltà – ove lo ritengano opportuno – di accantonare il principio di favore, che pertanto rientra nella loro disponibilità.

3. *La riforma del 2008 e il suo impatto applicativo: a) la maggiore diffusione della contrattazione aziendale*

Al fine di dare compiuta realizzazione al processo di profonda revisione dell'intero sistema di contrattazione collettiva, la scelta del legislatore nel 2008 è di intervenire rimuovendo definitivamente il criterio gerarchico in favore della suppletività e della centralità del contratto aziendale²⁹. Che l'intenzione sia ormai di ribaltare completamente il sistema previgente trova conferma nella tesi dell'incoerenza dell'attuale art. l. 2253-2 *c.tr.*, ove si lascia sopravvivere l'obbligo per l'accordo aziendale che deroghi a previgenti clausole nazionali di adeguare le sue disposizioni – anche meno favorevoli – ad un successivo contratto di settore. Altrove³⁰, invece, il legislatore ha provveduto a rimuovere un simile obbligo pronunciandosi in favore della deroga, che ormai è diventata la regola, nonché della centralità del contratto aziendale destinato a prevalere in caso di conflitto.

La l. 20 agosto 2008 n. 789 non interviene sulle materie nelle quali gli accordi d'impresa sono stati già autorizzati a derogare nel 2004, tanto ai contratti nazionali quanto alla legge, e che coprono ormai l'intera disciplina del rapporto di lavoro con salvezza di soli quattro ambiti di competenza. Diversamente, ora il legislatore intende rimuovere tutti gli inconvenienti della l.

²⁸ Così è stato, ad esempio, per gli accordi industria tessile 16 ottobre 1998, industria chimica 8 febbraio 1999, metallurgia 29 gennaio 2000, industria petrolifera 6 maggio 1999. Tali accordi, oltre ad avere tutti per oggetto la riduzione del tempo di lavoro, sono stati estesi all'intera categoria di riferimento. In Francia, infatti, tutti i contratti collettivi godono di un'efficacia *erga omnes* grazie ad una peculiare procedura estensiva che culmina con l'adozione di un decreto del Ministro del Lavoro.

²⁹ Così VACHET, *op. cit.*, p. 897 ss. e SOURIAU, *op. cit.*, p. 583.

³⁰ V. artt. l. 2252-1 e 2253-1 *c.tr.* che regolano il conflitto tra un accordo di settore o d'impresa e un contratto di livello superiore (rispettivamente, interconfederale o nazionale).

2004/391 che, avendo impedito alla contrattazione d'impresa di diffondersi effettivamente e di estendersi a nuovi ambiti, rientrano fra le cause della sua sfortunata esperienza applicativa³¹. Nel quadro della l. 2004/391, la contrattazione aziendale continua ad incidere su materie già da tempo regolate dagli accordi d'impresa, in primo luogo sul tempo di lavoro. La diffusione di tale livello negoziale sul tema dell'organizzazione del tempo di lavoro non si deve allora alla l. del 2004 ma ad interventi legislativi precedenti, quali le due ll. *Aubry* e la l. 17 gennaio 2003, mediante i quali le parti erano già state autorizzate a derogare alla durata legale del lavoro e alle ore di lavoro supplementari. Anzi, a partire dal 2003 il numero di accordi d'impresa conclusi sul tema classico del tempo di lavoro piuttosto che aumentare inizia a diminuire, collocandosi solo al secondo posto subito dopo salari e premi. Ciò dimostra come la legge non sia riuscita ad incentivare la contrattazione aziendale, neppure in un suo storico ambito di competenza³².

Un primo inconveniente, sebbene non lo si possa far rientrare tra le cause determinanti di scarsa diffusione della contrattazione aziendale, è sicuramente rappresentato dalla tecnica della autorizzazione implicita, confermata nel 2008. Tale scelta legislativa, diametralmente opposta a quella adottata nella riforma italiana, comporta innanzitutto la necessità di dover attendere la stipula di nuovi contratti di settore, procedendo alla loro *dénonciation* o *révision* in modo che le parti possano operare la relativa scelta³³. Come del resto riconosciuto dalla Corte Costituzionale³⁴, il silenzio dei contratti nazionali in vigore non può certo valere quale autorizzazione implicita. Vi è però il rischio, rilevato nel corso della relazione all'Assemblea nazionale, che le parti finiscano per svuotare di contenuto l'intervento riformatore configurando una sorta di imperatività automatica dei contratti di settore³⁵. Secondo parte

³¹ Simili considerazioni emergono dal bilancio quadriennale elaborato dal Ministero del Lavoro il 17 gennaio 2008 sull'applicazione della legge, v. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Quatre ans après la loi du 4 mai 2004: un bilan pour le moins mitigé des dérogations*, 17 gennaio 2008; nonché da un'inchiesta condotta su 10 settori che raggruppano il 15-20% dell'insieme dei lavoratori occupati nelle categorie dell'industria, del commercio, dell'edilizia e dei servizi alle persone, v. JOBERT, SAGLIO, *La mise en œuvre des dispositions de la loi du 4 mai 2004 permettant aux entreprises de déroger aux accords de branche*, CNRS, 2005, p. 15 ss.

³² Così JOBERT, *La négociation collective*, cit., p. 373.

³³ Il problema è rilevato da BELIER, LEGRAND, *op. cit.*, p. 255 e SOURIAU, *op. cit.*, pp. 582 ss. e 588.

³⁴ Cons. Const. 13 gennaio 2000, in *JO*, 20 gennaio 2000, p. 992.

³⁵ V. ANCIAUX, *Rapport à l'Assemblée nationale*, 2004, n. 1273, p. 167 e SOURIAU, *op. cit.*, p.

della dottrina³⁶, invece, non vi sarebbero particolari problemi al riguardo poiché le parti, in virtù del principio di autonomia collettiva, possono disporre direttamente dell'effetto imperativo del contratto. In realtà la pratica si è dimostrata ancora molto lontana dalla teoria, a conferma della insoddisfacente applicazione della l. 2004/391. Come infatti emerge dalle statistiche elaborate dal Ministero del Lavoro, la percentuale di accordi d'impresa formalmente autorizzati dai contratti di settore fino al 2008 è veramente bassissima (meno del 20%) ed il numero di accordi poi effettivamente conclusi è destinato ad abbassarsi ulteriormente (complessivamente una sessantina).

La situazione cambia radicalmente con l'entrata in vigore della l. 2008/789 che, al di là della migliore fortuna applicativa – le parti sociali hanno ormai assimilato ed integrato nella loro azione la nuova regola –, consente di pervenire ad apprezzabili risultati. La legge riesce ad incentivare effettivamente la contrattazione aziendale, innanzitutto in materia di tempo di lavoro ove torna ad aumentare il numero di accordi conclusi. Oltre che sul tempo di lavoro, gli accordi d'impresa incominciano ad incidere anche su altre materie, prima fra tutte l'occupazione, e in particolare sulla gestione programmata su base triennale di occupazioni e competenze (*gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, cd. *GPEC*), sulla formazione professionale in termini di riqualificazione, sul mantenimento dell'occupazione dei lavoratori anziani, sebbene si contrattino nel solo ambito dell'obbligazione pluriennale e il numero di accordi nel 2011 e 2012 sia in fortissima diminuzione rispetto ai due anni precedenti, nonché sull'occupazione precaria dei giovani. In un contesto di crisi economica ed elevata disoccupazione, soprattutto giovanile, a partire dal 2008 cresce l'interesse per i contratti a tempo determinato, nonché per nuove tipologie contrattuali, anche originali, quali i *contrats intermittents* a tempo indeterminato o il *contrat de génération* (reso obbligatorio nel 2013 per le imprese di almeno 300 lavoratori³⁷) diretti a garantire una maggiore stabilità nell'occupazione. Gli accordi d'impresa continuano a re-

585. Nella maggior parte dei casi le parti hanno inserito, ad ogni rinnovo settoriale, una clausola inibitoria espressa.

³⁶ CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in *Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 256; MORIN, *op. cit.*, p. 15.

³⁷ V.l. 1° marzo 2013, n. 185. Il *contrat de génération* è diretto a favorire tanto l'inserimento dei giovani, quanto il mantenimento nell'occupazione degli anziani. Anche in questo caso, come per la *GPEC*, la contrattazione aziendale è incentivata per il tramite dell'istituzione di un'obbligazione triennale a negoziare.

golare materie che rientrano in alcuni dei loro storici ambiti di competenza, quali i salari e i premi, il diritto sindacale e la previdenza. Nel 2012 salari e premi si collocano al primo posto, raggiungendo una percentuale pari al 36%, seguiti ancora una volta dal tema classico dell'organizzazione del tempo di lavoro, che rappresenta il 23% degli accordi ed è agevolato dalla semplificazione introdotta con la l. 2008/789. È pur vero che il significativo aumento, registratosi nel 2011 e 2012, è in gran parte dovuto alla circostanza che il tema dell'organizzazione del tempo di lavoro sia spesso affrontato in sede di accordi sull'eguaglianza professionale (ben 1.500 testi)³⁸.

Si assiste ad un generale indebolimento del ruolo della contrattazione di settore nella definizione del salario: dei 627 contratti stipulati a tale livello nel 2008 solo la metà può dirsi “attiva”, sebbene anche questi ultimi si traducano nella mera riproposizione di disposizioni legali fissando i minimi retributivi ben al di sotto del salario minimo legale. Benché nel 2011 si sia avuta una rivalorizzazione dello *SMIC*, che dalla soglia dell'1,6% del 1° gennaio 2011 raggiunge quella del 2% del tasso di inflazione a fine 2011, seguita da una doppia rivalorizzazione nel 2012 del +0,3% al 1° gennaio e del +2% al 1° luglio, resta un generale indebolimento del ruolo della contrattazione nazionale in materia di salario minimo. La rinnovata dinamica che in tale materia vivono gli accordi di settore nel 2012 sembra potersi addebitare prevalentemente ai due cicli di rivalutazione che hanno comportato, nella maggior parte delle categorie, la necessità di procedere ad una nuova negoziazione nel secondo semestre per mantenere le griglie convenzionali almeno al livello dello *SMIC*.

Sebbene non si realizzi un vero e proprio smantellamento del sistema di contrattazione collettiva, come dimostra il tasso di copertura contrattuale che a livello nazionale resta piuttosto elevato³⁹, dalla riforma la *convention de branche* – ad eccezione di alcuni settori ove resta attiva e dinamica⁴⁰ – ne esce gene-

³⁸ Come emerge, ancora una volta, dalle statistiche elaborate dal Ministero del Lavoro v. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Bilans et Rapports. La négociation collective en 2012*, 2013, pp. 382 ss., 418 ss. e 444 ss.; ID., *Bilans et Rapports. La négociation collective en 2011*, 2012, pp. 299 ss., 428 ss. e 527. I dati sono confermati anche da un'inchiesta condotta su dodici imprese appartenenti a settori dalle caratteristiche socio-economiche contrastanti (quali industria farmaceutica, industria agroalimentare, plastica, commercio tessile e abbigliamento), v. BETHOUX, JOBERT, SURUBARU, *Quel renouvellement de l'action syndicale sur l'emploi*, in *Revue de la CFDT*, 2012, n. 107, p. 52 ss.; nonché ID., *Un renouvellement de l'action syndicale sur l'emploi*, *IRES*, 2011, pp. 11 ss., 34 ss. e 55 ss.

³⁹ Così LE FRIANT, *op. cit.*, p. 12 e JOBERT, *Conventions collectives*, cit., p. 141.

⁴⁰ Sul punto si rinvia più ampiamente a MIAS, *La configuration européenne d'une branche: les*

ralmente indebolita e svuotata di contenuti, soprattutto se si compara la sua attuale posizione con quella determinante e centrale ricoperta durante i cd. “*Trente Glorieuses*”⁴¹. La riduzione dello spazio riservato fino a qualche tempo fa ai contratti di settore avviene a tutto vantaggio della contrattazione aziendale. Già nel 2010 si rileva una crescita del 18% degli accordi d’impresa (ne sono firmati 33.826), mentre il numero di quelli settoriali resta piuttosto stabile (1.136); nel 2011 tale fenomeno si accentua ulteriormente (sono 33.869 gli accordi conclusi) per non parlare poi del 2012, anno in cui vengono firmati ben 5.000 accordi in più (38.799). È pur vero che il significativo aumento degli accordi d’impresa, registratosi nel 2012, è in gran parte dovuto al rafforzamento dell’obbligazione legale in materia di eguaglianza professionale uomo-donna, avvenuto con la l. 2010/1330 e che incide in misura pari al 17%⁴².

La maggiore diffusione conosciuta dalla contrattazione aziendale a partire dal 2008 deve essere in parte attribuita alla legittimazione negoziale degli eletti del personale, formalizzata nel 2004 e rafforzata ulteriormente nel 2008⁴³. Ciò significa anche che la contrattazione aumenta insieme alla dimensione dell’impresa, restando esclusa dalla negoziazione con gli eletti del personale – che si aggira intorno all’11,5% – la maggioranza dei lavoratori occupata nelle imprese con meno di 50 dipendenti. Il dato, per quanto significativo, non deve allarmare più di tanto poiché la maggior parte degli accordi d’impresa continua ad essere firmata dai soli delegati sindacali (il 47,9% nel 2012, con un aumento pari al 17% rispetto all’anno precedente)⁴⁴.

télécommunications, in JOBERT, GUARRIELLO, HEIDLING, *Les nouveaux cadres du dialogue social*, Peter Lang, 2008, p. 129 ss.

⁴¹ Durante tali anni, infatti, la contrattazione di settore aveva conosciuto il suo periodo di maggior fortuna e diffusione.

⁴² Cfr. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Bilans et Rapports 2012*, cit., pp. 19 ss., 297 ss. e 505 ss.; nonché ID., *Bilans et Rapports 2011*, cit., p. 527 ss.

⁴³ Sulla legittimazione negoziale dei rappresentati del personale cfr. FAVENNEC-HÉRY, VERKINDT, *Droit du Travail*, Lextenso, 2014, p. 181; VATINET, *Négociation d’entreprise et négociation de groupe*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 56 e GAURIAU, *La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 71. Come noto, la distinzione tra eletti del personale e delegati sindacali discende dall’adozione di un sistema dualistico di rappresentanza.

⁴⁴ V. JOBERT, *La négociation collective dans la crise: innovations institutionnelles et sociales*, in *DS*, 2013, n. 4, pp. 332 e 333, l’a. sottolinea l’incidenza che ha avuto la legittimazione negoziale delle rappresentanze del personale nella diffusione della contrattazione aziendale. Per le percentuali rilevate si rinvia a MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Bilans et Rapports 2012*, cit., p. 513 ss.; nonché cfr. JOBERT, *Conventions collectives*, cit., p. 142 ss. e DIDRY, JOBERT, *Les accords de méthode, une logique d’engagement face aux restructurations*, in *L’entreprise en restructuration*, PUR, 2010, p. 127 ss.

4. (Segue) b) *La nuova legittimazione degli accordi d'impresa*

La maggior fortuna della l. 2008/789 è riconducibile alla circostanza che essa sia intervenuta non solo sulle condizioni di validità degli accordi, già modificate nel 2004, ma anche su quelle di legittimazione delle parti negoziali; intervento reso tra l'altro necessario dalla maggiore autonomia concessa agli accordi d'impresa, al fine di tutelare le minoranze⁴⁵. La scelta, passando attraverso la teoria *durkheimiana* degli anni '90⁴⁶, è stata di avvicinare le regole della democrazia sociale a quelle della democrazia politica facendo del voto espresso dalla maggioranza dei lavoratori il criterio fondante dell'imperatività dell'accordo, così da pervenire a un modello di democrazia rappresentativa⁴⁷. È l'idea maggioritaria a divenire criterio di legittimazione dei soggetti negoziali o di validità dell'accordo, a seconda della scelta di volta in volta effettuata dal legislatore, tale da garantire la legittimità dell'atto. Il merito della l. 2008/789, infatti, è di aver distinto per la prima volta tra validità dell'accordo e legittimazione delle parti, criteri che in passato avevano finito per sovrapporsi, nonché tra legittimazione a trattare e a concludere. È ora lo stesso criterio di legittimazione negoziale a divenire uno dei requisiti che concorrono alla validità dell'accordo.

Ulteriore pregio dell'intervento del 2008 è aver reso le due diverse declinazioni del principio maggioritario, quella positiva di approvazione (*majorité d'adhésion*) e quella negativa di opposizione (*droit d'opposition*)⁴⁸, criteri

⁴⁵ Sul punto cfr. BORENFREUND, *Représentativité syndicale et négociation collective*, in *DS*, 2013, n. 4, pp. 300 e 301. È nel momento in cui si amplia la facoltà di deroga concessa in favore della contrattazione aziendale che diviene essenziale garantire la posizione dei lavoratori che, sebbene appartengano alla minoranza che non ha voluto l'accordo peggiorativo, sono comunque tenuti a sopportarne gli effetti.

⁴⁶ DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, 1990 e DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 1986.

⁴⁷ Sul tema si rinvia più ampiamente a REYNAUD, *Régulation sociale*, cit., p. 636; VERKINDT, *Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 19; RAY, *L'accord d'entreprise majoritaire*, in *DS*, 2009, n. 9/10, p. 887; BONNARD-PLANCKE, *Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majorité en matière de négociation collective*, in *DS*, 2005, n. 9/10, p. 869 ss.; RAY, *Les curieux accords dits majoritaires de la loi du 4 mai 2004*, in *DS*, 2004, n. 6, p. 593; ANTONMATTEI, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁸ A norma dell'art. l. 2232-12 *c.tr.*, ai fini dell'esercizio del diritto di veto, rileva la sola maggioranza assoluta (il 50% +1). Sul punto cfr. Cass. Soc. 10 luglio 2013, nn. 12-16.2010 e 12-21.180 nota di ODOUL-ASOREY, in *RDT*, 2013, n. 10, p. 641 e di DEDESSUS-LE-MOUSTIER, in *LSJ*, 2013, n. 36, p. 1576.

cumulativi, e non più alternativi, rimuovendo così uno dei maggiori inconvenienti della riforma del 2004⁴⁹. Quest'ultima, sebbene avesse generalizzato la regola positivamente maggioritaria quale criterio di validità di tutti gli accordi d'impresa e non più dei soli accordi in deroga⁵⁰, rinviando la scelta del criterio in concreto applicabile ad un successivo accordo di settore (*accord de branche étendu*) in pratica mai adottato, aveva finito per far divenire la maggioranza negativa la regola e per dar luogo ad accordi solo fittiziamente maggioritari⁵¹. Si è provveduto, inoltre, ad abbassare la soglia richiesta per la maggioranza di approvazione dal 50% al 30%, nonché ad estenderla a tutti i livelli contrattuali, compreso quello interconfederale per il quale non opera più la regola della maggioranza numerica⁵².

L'*audience* elettorale del 30%, cui se ne affianca una del 10% che il delegato sindacale deve raggiungere individualmente⁵³, è riferita ai suffragi che il sindacato abbia ottenuto nel corso delle ultime elezioni professionali al comitato d'impresa, alla delegazione unica del personale o dei delegati del personale, indipendentemente dal numero di votanti⁵⁴. Ad una presunzione discendente di rappresentatività si sostituisce un meccanismo di misurazione che parte dai risultati ottenuti a livello d'impresa. Si ritiene, infatti, che siano queste le elezioni con la percentuale più elevata di affluenza alle urne⁵⁵. In

⁴⁹ V. MAZEAUD, *Un nouveau droit syndical ou un droit syndical rénové?*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 76; BEVORT, *De la position commune sur la représentativité au projet de loi: renouveau et continuité du modèle social français*, in *DS*, 2008, n. 7/8, p. 828; RAY, *L'accord d'entreprise*, cit., p. 887 ss.

⁵⁰ Cfr. RAY, *L'accord d'entreprise*, cit., p. 891; BONNARD-PLANCKE, *op. cit.*, p. 868; RAY, *Les curieux accords*, cit., pp. 592 ss. e 596 ss.; JOBERT, SAGLIO, *Ré-institutionnaliser la négociation*, cit., pp. 121 e 122; LYON-CAEN G., *Pour une réforme*, cit., p. 357.

⁵¹ Così RAY, *Les curieux accords*, cit., pp. 594 e 595. Ai fini della validità dell'accordo era sufficiente che i sindacati rappresentativi, nella misura del 30%, non avessero esercitato il diritto di veto di cui erano titolari.

⁵² V. artt. l. 2232-2, 2232-6 e 2232-12 *c.tr.* Regola che, condizionando la validità dell'accordo alla firma da parte della maggioranza dei sindacati rappresentativi, non era affatto sinonimo di democrazia sindacale.

⁵³ Sul tema più ampiamente cfr. FAVENNEC-HÉRY, VERKINDT, *op. cit.*, p. 179; DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *Désignation d'un délégué syndical en l'absence de candidat ayant obtenu 10% des suffrages*, in *LSJ*, 2013, n. 13, p. 609; NEAU-LEDUC, *Perte de représentativité et sort de l'accord collectif d'entreprise*, in *DS*, 2009, n. 9/10, p. 911; BEVORT, *op. cit.*, p. 827; nonché v. Cass. Soc. 27 febbraio 2013, nn. 12-15.807, 12-17.221 e 12-18.828.

⁵⁴ Circostanza che, a differenza di quanto accadeva negli anni '80, consente di raggiungere più agevolmente la soglia di rappresentatività necessaria.

⁵⁵ Così COMBREXELLE, *La réforme de la représentativité syndicale: vue de la salle des machines*, in *DS*, 2013, n. 11, p. 932 e NEAU-LEDUC, *op. cit.*, p. 910. Al fine rilevano le solo elezioni generali

tal modo, però, si finisce per escludere il voto dei lavoratori occupati nelle imprese con meno di 11 dipendenti, ovvero il voto di circa 4 milioni di lavoratori. Per ovviare all'inconveniente, su sollecitazione del Consiglio di Stato, la l. 15 ottobre 2010 n. 1215 ha introdotto delle elezioni specificatamente organizzate per i lavoratori occupati nelle *très petites entreprises*, da svolgersi su base regionale ogni quattro anni⁵⁶. Restano invece i dubbi sollevati con riguardo alla *révision*, la cui procedura non è stata ancora adeguata alle nuove regole in materia di rappresentatività sindacale⁵⁷.

Come si è detto, il legislatore è intervenuto anche sulla legittimazione delle parti a sedere al tavolo delle trattative negoziali, modificando i criteri di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali che, introdotti nel 1945, non erano stati più aggiornati. Dei nuovi criteri, tutti di ordine pubblico⁵⁸, il più rilevante è sicuramente quello dell'*audience* elettorale – del 10% o dell'8% – che non a caso rientra fra quelli funzionali a identificare un sindacato come rappresentativo⁵⁹. Per questa strada, la riforma realizza un obiettivo importante: rimuovere definitivamente il criterio della rappre-

e non quelle parziali, cfr. Cass. Soc. 13 febbraio 2013, n. 12-18.098 nota di GUYOT, in *LSJ*, 2013, n. 14, pp. 666 e 667 e Cass. Soc. 6 gennaio 2011, n. 10-60.169 e 13 ottobre 2010, n. 09-60.20.

⁵⁶ Più ampiamente cfr. COMBREXELLE, *op. cit.*, p. 935; FAVENNEC-HÉRY, *L'accès à la représentativité*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 21; GAURIAU, *op. cit.*, p. 68; NADAL, *Rénovation de la démocratie sociale, représentativité syndicale et salariés «sans voix»: à propos de l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 29 avril 2010*, in *RDT*, 2010, n. 9, p. 525 ss. Il fine è di farle di coincidere con il ciclo delle elezioni professionali, consentendo una misurazione effettiva della rappresentatività sindacale che tenga conto anche del voto dei lavoratori delle piccole imprese.

⁵⁷ Sulle problematiche che solleva la procedura di revisione degli accordi e le soluzioni prospettate dalla dottrina per superare l'inconveniente si rinvia a NADAL, *Fluctuations de la représentativité syndicale et perturbations de la vie juridique des conventions et accords collectifs de travail*, in *DS*, 2013, n. 4, p. 329 ss.; NADAL, *Les transformation relatives à la vie juridique des accords collectifs*, relazione al *Colloque de Droit du Travail*, 7 dicembre 2012; PALLI, *La révision des conventions collectives de travail à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale*, in *RDT*, 2010, n. 3, pp. 159 e 160; NEAU-LEDUC, *op. cit.*, p. 912 ss.

⁵⁸ Così Cass. Soc. 18 maggio 2011, nn. 10-60.406 e 10-60.258 nota di BROUSSE, in *RDT*, 2011, p. 449 ss. Sul carattere di ordine pubblico delle regole di validità degli accordi cfr. anche Cass. Soc. 4 febbraio 2014, n. 12-35.333 nota di TISSANDIER, in *RDT*, 2014, n. 5, p. 350 ss, e di PETIT, in *DS*, 2014, n. 5, pp. 483 e 484. Sull'ammissibilità convenzionale di un differente trattamento tra sindacati rappresentativi v. Cass. Soc. 29 maggio 2013, n. 12-26.955 nota di ODOUL-ASOREY, in *RDT*, 2013, n. 10, p. 639 ss., PÉCAUT-RIVOLIER, in *DS*, 2013, n. 7/8, p. 597 ss., RADÉ, in *DS*, 2013, n. 7/8 p. 604 ss. e di DEDESSUS-LE-MOUSTIER, in *LSJ*, 2013, n. 25, p. 1225.

⁵⁹ In tal senso v. Cass. Soc. 14 novembre 2013, n. 12-29.984 nota di PETIT, in *DS*, n. 2, p. 180 ss., ODOUL-ASOREY, in *RDT*, 2014, n. 2, pp. 127 ss. e di RADÉ, in *DS*, n. 1, p. 84 ss.; Cass. Soc. 29 febbraio 2012, n. 11-13.748.

sentatività presunta (*représentativité presumée irrefragable*), della quale – a partire dal famoso d. 3 marzo 1966 – avevano beneficiato le organizzazioni sindacali del cd. *Club des Cinq*, oggi tenute anch'esse, al pari di tutte le altre, a raggiungere la fatidica soglia di *audience* elettorale. È in base a tale *audience* che poi il Ministro del Lavoro, previo parere dell'Alto Consiglio del dialogo sociale, redige ogni quattro anni la lista delle organizzazioni rappresentative a livello interconfederale e settoriale⁶⁰. È con riguardo alla nuova lista, e non più alle cinque organizzazioni storicamente rappresentative, che continua a trovare applicazione il criterio della rappresentatività per affiliazione⁶¹. Per la rappresentatività presunta, invece, sopravvive un'unica eccezione: al di là del periodo transitorio e del cd. *super période transitoire* di ulteriori quattro anni di cui godono i soli contratti interconfederali e di settore⁶², continua ad applicarsi nell'ambito della sezione sindacale, ove i sindacati rappresentativi a livello nazionale o interconfederale restano gli unici competenti a nominare delegati con funzioni anche negoziali⁶³. Il rischio è però di trasformare tale

⁶⁰ V. GAURIAU, *op. cit.*, p. 62 e FAVENNEC-HÉRY, *op. cit.*, pp. 26 e 27. Dalla nuova lista, definita con d. 30 maggio 2013, non emerge alcun cambiamento del paesaggio sindacale confermandosi la rappresentatività delle organizzazioni storicamente rappresentative (CGT, CFDT, CGT-FO, CFE-CGC, CFTC), con l'unica differenza che ora ne viene quantificato il peso di ciascuna, cfr. COMBREXELLE, *op. cit.*, p. 939. Il paesaggio cambia invece all'interno delle singole categorie, ove grazie alla rappresentatività misurata emergono alcune realtà sindacali nuove (UNSA e *Solidaires*). Per effetto della l. 5 marzo 2014 n. 288, a partire dal 2017 la lista sarà stilata ogni quattro anni anche per le organizzazioni imprenditoriali.

⁶¹ Su affiliazione e disaffiliazione sindacale cfr. BORENFREUND, *op. cit.*, p. 302 ss.; PERNOT, *L'affiliation syndicale, le sens de la représentativité syndicale*, in *DS*, 2013, n. 4, p. 306 ss.; GRÉVY, *La capacité d'intervention des syndicats face au nouveau régime de la représentativité*, in *DS*, 2103, n. 4, p. 312 ss.; v. anche Cass. Soc. 16 ottobre 2013, n. 12-60.281 nota di CORRIGNAN-CARSIN, in *LSJ*, 2013, n. 46, pp. 2079 e 2080; nonché v. Cass. Soc. 28 novembre 2012, n. 12-14.528; Cass. Soc. 12 aprile 2012, nn. 11-22.290 e 11-22.291 nota di ODOUL-ASOREY, in *RDT*, 2012, n. 6, p. 375 ss.; Cass. Soc. 18 maggio 2011, nn. 10-60.069, 10-60.264, 10-60.273, 10-60.300 e 10-21.705 nota di GRÉVY, in *RDT*, n. 9, 2011, p. 489 ss.

⁶² Tali livelli contrattuali già usufruiscono di un periodo transitorio più lungo (fino al 21 agosto 2013), mentre per quello aziendale la scadenza è fissata al 21 agosto 2012. V. Cass. Soc. 10 febbraio 2010, n. 09-60244. In un caso, come nell'altro, il periodo transitorio è previsto al fine di consentire ai sindacati di organizzare le elezioni e raccogliere i relativi dati. Sull'immediata applicazione dei nuovi criteri di rappresentatività, ad eccezione dell'*audience* elettorale, cfr. Cass. Soc. 10 marzo 2010, nn. 09-60246, 09-60065 e 09-60282; Cass. Soc. 8 luglio 2009 nota di LAGESSE, BOUFFIER, in *DS*, 2011, n. 1, p. 73 ss. e di BORENFREUND, in *RDT*, 2010, n. 5, p. 308 ss.

⁶³ V. art. l. 2143-23 *c.tr.* Sul punto cfr. BELIER, LEGRAND, *op. cit.*, p. 117 ss.; MAZEAUD, *Un nouveau droit*, cit., pp. 74 e 75; TEYSSIE, *2008-2012: les syndicats, le législateur et le juge*, in *LSJ soc.*, 2012, n. 22, p. 15. La facoltà di istituire la sezione sindacale, sebbene fosse stata riconosciuta fin

sezione nell'anticamera per l'accesso alla rappresentatività e il suo rappresentante nell'agonia per la perdita di essa⁶⁴.

5. *L'ai 11 gennaio 2013 e la l. 14 giugno 2013: gli accords de maintien de l'emploi*

Il processo di decentramento e contrattualizzazione, non solo del sistema di relazioni industriali ma dell'intero diritto del lavoro, è definitivamente portato a termine con l'ai (*accordo national interprofessionnel*) firmato da CFDT, CFCT e CFE-CGC l'11 gennaio 2013⁶⁵ e recepito nella l. 14 giugno 2013 n. 504⁶⁶. Nonostante molte delle previsioni dell'accordo necessino di essere specificate e precisate⁶⁷, cosa che è avvenuta dapprima con il progetto di legge e poi con la stessa legge, è possibile cogliere immediatamente la volontà delle parti di decretare la definitiva liberalizzazione ed emancipazione del contratto aziendale, ormai posto ai vertici dell'ordinamento normativo⁶⁸; è la stessa impresa a divenire luogo di produzione di norme giuridiche⁶⁹. La rinnovata autonomia riconosciuta alla contrattazione aziendale⁷⁰, oltre ad accentuare il carattere suppletivo dei contratti nazionali⁷¹, contribuisce a quel processo di emancipazione delle parti rispetto alla legge, che ormai si limita

dal 1968, solo nel 2008 è stata estesa anche ai sindacati non rappresentativi, il cui rappresentante però non è munito di funzioni negoziali.

⁶⁴ Così DARES, *Impact des nouvelles règles de représentativité sur les pratiques et les stratégies syndicales*, in *Semaine Social Lamy*, 2011, n. 1510, p. 2.

⁶⁵ V. *Les partenaires sociaux sont parvenus à un accord sur la sécurisation de l'emploi le 11 janvier 2013*, in *LSJ*, 2013, n. 4, pp. 133 e 134.

⁶⁶ *Publication de la loi relative à la sécurisation de l'emploi*, in *LSJ*, 2013, n. 26, p. 1277 e in *JO*, 16 giugno 2013, p. 9958.

⁶⁷ Così MORAND, *L'accord collectif de maintien dans l'emploi*, in *LSJ*, 2013, n. 1570, p. 12 ss.

⁶⁸ Cfr. LYON-CAEN A., SACHS, *L'ADN d'une réforme*, in *RDT*, 2013, n. 3, p. 167 e SOURIAC, *Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise*, in AA.VV., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 89.

⁶⁹ Così PESKINE, *Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuité*, in *RDT*, 2013, n. 3, p. 172; RÉMY, MORIN, *Dialogue sur l'articulation entre la convention collective e le contrat de travail*, in SACHS, *La volonté du salarié*, Dalloz, 2012, p. 28; BORENFREUND, *L'idée majoritaire dans la négociation collective*, in *Mélange dédiés au Président Michel Despax*, PUSS, 2001, p. 429.

⁷⁰ Su punto v. LE FRIANT, *op. cit.*, pp. 2 ss. e 21.

⁷¹ Sebbene l'intento di parti sociali e legislatore nel 2013 sia di promuovere la contrattazione aziendale, non mancano disposizioni dirette a valorizzare nuovamente il ruolo di quella nazionale, in particolare in materia di lavoro a tempo parziale.

a fissare i soli obiettivi senza più incidere sul contenuto degli accordi. Le parti restano libere di scegliere i mezzi che ritengono più opportuni al fine di realizzare gli obiettivi di politica sociale, di volta in volta fissati dal legislatore; l'unico rischio è però di trasformare gli accordi d'impresa in uno strumento a disposizione dell'azione pubblica⁷².

Che il lungo percorso di riforma, iniziato nel 2004, sia giunto ormai alla sua conclusione emerge chiaramente dagli *accords de maintien de l'emploi*, oltre che dagli accordi sulla mobilità interna e da quelli in materia di licenziamenti collettivi, ove massimo è il potere di gestione conferito alle parti sociali all'interno dell'impresa. Se da un lato ciò esprime la fiducia – forse eccessiva – riposta dal legislatore nelle parti sociali⁷³, dall'altro è possibile leggersi un certo indebolimento del ruolo del giudice inserendosi i nuovi accordi in una logica di alleggerimento del contenzioso. Se ciò è particolarmente evidente per gli accordi sulla mobilità e per quelli diretti alla definizione di un piano di salvaguardia dell'occupazione, ove si assiste alla regolamentazione di un potere datoriale, non sono da meno gli *accords de maintien de l'emploi* che coinvolgono i sindacati nella diagnostica della situazione economica dell'impresa, presupposto per la stipula dell'accordo: la scelta imprenditoriale sembra essere per la prima volta frutto di un vero e proprio processo di co-decisione⁷⁴.

Per avere la percezione di quale sia l'ampiezza del potere concesso in favore delle parti e della sfiducia ingiustamente riposta nel giudice, è sufficiente considerare l'intervento dell'autorità amministrativa previsto nei casi di licenziamento per la *validation* dell'accordo maggioritario o per l'omologazione dell'atto unilaterale; controllo che però sarà molto più blando nel primo caso. È la “bilateralizzazione” di una decisione altrimenti unilaterale a legittimare la particolare efficacia dell'accordo⁷⁵. Lo stesso può dirsi per gli *accords de maintien de l'emploi* ove, nonostante la volontà del legislatore sia di prendere le distanze dalla norma pattizia dell'ai che prefigurava una sorta di

⁷² In tal senso v. PESKINE, *La célébration de l'accord collectif d'entreprise*, in *DS*, 2014, n. 5, pp. 438 ss. e 445; JOBERT, *La négociation collective*, cit., p. 334; BÉTHOUX, JOBERT, *Négociateur sur l'emploi pour le sécuriser ?*, in *Revue de l'office universitaire de recherche socialiste*, n. 62-63, p. 141.

⁷³ In tal senso v. GÉA, *Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi*, in *DS*, 2013, n. 3, p. 218 e COUTURIER, *Accords de maintien de l'emploi*, in *DS*, 2013, n. 10, p. 815.

⁷⁴ Sul punto cfr. PESKINE, *La célébration de*, cit., p. 444 e GÉA, *op. cit.*, p. 219.

⁷⁵ In tal senso v. COUTURIER, *Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs*, in *DS*, 2013, n. 10, p. 822 ss.; GÉA, *op. cit.*, p. 220 ss.; ANTONMATTEI, *L'accord de mobilité interne: il faut l'essayer!*, in *DS*, 2013, n. 10, p. 794 ss.

“pre-costituzione” della *cause réelle et sérieuse* di licenziamento, non è possibile non leggerci un certo indebolimento del controllo giudiziale, se non altro perché ora il giudice può far riferimento alle gravi difficoltà congiunturali cristallizzate nell’accordo⁷⁶. Più che di una condizione per la sua stipula si parla al riguardo di una vera e propria causa di giustificazione, essendo l’accordo modellato sull’atto unilaterale di licenziamento rispetto al quale si pone come valida alternativa. La confusione può essere però facilmente evitata considerando che le difficoltà economiche in caso di licenziamento devono essere più gravi e valutate sull’intero settore di attività, e non limitatamente all’impresa come avviene per l’accordo⁷⁷.

È sempre in riferimento agli *accords de maintien de l’emploi* che può essere colta la funzione di gestione conferita alle parti e la rinnovata autonomia degli accordi collettivi d’impresa: le parti, infatti, diventano titolari a livello d’impresa di un vero e proprio potere di “autoregolamentazione”. La scelta, prima delle parti e poi dello stesso legislatore, è di investire le organizzazioni sindacali degli strumenti normativi necessari a gestire una situazione di crisi dell’impresa che non sia tale da legittimare il ricorso a procedure di licenziamenti collettivi, da cui il carattere temporaneo degli accordi (al massimo di due anni) e le connesse difficoltà congiunturali. Le parti sono messe nelle condizioni di gestire la crisi raggiungendo uno specifico compromesso, individuato nella definizione di un nuovo equilibrio complessivo tra orario di lavoro, retribuzione e occupazione⁷⁸. Gli accordi, sebbene non rappresentino una assoluta novità per l’ordinamento⁷⁹, si pongono nel solco della cd. *flexicurité* “alla francese”, il cui più lontano antecedente è rappresentato dagli accordi *donnant-donnant* con la differenza, però, che ora a sacrifici reali dei

⁷⁶ Cfr. COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 812; PESKINE, *Les accords de*, cit., pp. 169 e 171 ss.; GÉA, *op. cit.*, p. 219. Sulla competenza del giudice ad apprezzare il carattere reale e serio del motivo di licenziamento v. Cass. Soc. 15 marzo 2006, n. 04-41.935.

⁷⁷ Così DANIEL, *L’accord de maintien de l’emploi, un mélange détonnant de complexité et d’insécurité*, in *LSJ soc.*, 2014, n. 18-19, pp. 60 e 61.

⁷⁸ V. LYON-CAEN A., SACHS, *op. cit.*, p. 166 e PESKINE, *Les accords de*, cit., p. 169.

⁷⁹ La negoziazione sugli *accords de compétitivité-emploi*, intrapresa sotto il governo Sarkozy e già abbastanza avanzata a marzo 2012, è stata abbandonata all’alba delle elezioni presidenziali per poi riprendere vigore con la Conferenza Sociale di luglio 2012, cfr. COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 806; RÉMY, *Les accords sur l’emploi en Allemagne: un “modèle” pour le droit français?*, in *RDT*, 2012, n. 3, p. 133 ss.; SOURIAU, MORAND, *Accords de compétitivité: quels engagements sur l’emploi?*, in *RDT*, 2012, n. 3, p. 194 ss. Accordi dalle caratteristiche simili, sebbene non numerosi, sono conclusi da tempo e su di essi si è pronunciata la Cass. al fine di precisarne il regime giuridico; basti menzionare le note pronunce *Case France* (1997), *Desarbre* (2002) e *Sogerma* (2010).

lavoratori corrisponde un impegno non più soltanto virtuale della controparte datoriale: questi non può licenziare per motivi economici i lavoratori cui si applica l'accordo, obbligo peraltro assistito da una clausola penale. L'impegno di cui si fa carico l'imprenditore, come dimostra la nomenclatura che nel quadro della legge è mutata da "*accords de maintien dans l'emploi*" in "*accords de maintien de l'emploi*", è diretto a garantire un certo livello occupazionale e non a salvaguardare determinati posti di lavori: ove l'accordo non si esprima in termini diversi, quegli stessi lavoratori potrebbero essere licenziati per motivi personali⁸⁰. Sono ora entrambe le parti a guadagnarne in termini di sicurezza, senza che l'impresa ne perda in capacità di adeguamento ai mutamenti economici, ragion per cui in dottrina si è preferito parlare al riguardo di accordi *gagnant-gagnant*⁸¹.

La particolare efficacia della quale sono muniti tali accordi – data dalla capacità di imporsi non solo agli accordi di settore ma anche al contratto individuale, le cui disposizioni incompatibili restano sospese per tutta la durata dell'accordo senza che ve ne sia incorporazione⁸² – si giustifica alla luce della loro rafforzata legittimità: è richiesta nuovamente, come nel 1982, la firma delle organizzazioni sindacali che abbiamo raccolto la maggioranza dei suffragi nel corso delle ultime elezioni professionali. In realtà, secondo alcuni⁸³, il rafforzamento dell'idea maggioritaria andrebbe di pari passo con la capacità dell'accordo di prevalere sul contratto individuale. È vero che l'entrata in vigore dell'*accord de maintien de l'emploi* è subordinata al consenso del lavoratore, ma in caso di suo rifiuto il datore è autorizzato a licenziarlo individualmente per motivi economici, derogando alla normativa in materia di licenziamenti collettivi che in caso contrario sarebbe applicabile.

⁸⁰ Cfr. DANIEL, *op. cit.*, p. 59; FAVENNEC-HÉRY, *Les accords de maintien de l'emploi*, in *LSJ soc.*, 2014, n. 18-19, p. 48; COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 810.

⁸¹ DANIEL, *op. cit.*, pp. 51 e 52; LYON-CAEN A., SACHS, *op. cit.*, p. 164; PESKINE, *Les accords de*, cit., p. 168; COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., pp. 805 e 806; GÉA, *op. cit.*, p. 210.

⁸² In tal senso v. DANIEL, *op. cit.*, p. 60; PESKINE, *La célébration de*, cit., pp. 441 e 442; COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., pp. 811 e 812; LEGRAND, *Les accords collectifs de «maintien de l'emploi»: entre deux «frontières» de la négociation collective ?*, in *DS*, 2013, n. 3, p. 246 ss. In effetti, tale sospensione rappresenta un'eccezione per il sistema francese, ove invece trova applicazione in linea di principio la regola della resistenza del contratto individuale.

⁸³ PESKINE, *La célébration de*, cit., p. 443; ID., *Les accords de*, cit., pp. 170 e 171; BORENFREUND, *La volonté des salariés dans les relations collectives de travail*, in SACHS, *op. cit.*, p. 27; COUTURIER, *L'ambivalence des rapports entre contrat de travail et convention collective*, in *Semaine Social Lamy*, 2012, n. 1534, p. 8; DOCKÈS, MORAND, *Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail?*, in *RDT*, 2007, n. 3, p. 144.

La legittimità rafforzata degli *accords de maintien de l'emploi* è introdotta *in primis* per la loro dirompente portata derogatoria⁸⁴; essi sono autorizzati a derogare, tanto a disposizioni legali quanto contrattuali (collettive e individuali), in materia di orario di lavoro e di retribuzione con il solo limite dell'ordine pubblico assoluto e con salvezza di salari minimi, classificazioni, garanzie collettive e mutualizzazione dei fondi per la formazione professionale⁸⁵. Come si evince, la portata derogatoria loro conferita è ben più ampia di quella riconosciuta in favore dei tradizionali accordi d'impresa, per i quali resta invece in vigore la regola della maggioranza del 30%. Tale peculiarità, unitamente al ricorso a strumenti più propriamente di diritto civile, ed in quanto tali scarsamente compatibili con il sistema di contrattazione collettiva, ha indotto alcuni⁸⁶ a dubitare della loro natura di accordi d'impresa in senso stretto; a dissipare simili interrogativi è intervenuto l'art. l. 5125-1 *c.tr.* che qualifica espressamente *l'accord de maintien de l'emploi* quale "*accord d'entreprise*"⁸⁷. Se infatti con la clausola penale si è ancora sul terreno della responsabilità civile, non può dirsi lo stesso per il rimedio infine adottato dalla legge nel caso in cui il datore abbia rispettato in maniera poco diligente e seria i suoi impegni in materia di occupazione o, diversamente, in caso di evoluzione significativa della situazione economica dell'impresa. In entrambe le ipotesi richiamate, infatti, non si ha né risoluzione né sospensione dell'accordo, così come paventato in un primo momento dalle parti, ma si procede alla sua *résiliation judiciaire*, strumento maggiormente compatibile con il diritto dei contratti collettivi poiché munito di efficacia irretroattiva⁸⁸.

6. Alcune considerazioni conclusive

La fiducia che il legislatore ha riposto nelle parti sociali emerge, in tutta la sua ampiezza, in ordine alla promozione del dialogo sociale mediante il quale si configura una partecipazione attiva delle organizzazioni sindacali al processo di produzione legislativa. Il dialogo sociale, promosso fin dal 2004

⁸⁴ Così GÉA, *op. cit.*, p. 219 e BÉTHOUX, JOBERT, *Négocié sur l'emploi*, cit., p. 140 ss.

⁸⁵ Cfr. DANIEL, *op. cit.*, pp. 51 e 56; COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., pp. 809 e 810; FAVENNEC-HÉRY, *Les accords de*, cit., p. 47.

⁸⁶ FAVENNEC-HÉRY, *Les accords de*, cit., p. 48.

⁸⁷ In tal senso v. DANIEL, *op. cit.*, p. 55 e COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 808.

⁸⁸ Così DANIEL, *op. cit.*, p. 57 e COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 810.

e rafforzato ulteriormente nel 2007, è diretto a consolidare la propensione che le parti dimostrano ormai da qualche tempo, e precisamente fin dall'ai 1995, di contribuire alla definizione delle norme giuridiche attraverso un vero e proprio processo di co-produzione normativa.

Se nel 2004, dietro *input* delle stesse parti, la promozione era stata ancora moderata, limitandosi il legislatore a prescrivere una consultazione preventiva e obbligatoria delle organizzazioni sindacali prima dell'adozione di ogni progetto di legge, così non sarà nel 2007: con la l. *Larcher* i toni si fanno più incisivi⁸⁹. Verosimilmente, non è possibile negare il rilievo che ha assunto la codificazione del dialogo sociale⁹⁰ contribuendo in maniera decisiva alla definizione del nuovo sistema di contrattazione collettiva, del resto lo dimostrano gli interventi legislativi che in questi ultimi anni hanno riformato profondamente il sistema: dapprima la l. 2008/789, che recepisce una Posizione comune dello stesso anno, poi la l. 2013/504 che in effetti si limita a precisare la portata delle disposizioni contenute nell'ai 2013, lì dove poco chiare⁹¹.

Nonostante i risultati particolarmente significativi che è in grado di produrre un confronto tra legislatore e parti sociali prima di ogni progetto di riforma, sono davvero numerosi i casi in cui Parlamento e Governo riescono a sottrarsi alla procedura consultiva, ormai resa obbligatoria, appellandosi al carattere urgente dell'intervento; carattere spesso dichiarato solo nella fase successiva al deposito della proposta, risultandone allora chiaramente

⁸⁹ Sulla l. *Larcher* si rinvia a FREYSSINET, SOURIAC, *Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle?*, in *RDT*, 2013, n. 3, p. 156 ss.; SUPIOT, *La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative*, in *DS*, 2010, n. 5, p. 525 ss.; RADÉ, *La loi négocié: simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale*, in *DO*, 2010, n. 743, p. 319 ss.; ANTONMATTEI, *Négociation collective. Une bonne nouvelle et une mauvaise*, in *DS*, 2007, n. 4, p. 459 ss.

⁹⁰ Sulla codificazione del dialogo sociale più ampiamente cfr. RAY, *Les sources de la loi du 31 janvier 2007*; COMBREXELLE, *La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social: acte premier*; GRIGNARD, *Articuler démocratie sociale et démocratie politique*; AUBRY, *L'article L. 1 du Code du travail: dialogue sociale et démocratie politique*; VERKINDT, *L'article L. 1 du Code du Travail au miroir des exigences de la démocratie sociale*, in *DS*, 2010, n. 5, p. 496 ss.

⁹¹ Sul ruolo delle parti sociali nella definizione del nuovo sistema v. ANTONMATTEI, *Accord national interprofessionnel: acte II de la flexisécurité à la française*, in *RD*, 2013, n. 9, p. 577; BÉTHOUX, JOBERT, *Négocier sur l'emploi*, cit., p. 145; MAZEAUD, *Un nouveau droit*, cit., p. 72 ss.; MOREL, *La rénovation de la démocratie sociale: vers une société de dialogue*, in *DS*, 2019, n. 9/10, p. 886 ss.; BARTHÉLÉMY, *Vers des nouvelles évolutions du droit de la négociation collective?*, in *DS*, 2009, n. 9/10, p. 907 ss.; MAZEAUD, *Sur l'autonomie*, cit., in *DS*, 2003, n. 4, p. 361 ss. Un utile riferimento è offerto, più recentemente, dalla l. 2014/288 che recepisce sia l'ai 19 giugno 2013 che l'ai 14 dicembre 2013.

l'intento elusivo. Simili considerazioni hanno indotto il legislatore a presentare il 14 marzo del 2013 un progetto di legge costituzionale diretto a rafforzare ulteriormente il dialogo sociale, nonché ad assimilare maggiormente la democrazia sociale a quella politica seguendo la scia già tracciata dalle nuove regole sulla rappresentatività sindacale⁹². Non solo l'obbligazione di una previa consultazione con le parti viene costituzionalizzata, ma è estesa alle proposte di legge o di ordinanza che siano tali da incidere sulle relazioni individuali o collettive di lavoro, sull'occupazione o sulla formazione professionale, in definitiva su tutto ciò che rientra nel campo delle relazioni industriali. Nel momento in cui si sceglie di inserire una fonte di diritto privato nell'*iter* legislativo e tale riconoscimento avviene al più alto livello giuridico, si è di fronte all'ultimo tassello di quel processo che intende consacrare la "autonomia normativa" delle parti sociali. Si conferisce alle parti un potere non trascurabile, potendo esse sollevare una questione di incostituzionalità per il mancato rispetto della procedura. Il rischio che ciò possa tramutarsi in una prerogativa nelle mani del solo imprenditore è in parte arginato dalla sua configurazione quale diritto a titolarità collettiva, distinto dal più tradizionale diritto a titolarità individuale ed esercizio collettivo⁹³.

Non è da trascurare il contributo dato al rafforzamento del dialogo sociale dalla l. 2013/504, lì dove tale legge ha previsto la presenza dei lavoratori negli organi di vertice delle società ed una consultazione anticipata per le rappresentanze del personale⁹⁴. Diversamente, non sembrano poter essere così positive le conclusioni sul versante dei citati *accords de maintien de l'emploi*. Il disposto normativo, particolarmente rigido e complesso, ha finito per generare maggiore incertezza giuridica che la giurisprudenza è chiamata a rimuovere⁹⁵. Sebbene i tempi siano ancora prematuri per avanzare bilanci, più opportuno sarebbe attendere le statistiche del Ministero del Lavoro per il 2014 e 2015, gli *accords de maintien de l'emploi* si sono rivelati un clamoroso insuccesso. Non solo sono molto più numerosi i piani di salvaguardia del-

⁹² Esigenza rilevata già da RAY, *Mai 2004 - mai 2008: le droit de la négociation collective entre deux lois*, in *DS*, 2006, n. 11, p. 988.

⁹³ Sulla costituzionalizzazione del dialogo sociale cfr. BONNIN, *La «démocratie sociale» constitutionnalisée?*, in *DS*, 2014, n. 5, p. 428 ss. e VERKINDT, *Syndacat, syndacalisme et, cit.*, p. 17.

⁹⁴ Cfr. GRIGNARD, *Les instances de représentation du personnel: quelle évolution*, in *DS*, 2013, n. 3, p. 258 ss.

⁹⁵ In tal senso v. FAVENNEC-HÉRY, *Les accords de, cit.*, p. 50; DANIEL, *op. cit.*, p. 52; COUTURIER, *Accords de maintien*, cit., p. 813.

l'occupazione (ben 950 nel 2013), ma ai nuovi accordi si preferiscono i più tradizionali contratti aziendali⁹⁶, sebbene sforniti dell'ampia portata derogatoria conferita ai primi. Non sembra, stando ad una prima valutazione, che la legge sia riuscita ad incentivare maggiormente la contrattazione aziendale per il tramite dell'estensione della portata derogatoria degli accordi d'impresa. Questi ultimi continuano a incidere su materie alle quali si erano già estesi per effetto della l. 2008/789, quali il tempo di lavoro, l'occupazione, la formazione professionale, l'eguaglianza uomo-donna o il lavoro degli anziani (cui subentra oggi il nuovo *contrat de génération*). Sebbene il numero di contatti aziendali conclusi resti piuttosto stabile rispetto all'anno precedente (più di 39.000), se ne registra una lieve diminuzione perfino in materie classiche, quali salari e premi. L'incentivo alla contrattazione più che derivare dagli accordi in deroga discende in alcuni casi dall'adempimento all'obbligazione annuale o triennale a negoziare, ulteriormente rafforzata nel 2013 e spesso assistita da sanzione finanziaria, in altri dagli obiettivi di politica sociale fissati dal legislatore⁹⁷. Una nota positiva merita invece la negoziazione d'impresa sulla gestione programmata di occupazioni e competenze, che nel quadro della legge riceve nuovo vigore⁹⁸. Anche in tal caso la prassi smentisce le aspettative, se è vero che il legislatore ha esteso le materie oggetto dell'obbligazione triennale introdotta nel 2005, nella maggior parte dei casi la gestione programmata di occupazioni e competenze è regolata nell'ambito degli accordi di mobilità interna: sono questi ultimi ad aumentare e non viceversa⁹⁹.

⁹⁶ Un chiaro esempio ne sono l'accordo *Renault* 13 marzo 2013, l'accordo *PSA Peugeot Citroen* ottobre 2013 e il patto sociale *STX France* 31 gennaio 2014; sono invece soltanto due gli accordi di *maintien de l'emploi* firmati nel quadro della legge: l'accordo *Walor* e l'accordo *Behr*.

⁹⁷ In tal senso v. JOBERT, *La négociation collective*, cit., p. 333 ss. e COMBRESSELLE, *Les relations collectives du travail: «La carte et le territoire»*, in *DS*, 2013, n. 3, p. 239 ss.; nonché cfr. MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Bilans et Rapports. La négociation collective en 2013*, 2014, pp. 20 ss. e 611 ss.

⁹⁸ In tal senso v. BÉTHOUX, JOBERT, *Négocié sur l'emploi*, cit., p. 132 ss.

⁹⁹ Sul tema più ampiamente cfr. ANTONMATTEI, *GPEC: le renforcement de l'obligation triennale de négocié*, in *DS*, 2013, n. 10, pp. 791 ss., nonché ID., *L'accord de*, cit., p. 795.

Abstract

Dopo un brevissimo richiamo al tradizionale sistema francese di relazioni industriali, si è posto subito l'accento sul processo che, a partire dal 1982, su iniziativa tanto delle parti sociali quanto del legislatore, è stato diretto a spostare l'ago della bilancia a livello d'impresa. Se già dalla riforma del 2004, e maggiormente da quella del 2008, emerge un vero e proprio "*bouleversament*" a tutto vantaggio del contratto aziendale, non può dirsi altrettanto per il secondo dei profili analizzati. Si è cercato di verificare se, soprattutto alla luce della rinnovata legittimità degli accordi, per il tramite di essi e della portata derogatoria loro conferita si sia pervenuti ad una maggiore diffusione della contrattazione aziendale; circostanza che non sembra essere smentita neppure dai recenti *accords de maintien de l'emploi*.

After an overview of the traditional French industrial relations, the paper focuses on the process that, since 1982, on initiative as much of the social partners as of the legislator, it has been directed to move the needle balance at company level. If already by the 2004 reform, and mainly by the 2008 one, it brings about a real "*bouleversement*" in favour of the company agreements, the same does not hold true for the second aspect analysed in this work, where regard has been had to the issue whether, especially in the light of the agreements' renewed legitimacy, through them and their capacity of derogation it is possible to reach a greater spread of the collective bargaining at company level; it appears that this conclusion it can't be denied not even from the recent *accords de maintien de l'emploi*.

Key words

Contrattazione collettiva, accordi d'impresa, clausole in deroga, sistema francese di relazioni industriali, rappresentatività sindacale, dialogo sociale.

Collective bargaining, company agreements, notwithstanding clauses, French industrial relations, trade union representativeness, social dialogue.

Marco Peruzzi

**Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale:
questioni definitorie nella prospettiva interna
e dell'Unione europea***

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La questione terminologica nell'ordinamento italiano, tra fonti statali e regionali e nel confronto con il diritto dell'Unione europea. **3.** Irregolare, sommerso, non dichiarato: fenomeni a scatole cinesi. **4.** Il "lavoro non dichiarato": la definizione adottata dalla Commissione europea. **4.1.** Profili critici della definizione nel confronto con l'ordinamento italiano. **4.2.** (*Segue*) Il criterio della remunerazione nella definizione di "lavoro non dichiarato". Critica. **5.** Dentro e fuori le scatole cinesi: il lavoro illegale. **6.** Questione definitoria e razionalità dell'ordinamento italiano nel confronto con il diritto dell'Unione europea: la funzionalità e i limiti dell'art. 2126 cod. civ. **7.** Conclusioni e interrogativi alla luce della legge delega n. 183/2014.

I. Premessa

L'obiettivo del presente contributo è evidenziare la rilevanza della questione definitoria nell'analisi dei rapporti tra legalità e lavoro. In particolare, l'indagine cercherà di spiegare come le scelte terminologiche implicano e sottendono specifiche opzioni di politica del diritto e una compiuta riflessione sul tema sia quindi necessaria e ineludibile non solo di fronte all'approssimazione e confusione che si rileva negli interventi del legislatore interno (statale e regionale), ma altresì di fronte alle sempre più frequenti sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, a livello di *hard law* e nel contesto di – non meno rilevanti – fonti di *soft law*, come con-

* Il saggio è frutto di una ricerca realizzata, per l'unità di coordinamento di Verona, nell'ambito del progetto PRIN (2010-2011) *LEGAL_frame_WORK*. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione, Coordinatrice scientifica: Prof.ssa Gottardi.

ferma da ultima anche la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, cd. *Jobs Act*. In tal senso, il sistema di ipotesi definitorie che sarà costruito nel corso della trattazione risponderà a una precisa opzione di politica del diritto, segnatamente a un'ottica lavoristica di promozione dell'inclusione sociale. In questa prospettiva, la proposta cercherà di tracciare il perimetro delle diverse opzioni terminologiche, individuando il rapporto di *genus* e *species* tra le stesse, e di fornire alcuni parametri utili per indirizzare la lettura del rapporto tra legalità e lavoro e una scelta – consapevole – delle azioni legislative in materia. L'analisi dei dati normativi, interni e dell'Unione europea, sarà utile non solo per evidenziare la menzionata mancanza di coordinamento, le diverse opzioni di politica del diritto – anche inconsapevoli e distoniche – ad essi sottese, nonché i rischi di operazioni di *transplant* inter-ordinamentale. Soprattutto, sarà funzionale all'individuazione degli elementi di razionalità dell'ordinamento interno in grado di fornire modelli normativi di riferimento per la costruzione di un sistema di ipotesi definitorie conforme alla sopraccitata prospettiva di politica del diritto.

2. *La questione terminologica nell'ordinamento italiano, tra fonti statali e regionali e nel confronto con il diritto dell'Unione europea*

Nell'ordinamento italiano la necessità di una distinzione definitoria tra i termini lavoro sommerso, non dichiarato, irregolare e illegale si rileva, da un lato, a fronte del problema di coordinamento tra fonti interne che la confusione nelle scelte terminologiche pone, a livello di legislazione sia statale sia regionale, un problema che condiziona il livello di razionalità dell'azione legislativa e la prospettiva di politica del diritto che tale azione, anche solo inconsapevolmente, sottende; dall'altro, in ragione di un confronto con gli *input* dell'Unione europea, che da ultimi l'approvazione di una Piattaforma europea per la lotta al lavoro sommerso e il rinvio operato dalla legge delega n. 183/14 rendono ancora più urgente.

Come anticipato, la questione incide *ictu oculi* sul piano del coordinamento normativo interno. In particolare, a livello di legislazione statale, se in linea generale le opzioni terminologiche tendono a essere utilizzate in modo interscambiabile – ne è un esempio la disposizione sulla sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro) che cita indifferentemente il lavoro

sommerso e irregolare¹ – in alcuni casi, pare presupporre invece una loro autonomia semantica. La disciplina delle funzioni ispettive prevista dal d.lgs. 23 aprile 2004 n. 124 distingue, infatti, le iniziative di “vigilanza in materia di rapporti di lavoro” da quelle “di contrasto del lavoro sommerso e irregolare”, e nomina il “lavoro illegale” solo per riferirsi a questioni di carattere più generale per le quali diviene opportuna l’integrazione del tavolo di discussione degli organismi territoriali di coordinamento della vigilanza².

La stessa approssimazione e mancanza di coordinamento si rileva a livello di legislazione regionale, anche solo in ragione del rapporto di dipendenza e complementarità della stessa rispetto all’intervento statale, dovuto alla natura concorrente della competenza in materia di “tutela e sicurezza sul lavoro” prevista dall’art. 117, co. 3, Cost³. Talvolta, peraltro, la legge regionale altera la stessa dicitura utilizzata dalla legislazione statale, incrementando, se possibile, la confusione⁴.

¹ Si pensi altresì alla l. 23 dicembre 1998 n. 448, artt. 78 e 79, volta a introdurre “misure organizzative a favore dei processi di emersione” (cfr. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, 2002, p. 12) o alla l. 18 ottobre 2001 n. 383, art. 118, co. 6-bis (cd. Tremonti Bis, v. *infra*) e connessa circ. INPS n. 58/11, o ancora al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice degli appalti). Sull’utilizzo promiscuo dei termini lavoro “irregolare”, “sommerso” e “nero” nel contesto del d.l. 22 febbraio 2002 n. 12, conv. in l. 23 aprile 2002 n. 73 (v. *infra*) e su alcuni opinabili tentativi di distinzione terminologica operati in giurisprudenza cfr. DE GREGORIO, *Lavoro totalmente e parzialmente irregolare: la giurisprudenza attenua il rigore sanzionatorio della legge*, nota a Trib. Ravenna 22 aprile 2009 n. 250, in *RIDL*, 2010, II, p. 447 ss.

² V. d.lgs. 124/04, artt. 3, co. 3, 4; co. 4, 5; co. 2. Cfr. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *ADL*, 2007, I, p. 891.

³ Emblematica a riguardo è la disposizione della l.r. Regione Veneto 13 marzo 2009 n. 3, che prevede la promozione da parte della Giunta regionale di protocolli d’intesa con le commissioni di analisi del lavoro *irregolare* e con i comitati per il lavoro e l’emersione del *sommerso* (CLES), istituiti ai sensi di leggi statali (rispettivamente, l. 448/98 e l. 383/01), nonché il sostegno della Giunta all’attuazione delle disposizioni (ora abrogate) in materia di contrasto al lavoro *sommerso* ed *irregolare* introdotte dalla Legge finanziaria per il 2007 (v. *infra*). In linea con la mancanza di coordinamento tra le opzioni terminologiche rilevabile a livello di legislazione statale, la citata legge regionale ora pare distinguere il lavoro sommerso dal lavoro irregolare, ora pare considerarli come sinonimi interscambiabili utilizzando l’espressione “emersione dal lavoro irregolare”. Cfr., a riguardo, anche l.r. Calabria 19 aprile 2012 n. 13, l.r. Campania 18 novembre 2009 n. 14 e l.r. Marche 25 gennaio 2005 n. 2, nonché, per le leggi delle Regioni a Statuto Speciale, l.r. Sardegna 5 dicembre 2005 n. 20 e l.r. Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005 n. 18.

⁴ Nella l.r. Toscana 19 luglio 2012 n. 38, ad esempio, il riferimento al “lavoro sommerso e irregolare” presente nell’art. 14 d.lgs. 81/08 è tradotto come contrasto al “lavoro nero e sommerso”. Considerato l’impatto sul coordinamento interno, ancor più significativo è che tale asimmetria si riscontri in una legge di provincia autonoma, segnatamente rispetto all’utilizzo

Approfondendo ulteriormente, l'impatto della questione terminologica sul coordinamento normativo interno si evidenzia nella disomogeneità delle formule e dei parametri utilizzati dal legislatore nella costruzione delle strategie di contrasto e/o di emersione, una disomogeneità indicativa di impostazioni teoriche improvvisate sull'onda dell'emergenza più che maturate in una prospettiva di razionalizzazione sistemica. A livello di legislazione statale, l'analisi e la comparazione dei diversi interventi che si sono succeduti negli ultimi vent'anni segnalano un allarmante disordine normativo⁵. Ad esempio, se nella l. 383/01 il lavoro irregolare è qualificato dall'inadempimento "in tutto o in parte [degli] obblighi previsti dalla normativa vigente in materia fiscale e previdenziale", nella l. 73/02 lo stesso è definito in termini di "impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatoria". Ancora diversamente, la l. 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria per il 2007) fa riferimento non solo al "rapporto di lavoro" che non risulti da scritture o documentazione obbligatoria ma altresì a quello che non sia utilizzato correttamente, distingue tale rapporto dal successivo contratto di lavoro subordinato che lo regolarizza, estende l'ambito della strategia di emersione anche oltre i confini del lavoro subordinato, nello specifico al lavoro a progetto, fonde la fase della regolarizzazione con quella della stabilizzazione⁶.

del termine lavoro *illegale*: nella l.p. Trento 12 settembre 2008 n. 16, laddove s'istituisce un comitato di coordinamento dell'attività di vigilanza per l'esercizio di compiti corrispondenti a quelli di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. 124/04 (v. *supra*), il riferimento al "lavoro *illegale*" previsto da quest'ultima legge è sostituito con il termine "lavoro *irregolare*".

⁵ Qualifica tali interventi come "terapie" sistemiche o misure strategiche DELL'OLIO, *Lavoro sommerso e "lotta per il diritto"*, in ADL, 2000, I, p. 43 ss. Mutua dalla stessa impostazione FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, 2008; ID., *Lavoro irregolare*, in DDPCom., Aggiornamento, 2009, p. 440 ss. Quest'ultimo autore, in particolare, distingue un primo ciclo (che definisce appunto "terapico"), riconducibile alla l. 28 novembre 1996 n. 608 e caratterizzato dal "modello del riallineamento graduale retributivo e contributivo", un secondo ciclo basato su un modello di "emersione progressiva" (l. 383/01, l. 73/02 e d.lgs. 124/04) e un terzo ciclo, orientato a un "modello di immediata regolarizzazione e stabilizzazione" (l. 4 agosto 2006 n. 248, l. 296/06, l. 3 agosto 2007 n. 123 e l. 28 febbraio 2008 n. 31). Per una più recente classificazione, cfr. GENTILE, *Lavoro sommerso: tecniche di emersione e regime sanzionatorio*, in FIORILLO, PERULI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 93 ss.

⁶ DELL'OLIO, *op. cit.*; FAIOLI, *op. cit.*, spec. pp. 11 e 35; GENTILE, *op. cit.*, spec. p. 104 ss. Salvo rare eccezioni – come una disposizione, peraltro ora abrogata, nella l.r. Toscana 13 luglio 2007 n. 38, che faceva riferimento all'"impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria" – la legislazione regionale non fornisce specifiche formule definitorie. È inoltre da escludersi la possibilità di ricostruire un modello definitorio a partire dagli "indici di

La questione definitoria non può essere ridotta a un mero problema di scarsa qualità formale o scarso tecnicismo della normativa: essa condiziona fortemente il livello di razionalità e proporzionalità dell'azione legislativa, statale e regionale, e s'interconnette con la prospettiva di politica del diritto che tale azione (anche inconsapevolmente) alimenta o sostiene⁷, ora ristretta a una logica di matrice tributaria, che incide sulla mera emersione contributivo/fiscale, ora aderente a una più ampia logica di promozione dell'occupazione regolare, che utilizza l'emersione come strumento di inclusione sociale⁸.

Come anticipato, la necessità della questione definitoria si evidenzia anche in ragione delle sollecitazioni provenienti dal diritto dell'Unione europea, sia esso di natura giuridicamente vincolante o meno⁹, richiedendo un confronto inter-ordinamentale, reso ancora più urgente dalla prevista istituzione di una Piattaforma europea contro il lavoro sommerso nonché, a livello interno, dal rinvio operato dalla legge delega n. 183/14, a due Ri-

congruità", utilizzati da alcune leggi regionali con funzione incentivante quale requisito di accesso per il datore di lavoro a determinati benefici economici e normativi. Essi forniscono, infatti, degli elementi quantitativi di natura statistica per verificare la conformità a determinati standard di normalità tecnico-produttiva, ma "non possiedono alcuna valenza di controllo e di accertamento di tipo induttivo della manodopera impiegata nei processi produttivi" (PINTO, *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *RGL*, 2008, I, p. 31).

⁷ Accanto alla questione degli obiettivi di politica del diritto si pone poi la questione della scelta delle tecniche d'intervento più efficaci, di matrice repressiva o premiale, a partire da un'analisi delle cause del fenomeno, del quadro delle convenienze imprenditoriali e del carattere individuale o strutturale del comportamento deviante. Cfr. PINTO, *op. cit.*; ID., *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *RGL*, 2012, I, p. 291 ss.

⁸ Per richiamare la citata classificazione per "cicli" (v. nota 5), mentre la l. 608/96 (primo ciclo) si concentra sul riallineamento retributivo e contributivo e la l. 383/01 (secondo ciclo) sul "volume del costo del lavoro dichiarato", entrambe a prescindere dai "destini professionali" dei lavoratori regolarizzati, nella l. 296/06 (terzo ciclo) "il costo del lavoro e, dunque, per l'effetto, il riallineamento retributivo e contributivo [...] assumono un significato secondario rispetto alla stabilizzazione occupazionale" (FAIOLI, *op. cit.*, p. 31). Con specifico riferimento al modello dei piani di emersione introdotto con la l. 383/01, si è rilevata, in particolare, "una impostazione di politica del diritto in cui la centralità dell'azione di emersione non è più rappresentata dal recupero di una legalità del rapporto di lavoro, quanto piuttosto dal recupero di una legalità che attiene al reddito di lavoro, posto che la dichiarazione di emersione produce effetti unicamente sul piano della regolarizzazione dell'imponibile aziendale emerso, e non anche su quello dei singoli rapporti di lavoro dichiarati o sulle violazioni di carattere non fiscale né contributivo", GENTILE, *op. cit.*, p. 116.

⁹ Cfr. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *RIDL*, 2010, III, p. 71 ss.

soluzioni del PE in materia. Come si approfondirà nel corso della trattazione, tale confronto non può, tuttavia, tradursi in meccaniche operazioni di *transplant*, che al contrario nascondono pericolose implicazioni di natura concettuale e quindi, si è già potuto evidenziare, politica. Lo stesso, inoltre, è reso ancor più problematico dall'utilizzo spesso confuso che i documenti dell'Unione europea fanno delle richiamate terminologie nonché dalle alterazioni o approssimazioni che si riscontrano in fase di traduzione nelle singole lingue degli Stati membri (v. *infra*).

3. *Irregolare, sommerso, non dichiarato: fenomeni a scatole cinesi*

Si condivide la posizione di chi rileva come i termini “lavoro sommerso” e “lavoro non dichiarato” non siano affatto sinonimi, dovendo invece essere distinti e specificamente posti in un rapporto di *genus e species*¹⁰. Il lavoro non dichiarato, non denunciato, tale in quanto eseguito in violazione degli obblighi di comunicazione alle autorità pubbliche, costituisce solo una delle ipotesi di “lavoro invisibile”, non in grado di includere o distinguere “le diverse forme in cui l'attività sommersa può manifestarsi: [...] il lavoro prestato “al di fuori” e il lavoro prestato “al margine” degli obblighi di legge, regolamentari o contrattuali”¹¹. In tal senso, la traduzione italiana del termine “*undeclared work*” utilizzata nei documenti dell'Unione europea, ossia “lavoro sommerso”, pare fuorviante e comunque meno fedele di “*der nicht angemeldeten Erwerbstätigkeit*”, “*travail non déclaré*” o “*trabajo no declarado*”. La definizione di “lavoro non dichiarato” adottata dalla Commissione europea sin dalla nota Comunicazione del 1998¹², infatti, pare possa riguardare l'evasione dalla disciplina regolativa e contributiva perpetrata (solo) attraverso la mancata dichiarazione e non anche attraverso la dichiarazione non corretta, come ad esempio nel caso del falso lavoro au-

¹⁰ VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *DML*, 2000, p. 384. *Contra* ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”*, in *questa rivista*, 2014, p. II ss., il quale non solo ritiene che il termine “lavoro sommerso” sia privo di significato tecnico e sia quindi poco funzionale sotto il profilo giuridico, ma adotta altresì un'interpretazione estensiva della nozione di “lavoro non dichiarato”, includente anche la dichiarazione non conforme.

¹¹ VISCOMI, *op. cit.*, p. 386.

¹² Commissione europea, *Communication on Undeclared Work*, 7 aprile 1998, COM(1998) 219 final.

tonomo¹³. Come si approfondirà in seguito, tuttavia, è altresì vero che, nonostante il persistente utilizzo del termine *undeclared work* nella qualificazione delle strategie Ue di promozione della legalità nel lavoro, e nonostante il persistente rinvio alla definizione elaborata dalla Commissione, l'ambito di applicazione di dette strategie si è progressivamente disallineato da tale prospettiva "minimalista", includendo espressamente anche altre forme di sommerso: un'asimmetria che paradossalmente la traduzione italiana ricompone (v. *infra*).

L'allargamento della visione prospettica oltre i confini del "non dichiarato" e l'individuazione della più ampia categoria del "sommerso" ancora non consente, tuttavia, di includere nel sistema definitorio ogni ipotesi di non conformità del lavoro allo statuto regolativo predisposto dal legislatore. Necessaria a tal fine è un'ulteriore distinzione, quella tra lavoro sommerso e lavoro irregolare.

È una distinzione che richiede di tornare su un chiarimento metodologico già anticipato in premessa: la prospettiva di politica del diritto in cui si muove l'indagine proposta è qualificata dall'ottica giuslavoristica. L'analisi è quindi volta a elaborare ipotesi definitorie che individuino i tratti essenziali della prestazione irregolare laddove alla stessa sia comunque riconosciuta rilevanza giuridica dall'ordinamento ai fini della protezione del lavoratore.

A livello interno, un modello normativo funzionale a qualificare l'irregolarità in tale prospettiva può essere individuato nel secondo comma dell'art. 2126 cod. civ., il quale statuisce che "[s]e il lavoro è prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha *in ogni caso* diritto alla retribuzione" (corsivo aggiunto). Rinviando ai necessari successivi approfondimenti, basti qui anticipare che se l'irregolarità è qualificata dalla non conformità della prestazione allo statuto regolativo applicabile, tale statuto, nell'ottica giuslavoristica, sarà costituito dalle disposizioni aderenti a una *ratio* di protezione della libertà, sicurezza e dignità del lavoratore. In altre parole, il "nucleo essenziale qualificativo dell'irregolarità" non è dato solo genericamente dalla violazione della normativa applicabile, quanto dalla "violazione delle norme poste a tutela del lavoratore". L'identificazione di tale "nucleo essenziale" consente di riconoscere il lavoro irregolare come categoria generale, distinta dalle singole

¹³ VISCOMI, *op. cit.*, p. 383.

species a essa riconducibili, ossia il sommerso e il non dichiarato (nonché, come si vedrà oltre, l'illegale). Tra le norme poste a tutela del lavoratore, infatti, “rientra anche l'apparato normativo che attiene alla dichiarazione del lavoro. Tuttavia è palese che tale apparato non possa intendersi, seppur determinante per dare inizio all'applicazione delle discipline protettive, esaustivo rispetto alle tutele cui il lavoratore ha diritto”¹⁴.

In definitiva, il lavoro irregolare è da ritenersi qui comprensivo di ogni forma di violazione della disciplina del lavoro, sia che essa avvenga attraverso un'occultazione, sommersione¹⁵ o mistificazione dell'attività lavorativa, sia che essa si realizzi indipendentemente dalla visibilità o corretta qualificazione della stessa (ad es. violazione dell'obbligo di sicurezza)¹⁶.

L'analisi del rapporto tra lavoro irregolare, sommerso e non dichiarato pare quindi scoprire un sistema a scatole cinesi, che sarà oggetto d'indagine nel prosieguo della trattazione alla luce dei dati normativi interni e dell'Unione europea.

4. Il “lavoro non dichiarato”: la definizione adottata dalla Commissione europea

Qualsiasi tentativo di ricostruire un sistema definitorio richiede innanzitutto il confronto con la nozione di “lavoro non dichiarato” adottata a livello di Unione europea a partire dalla citata Comunicazione della Commissione del 1998. È una nozione che si conferma centrale nel dibattito scientifico e istituzionale anche alla luce delle già citate recenti iniziative di contrasto sovra-nazionali (v. *infra*)¹⁷. Diventa quindi necessario verificarne la tenuta e le potenzialità applicative onde evitarne una decli-

¹⁴ FAIOLI, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁵ Per l'utilizzo di tale terminologia, cfr. DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶ In tal senso cfr. ESPOSITO, *Il lavoro sommerso*, in *ED Annali*, Vol. V, 2012, p. 754. Altri diversamente individuano nel lavoro irregolare soprattutto il lavoro sotto-dichiarato o falsamente dichiarato, cfr. BELLAVISTA, GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in *RGL*, 2012, I, p. 270; BELLAVISTA, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁷ Cfr. DELL'OLIO, *op. cit.*; BELLAVISTA, *op. cit.*; ALES, *Del lavoro sommerso*, cit.; ID., *Undeclared Work: an Activity-based Legal Typology*, in *ELLJ* 2014, n. 2; GENTILE, *op. cit.*, p. 93 ss.; MCKAY, *Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea*, in *questa rivista*, 2014, p. 225 ss.; PERLETTI, *Alcuni concetti introduttivi*, in SALA-CHIRI (a cura di), *Il lavoro sommerso e il diritto del lavoro*, Jovene, 2014, p. 5 ss.

nazione fuori contesto che si riveli distorsiva se non controproducente. Specificamente, le fonti di *soft law* dell'Unione europea definiscono come lavoro non dichiarato “qualsiasi attività retribuita lecita di per sé ma non dichiarata alle autorità pubbliche, tenendo conto delle diversità dei sistemi giuridici vigenti negli Stati membri”. Utilizzata nelle Linee-guida sull'occupazione dal 2001 in poi, nelle ricerche statistiche dell'Eurobarometro, nonché nelle Comunicazioni, Risoluzioni e nei Pareri delle istituzioni Ue, la citata definizione è stata da ultimo confermata nella proposta della Commissione per una decisione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'istituzione di una piattaforma europea per il rafforzamento della cooperazione volta a prevenire e scoraggiare il lavoro sommerso¹⁸, adottata il 9 aprile 2014 e approvata con orientamento favorevole dal Consiglio Epsco a ottobre 2014, durante il semestre di presidenza italiana¹⁹. Tale iniziativa è di centrale interesse per le future politiche nazionali in materia: coerente con l'area tematica prioritaria “*Un'agenda per nuove competenze e per l'occupazione*” della strategia Europa 2020, essa è finalizzata alla costituzione di un sistema procedurale di coordinamento via *soft law*²⁰, guidato da una piattaforma di livello europeo composta da rappresentanti nazionali delle autorità di vigilanza e dalla Commissione e finalizzato allo scambio di buone prassi e informazioni, sviluppo di competenze e di analisi, coordinamento transfrontaliero delle operazioni.

Confermata anche in quest'ultimo contesto nella sua originaria formulazione, la definizione di “lavoro non dichiarato” si può disarticolare in cinque parametri qualificanti: l'attività lavorativa, come elemento-base della fattispecie, la natura retribuita della stessa, la sua liceità, l'assenza di dichiarazione all'autorità competente, il confronto con il contesto regolativo interno.

La definizione individua innanzitutto come oggetto di riferimento l'“attività”, non l'impresa (*enterprise*) o il rapporto di lavoro (*jobs*). L'utilizzo di un elemento-base non vincolato nella sua individuazione al perimetro di un determinato soggetto, istituto o fattispecie giuridica rende la defi-

¹⁸ Come si è segnalato, non si condivide la traduzione di *undeclared work* con lavoro sommerso. D'altra parte, l'iniziativa si estende oltre i confini della mera non dichiarazione, includendo anche la falsa dichiarazione.

¹⁹ L'orientamento generale favorevole del Consiglio Epsco costituirà la base per i negoziati tra il Consiglio e il Parlamento europeo.

²⁰ L'azione individua come base giuridica l'art. 153, par. 2, lett. a) TFUE.

nizione di lavoro non dichiarato particolarmente flessibile e inclusiva. Da un lato, consente di comprendere sia il “sommerso d’azienda”, dove è l’intera attività imprenditoriale, e quindi di conseguenza anche i lavoratori occupati, a rimanere invisibile alle autorità pubbliche, sia il “sommerso di lavoro”, dove sono solo i singoli rapporti di lavoro e non anche l’attività dell’azienda a rimanere “non dichiarati”²¹; dall’altro, consente di includere occultamenti meramente parziali, di prestazioni o solo di compensi, effettuati nel contesto di rapporti di lavoro o attività imprenditoriali di per sé dichiarate: sia quindi ipotesi di sotto-fatturazione da parte di lavoratori autonomi e aziende registrate, sia i cd. fuori-busta corrisposti a lavoratori subordinati nel contesto di un rapporto di lavoro formalmente visibile²².

In secondo luogo, la definizione richiede che le attività in questione siano retribuite (*paid*). Il parametro della remunerazione è inteso a escludere dai confini definitivi alcuni segmenti dell’economia sommersa e dell’economia sociale in quanto tali²³: da un lato, i rapporti non retribuiti nell’ambito dell’impresa familiare, dall’altro i rapporti di cortesia nel contesto della cd. economia domestica e comunitaria e soprattutto l’attività dei volontari/soci volontari nel cd. terzo settore (ad es. organizzazioni di volontariato, cooperative sociali, associazioni di promozione sociale)²⁴.

²¹ BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 10.

²² WILLIAMS, HORLINGS, RENOY, *Tackling undeclared work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008; HUSSMANN, *Measuring the informal economy: From employment in the informal sector to informal employment*, in *WP* n. 53, Ginevra, ILO Bureau of Statistics, 2005. Cfr. ALES, *Del lavoro sommerso*, cit.

²³ Secondo una consolidata impostazione socio-economica, economia sommersa, sociale e criminale costituiscono tre sotto-insiemi della più ampia categoria dell’economia informale. Il termine “economia informale”, utilizzato originariamente e a partire dagli anni Settanta con riferimento alle “attività non istituzionali” nei Paesi in via di sviluppo (CHIARELLO, *Economia informale, famiglia e reticoli sociali*, in *RIS*, 1983, p. 212; ILO, *Employment, Incomes and Equality. A Strategy for Increasing Productive Employment in Kenya*, Ginevra, 1972), è stato successivamente utilizzato anche con riguardo ai Paesi industrializzati per qualificare non tanto il lavoro svolto in un contesto privo di regolamentazione, quanto “le attività economiche – legali ed illegali, di mercato e fuori-mercato, monetarie e non-monetarie – che in tutto o in parte sfuggono alle norme istituzionali che regolano le transazioni economiche e non vengono riportate nei dati statistici nazionali” (CHIARELLO, *op. cit.*, p. 218; cfr. AVOLA (a cura di), *L’emersione del lavoro irregolare*, in *www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier*, 2004; BELLAVISTA, *op. cit.*, pp. 12–13).

²⁴ Cfr. Comm. Eur., *Communication on Undeclared Work*, par. 2.1; Comm. Eur., Gruppo di lavoro, *Executive Summary of the Impact Assessment accompanying the document “Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on establishing a European Platform to enhance cooperation*

L'esclusione non riguarda tanto le attività *fittiziamente* dichiarate come collaborazione familiare o volontariato, che, prive di retribuzione, mascherino in realtà un diverso rapporto di lavoro che dovrebbe essere invece remunerato²⁵: tali attività fittizie rimangono sì fuori dai confini della nozione di "lavoro non dichiarato", ma in quanto riconducibili alla diversa fattispecie della "falsa dichiarazione" (la distinzione è peraltro davvero labile nel caso di specie, diversamente che nel caso del falso lavoro autonomo, v. *infra*). La previsione del requisito retributivo rende palese la stretta derivazione dalle scienze economiche e statistiche della prospettiva definitoria adottata dalla Commissione (v. *infra*) e in questo ne evidenzia anche i limiti. In primo luogo, la definizione non tiene conto della rilevanza economica, traducibile in termini monetari, delle attività lavorative svolte nell'economia sociale, pur al di fuori delle regole del mercato e senza retribuzione in denaro²⁶. In secondo luogo, e soprattutto, essa non consente di far emergere la prospettiva entro cui dovrebbe essere codificata la dimensione dell'irregolarità, che è quella della rilevanza della prestazione in sé considerata ai fini della tutela del lavoratore, da un lato, e della vio-

in the prevention and deterrence of undeclared work", SWD(2014) 137 *final*, par. 3.1.1. Il Cese sottolinea la necessità di "evitare ambiguità rispetto, ad esempio, alle attività di volontariato o di beneficenza, oppure al lavoro svolto nell'ambito familiare – fondamentalmente le attività domestiche saltuarie" (Parere 1999/C 101/09 del 12 aprile 99). Da evidenziare che tra gli obiettivi del Libro Bianco di Delors, vi era altresì quello di "*re-examining the ways in which the present interplay of taxation, regulation and related structures could be adapted to enable a widening of the concept of work, incorporating all forms of paid or partially paid work within a common framework encompassing the social economy, intermediate employment enterprises and the informal economy, thereby enabling the re-entry into the formal labour market of many citizens who have to work at the margins*" (COM(1993)700 *final*, p. 132).

²⁵ Ai fini dell'accertamento della reale natura giuridica del rapporto, "la circostanza di non aver ricevuto alcun corrispettivo non è di per sé decisiva, a meno di non cadere in un circolo vizioso nel quale la lesione di un (preteso) diritto verrebbe a trasformarsi in un'esimente" (DEL PUNTA, *Diritto del lavoro e terzo settore*, in *RIDL*, 2001, I, p. 341). È significativo che in sede di consultazione in merito alla Piattaforma europea contro il lavoro sommerso, l'organizzazione datoriale CER abbia segnalato la necessità di menzionare, nell'ambito di applicazione della strategia, oltre al falso lavoratore autonomo, anche il falso volontario e il falso tirocinante (SWD (2014) 137 *final*, p. 41).

²⁶ CHIARELLO, *op. cit.*, p. 231. In tal senso molto più inclusiva è la nozione di "lavoro non dichiarato" adottata nell'ambito dell'Ilo, che inserendosi nella più ampia definizione di "economia informale" "*all economic activities by workers and economic units that are – in law or in practice – not covered or insufficiently covered by formal arrangements*", individua come fattispecie di riferimento l'attività economicamente rilevante, non solo in quanto remunerata (ILO, *Labour inspection in Europe: undeclared work, migration, trafficking*, 2010, pp. 1-2).

lazione delle norme di protezione del lavoro, dall'altro (v. *supra*). È sì vero che il collaboratore-familiare o il volontario godono di uno statuto protettivo ricalibrato e non equiparabile a quello del prestatore di lavoro subordinato²⁷, ma anche rispetto ad essi può configurarsi una violazione delle norme di tutela, con integrazione delle multiformi varietà del lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato e illegale.

Come evidenziato, un terzo tratto qualificante della definizione di “lavoro non dichiarato” adottata a livello di Unione europea è costituito dalla liceità dell'attività, da valutarsi con riferimento non tanto alla legalità o meno del rapporto di lavoro (*illegal employment*, v. *infra*), quanto alla natura dell'attività intrapresa e al fatto che sia o meno consentita nell'ordinamento giuridico in cui è svolta. Come già il criterio della (necessaria) natura retribuita, anche quello della liceità evidenzia la stretta dipendenza della definizione in esame rispetto alla prospettiva delle scienze statistiche. Entrambi i criteri richiamano infatti i parametri utilizzati per classificare le voci dell'“economia non osservata” all'interno dei sistemi di contabilità nazionali (Snc o Sec). Come confermato anche nel Regolamento 549/2013 del 21 maggio 2013, istitutivo del nuovo sistema europeo dei conti nazionali e regionali (cd. Sec 2010)²⁸, le attività di produzione che non sono osservate direttamente sono distinte in attività illegali, attività sommerse (non illegali, ma non dichiarate) e attività informali (per le quali di norma non è tenuta alcuna contabilità) (par. II.26). Per calcolare l'occupazione irregolare, gli istituti statistici – l'Istat nel caso italiano – elaborano le stime del Pil e dell'occupazione attribuibili solo alla parte di “economia non osservata” costituita dal sommerso economico, distinta dall'economia illegale, da un lato, e dall'economia informale, dall'altro²⁹. Come evidenziato, detta distinzione trova specularmente conferma nella scelta dei criteri qualificanti il “lavoro non

²⁷ Cfr. DEL PUNTA, *op. cit.* È significativo a riguardo che nella Risoluzione del 9 ottobre 2008 sul rafforzamento della lotta al lavoro sommerso (2008/2035(INI)), il Pe inviti la Commissione a proporre agli Stati membri uno statuto quadro per i coniugi o i familiari che partecipano nelle imprese familiari, al fine di garantire la loro affiliazione obbligatoria al regime di previdenza sociale (punti 24 e 25).

²⁸ Il nuovo sistema Sec 2010, in linea con il modello Snc 2008 delle Nazioni Unite, aggiorna il precedente Sec 95, a sua volta istituito con Reg. n. 2223/96 e in linea con il modello Snc 1993 (Cons. 7, Reg. 549/13).

²⁹ Il “sommerso economico” deve essere altresì distinto dal “sommerso statistico”, che è invece attribuito all'occupazione regolare essendo “dovuto alla presenza di attività non facilmente individuabili da un'indagine statistica presso le imprese”, ANASTASIA, *op. cit.*, p. 75.

dichiarato”: la liceità dell’attività espletata, da un lato, la natura retribuita (e quindi la tracciabilità di un’intermediazione monetaria), dall’altro³⁰. Proprio per questo, sarà interessante verificare come la prospettiva definitoria della Commissione si confronterà con l’inclusione nel calcolo del Pil, a partire da settembre 2014³¹, anche dei dati relativi alle attività illegali, quali il traffico di sostanze stupefacenti, servizi della prostituzione e contrabbando (di sigarette o alcol)³².

Proseguendo nell’analisi della definizione elaborata dalla Commissione, il quarto elemento che qualifica il “lavoro non dichiarato” è l’assenza di dichiarazione all’autorità pubblica. Tale prospettiva “minimalista” consente di includere nella nozione la sotto-dichiarazione (*under-declaration*), ma non le ipotesi di errata qualificazione del rapporto (*mis-declaration/false declaration; bogus self-employment*) o altri meccanismi fraudolenti basati su strumenti diversi dalla dichiarazione. Come anticipato, tali fattispecie sono state comunque progressivamente attratte nell’ambito di azione degli interventi proposti dalla Commissione, dal Libro Verde sulla modernizzazione del lavoro del 2006 alla Comunicazione “Rafforzare la lotta al lavoro sommerso” del 2007 fino alla citata proposta di Piattaforma

³⁰ Peraltro, “rimangono escluse dalla stima tutte le diverse forme d’irregolarità parziale (il cosiddetto lavoro grigio), in genere connesse al ridotto pagamento dei contributi, alla pratica della retribuzione fuori busta, all’utilizzo irregolare di contratti di prestazione d’opera”: Gruppo di lavoro “*Economia non osservata e flussi finanziari*”, *Rapporto finale*, 2011, www.mef.gov.it, p. 10.

³¹ L’inserimento di tali attività nel calcolo dei conti nazionali, confermato dal Sec 2010, era d’altra parte previsto già nel precedente schema contabile Sec 95 “in ottemperanza al principio che le stime devono essere esaustive, cioè comprendere tutte le attività che producono reddito, indipendentemente dal loro status giuridico” ISTAT, *Cambia il sistema dei conti nazionali*, Nota, 22 maggio 2014. Proprio il mancato inserimento di dette attività nei conti nazionali era stato oggetto di una riserva all’applicazione del Sec 95 sollevata dall’Eurostat nei confronti di tutti i paesi coinvolti.

³² Le stime dei conti nazionali per l’anno 2011 comprensive delle attività illegali sono state pubblicate per la prima volta dall’Istat il 9 settembre 2014, mentre le serie complete per il periodo 1995-2013 dei nuovi conti sono state trasmesse dall’Istat ad Eurostat il successivo 30 settembre. In particolare, le attività illegali nel loro complesso hanno contribuito “alla formazione del valore aggiunto del 2011 per circa 14,3 miliardi di euro, con un’incidenza dello 0,9% sul prodotto interno lordo dell’economia italiana”. Rilevanti sono le difficoltà connesse alla misurazione del volume d’affari delle attività illegali, a causa dell’evidente “mancanza di informazioni statistiche strutturate sulle quantità prodotte, i prezzi e i fattori impiegati per produrli”. A tal fine, Eurostat ha fornito delle linee guida sulle metodologie di misurazione (ISTAT, *L’economia illegale nei conti nazionali*, Audizione del Presidente dell’Istituto nazionale di statistica Giorgio Alleva, Roma, 8 ottobre 2014, pp. 12 e 8).

contro il lavoro sommerso. È interessante notare come l'ambito di azione degli interventi dell'Unione europea si sia esteso, nonostante la definizione della Commissione sia rimasta immutata e gli atti delle istituzioni abbiano continuato a farvi riferimento e a utilizzare il termine “*undeclared work*” per qualificare il tema. Il risultato di un'operazione di chiara matrice compromissoria è che a livello di Unione europea, il “contenitore più ampio” del sistema a scatole cinesi che descrive il rapporto tra legalità e lavoro rimane il “lavoro non dichiarato”, teoricamente schiacciato dalla prospettiva definitoria minimalista della Commissione ma di fatto forzato nel suo perimetro definitorio dall'effettivo ambito di applicazione delle strategie d'intervento. La lettura della Proposta di Piattaforma³³, della Relazione di accompagnamento³⁴ nonché del Parere espresso dal Cese a settembre 2014³⁵ rileva così l'ambiguità, risultato del compromesso tra istanze politiche contrapposte³⁶, di una prospettiva definitoria che ora pare considerare il “lavoro falsamente dichiarato” e il “lavoro non dichiarato” quali fenomeni distinti ma correlati, ora pare considerare il primo una *species* del secondo.

³³ Cfr., in particolare, il sesto considerando e l'art. 2 della Proposta.

³⁴ Nella Relazione il lavoro erroneamente dichiarato è definito un “fenomeno strettamente correlato” a quello del “lavoro non dichiarato”, per quanto le sue conseguenze negative in termini di salute e sicurezza nonché di copertura contributiva e fiscale siano “normalmente meno dannose” di quelle del lavoro non dichiarato. Anche nella valutazione d'impatto della proposta di piattaforma, il gruppo di lavoro della Commissione chiarisce che se si può sostenere che il “*bogus employment is misdeclared activity and as such cannot be seen as undeclared work*” (p. 12). In realtà, la distinzione tra le due nozioni non è mai rimarcata ed è spesso sminuita se non contraddetta, in questo evidenziandosi la tensione politica sottesa a una prospettiva definitoria di chiara matrice compromissoria.

³⁵ È interessante rilevare come, in sede di discussione del Parere del Cese, tutte le proposte di emendamento volte a rendere più netta la distinzione tra i due fenomeni e a evitare ogni ambiguità terminologica siano state respinte (SOC/511 Lavoro sommerso – Piattaforma europea, 10 settembre 2014, Relatore: Palmieri).

³⁶ Come chiarisce il documento di *Impact Assessment* pubblicato dal Gruppo di Lavoro della Commissione, mentre la maggior parte delle organizzazioni (alcune anche datoriali, segnatamente EFCI, FIEC, Geopa-Copa, CER) concordava sulla necessità di includere la questione del falso lavoro autonomo (ma anche del falso volontario e falso tirocinante) nell'ambito di azione della strategia, a fronte delle molteplici connessioni con il tema del lavoro non dichiarato, Uni Europa, *EuroCommerce* e *BusinessEurope* ritenevano, al contrario, che “la questione del falso lavoro autonomo non dovrebbe essere affrontata insieme a quella del lavoro non dichiarato trattandosi di un fenomeno distinto, relativo ad un'attività che non è ‘non dichiarata’, bensì erroneamente dichiarata” (p. 41) (SWD(2014)137 *final*, Annex I, p. 41).

Venendo all'analisi del quinto e ultimo parametro qualificante, quella adottata dalla Commissione è una nozione che, necessariamente condizionata dal principio di sussidiarietà, ha una proiezione interna ad ampiezza variabile: l'impatto degli elementi definitivi – in particolare la legalità dell'attività e gli obblighi di dichiarazione – dipende, infatti, dal grado e dal tipo di regolazione adottata dallo Stato membro. Proprio per questo, la nozione salvaguarda la diversità dei sistemi regolativi interni, competenti nella determinazione del contesto giuridico in cui andranno attualizzati i citati parametri. Ancora, con riferimento al principio di sussidiarietà, pare utile richiamare una Risoluzione del Consiglio del 1999 concernente un'iniziativa antesignana della più recente Piattaforma, ossia l'adozione di un codice di condotta per una più efficace cooperazione tra amministrazioni pubbliche degli Stati membri nella lotta al lavoro non dichiarato. In tale sede, si precisa come la definizione di "lavoro non dichiarato" adottata a livello comunitario "non deve essere più restrittiva della legislazione in vigore in ciascuno Stato membro" (A, par. 2, lett. b)³⁷.

A conclusione, è necessario sottolineare come la definizione in esame si inserisca e sia utilizzata in un contesto funzionale a sistemi di coordinamento delle politiche per obiettivi, un contesto quindi fortemente condizionato non tanto dalle categorie del diritto quanto dai paradigmi dell'analisi socio-economica e statistica volta alla ricerca degli strumenti di misurazione più appropriati. Ciò spiega alcuni rilievi evidenziati nel corso dell'analisi: la previsione del parametro retributivo e del criterio della liceità rivelano una stretta corrispondenza rispetto ai canoni utilizzati per classificare i segmenti dell'economia "non osservata" nell'ambito dei sistemi di contabilità nazionale. Ciò sottendendo l'adesione a una prospettiva di valutazione che non include nel calcolo le convenienze di natura giuridica e soprattutto le possibili violazioni di norme di tutela del prestatore di lavoro che comunque possono caratterizzare le attività o i profili non inclusi nella stima dell'occupazione irregolare³⁸ (v. *supra*).

³⁷ Risoluzione del Consiglio 1999/C 125/01 del 22 aprile 1999.

³⁸ Si pensi, ad esempio, all'obbligo di assicurazione Inail per i soci volontari nelle cooperative sociali (l. 8 novembre 1991 n. 381, art. 2) o all'obbligo di assicurazione privata contro gli infortuni e per la responsabilità civile verso i terzi a carico delle organizzazioni di volontariato (l. 11 agosto 1991 n. 266, art. 4), delle imprese sociali a tutela del personale volontario impiegato (d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155, art. 14, co. 2) nonché delle associazioni di promozione sociale in caso di attività verso terzi prestata (a titolo gratuito) dai propri associati nell'ambito di una convenzione (l. 7 di-

Dette considerazioni invitano quindi a particolare cautela nel momento in cui si inserisce la nozione di lavoro non dichiarato nel ragionamento giuridico, specie se il tentativo è quello di attribuire ai suoi tratti qualificanti una valenza e necessità anche in tale contesto e di elaborarne una tipizzazione giuridica³⁹, innestandola nell'ordinamento interno.

4.1. *Profili critici della definizione nel confronto con l'ordinamento italiano*

Le criticità di un *transplant* definitorio che, come si è rilevato, non è solo inter-ordinamentale ma in realtà anche inter-disciplinare trovano un riscontro particolarmente esemplificativo se si confronta la definizione di lavoro non dichiarato adottata dalla Commissione europea con il contesto regolativo italiano.

Lo scarto si palesa, in particolare, – e non a caso – proprio con riguardo al requisito della remunerazione come condizione qualificante l'attività non dichiarata, un requisito che paradossalmente rende tale definizione, pur “minimalista” e orientata a garantire il rispetto del principio di sussidiarietà, troppo restrittiva, da un lato, e incongruente con il modello giuslavoristico interno (e con impatto potenzialmente distorsivo o controproducente), dall'altro.

Nel contesto regolativo italiano, alcuni dati positivi funzionali a ricostruire una definizione normativa di “lavoro non dichiarato” utile al confronto con il paradigma proposto dalla Commissione possono trarsi innanzitutto dalla disposizione sulla sanzione amministrativa applicabile in caso di lavoro non dichiarato e dalla disposizione sul provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale prevista nel Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Per quanto attiene la prima, introdotta dalla l. 73/02 in sede di conversione del d.l. 12/02, essa trova applicazione – dopo le modifiche apportate dall'art. 4 l. 4 novembre 2010 n. 183 – “in caso di impiego di lavoratori subordinati”, in mancanza della “preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato” al Centro per

cembre 2000 n. 383, art. 30, co. 3). Si pensi, più in generale, alla tutela della salute e sicurezza dei volontari nell'ambito del d.lgs. 81/08. Sul punto cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*; BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 13; FERRUA, *La tutela della salute e sicurezza dei volontari*, in *WP Olympus*, 2013, n. 22.

³⁹ Cfr. ALES, *Del lavoro sommerso*, cit.

l'impiego. Come chiarisce la circolare ministeriale n. 38 del 12 novembre 2010, a rilevare ai fini dell'applicazione della sanzione sono altresì le comunicazioni al Centro per l'impiego o all'Inps relative ai "lavoratori parasubordinati" (ad es. co.co.co., lavoratori a progetto, associati in partecipazione con apporto di lavoro), la comunicazione all'Inail per le figure di cui all'art. 4, co. 1 n. 6 e 7, d.P.R. n. 30 giugno 1965 n. 1124 (tra cui i collaboratori familiari e i soci delle cooperative), la comunicazione all'Inps/Inail per il lavoro occasionale accessorio, nonché la documentazione utile a verificare la pretesa autonomia del rapporto per le prestazioni di lavoro autonomo occasionale ai sensi dell'art. 2222 cod. civ. (iscrizione Camera di commercio, possesso di partita iva, produzione di valida documentazione fiscale precedente all'accertamento). L'eventuale mancanza di dette comunicazioni o documentazione non rileva tanto in quanto la sanzione si applichi anche a tali tipologie di rapporti di lavoro, bensì perché la stessa funge da indicatore di una presunta subordinazione (non dichiarata, v. *infra*). Diversamente, qualora "dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione", la sanzione non trova applicazione. Ciò è particolarmente significativo per il contesto d'analisi che ci occupa, segnatamente con riguardo alla sopraccitata questione dell'inclusione o meno del falso lavoro autonomo nell'ambito definitorio del lavoro non dichiarato (per quanto qui ai soli fini sanzionatori). Come chiarito dalla circolare ministeriale 38/10, infatti, "in caso di formale instaurazione di rapporti di lavoro autonomi o parasubordinati nel rispetto dei relativi obblighi di natura documentale, la differente qualificazione degli stessi in chiave subordinata, operata dagli organi di vigilanza in sede di accertamento ispettivo, non comporta l'applicazione della maxisanzione in quanto, trattandosi di errato inquadramento della fattispecie lavorativa, difetta il presupposto identificativo del lavoro sommerso" (*melius*, "non dichiarato")⁴⁰.

Per quanto attiene, invece, il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, l'art. 14 d.lgs. 81/08 ne prevede l'applicazione, oltre che in caso di "gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro", anzitutto in ipotesi di "impiego di personale

⁴⁰ Cfr. GAROFALO, *Le misure contro il lavoro sommerso nel Collegato lavoro 2010*, in LG, 2011, p. 71 ss.; GENTILE, *op. cit.*, spec. p. 125 ss.; RATTI, *Potenzialità e limiti dei recenti interventi in tema di servizi ispettivi*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 505 ss.

non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro”⁴¹. Coerente con l’impianto del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro, e specificamente con il principio sostanzialistico e di universalità della tutela sotteso all’adozione di ampie definizioni di lavoratore e di soggetti equiparati (v. *infra*), la disposizione prevede che il requisito della subordinazione non costituisca un elemento essenziale per l’identificazione del personale non dichiarato. Il riferimento alla “documentazione obbligatoria” non pare, invece, marcare una differenza significativa rispetto alla disposizione sulla cd. maxi-sanzione: come chiarisce la circ. ministeriale 33/09, l’art. 14 “conferma la nozione di lavoratore ‘in nero’ quale lavoratore ‘sconosciuto alla P.A.’. In tal senso, il lavoratore ‘in nero’ è dunque quel lavoratore impiegato senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro al Centro per l’impiego ovvero previa comunicazione ad altri Enti come richiesto dalla specifica tipologia contrattuale (v. ad es. lavoro accessorio)”. Anche in questo caso, d’altra parte, la circolare ministeriale chiarisce la rilevanza altresì degli adempimenti previsti dall’art. 23 del d.P.R. 1124/65 rispetto ai soggetti ivi indicati, nonché – con riferimento a tutti i lavoratori comunque riconducibili all’ampia nozione di lavoratore e soggetto equiparato prevista dal d.lgs. 81/08 – della documentazione che formalizza il rapporto o da cui è possibile evincerne la regolare instaurazione⁴². A differenza della disciplina sulla cd. maxisanzione, in questo caso – giusto il più ampio ambito di applicazione – la disposizione sul provvedimento di sospensione individua l’assenza di tali comunicazioni e documentazione quali presupposti per l’applicazione del provvedimento *rilevanti di per sé* e non in quanto indicatori di una presunta natura subordinata del rapporto (v. *supra*).

In sintesi, e tornando al tema d’analisi da cui si è partiti e a cui è funzionale la lettura dei dati normativi ora ricordati, in entrambi i casi, pur distinti da un ambito di applicazione non coincidente, l’elemento retributivo non costituisce un requisito necessario ai fini della qualificazione dell’attività prestata in termini di “lavoro non dichiarato”.

⁴¹ Cfr. SCARPELLI, *Il contrasto al lavoro irregolare tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *RGL*, 2008, I, p. 59.

⁴² Ad es. la documentazione fiscale per i lavoratori autonomi o la documentazione relativa all’assicurazione privata contro gli infortuni e per la responsabilità civile verso i terzi a tutela dei volontari impiegati nell’impresa sociale di cui al d.lgs. 155/06 (v. *infra*).

Nel primo caso, come evidenzia la circolare ministeriale 38/10, il presupposto per l'applicazione della sanzione sussiste anche rispetto ai familiari che prestino "con o senza retribuzione" alle dipendenze del datore di lavoro opera manuale o non, qualora manchi la denuncia preventiva all'Inail di cui all'art. 23 d.P.R. 1124/65⁴³. Ciò in ragione non di un ampliamento dell'ambito di applicazione della sanzione oltre i previsti confini del lavoro subordinato, quanto di una sorta di presunzione (*iuris tantum*) di subordinazione del rapporto non dichiarato (qualificazione che, se accertata, comporta il diritto del lavoratore alla retribuzione, v. *infra*)⁴⁴.

Proprio perché prescinde, invece, dalla qualificazione giuridica del rapporto, ancor più significativo e utile all'analisi è il secondo caso esaminato, ossia quello relativo al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 d.lgs. 81/08. In tale ambito, i presupposti per la qualificazione del personale "in nero" si riconoscono con riferimento non solo ai collaboratori familiari, se assicurabili all'Inail, ma altresì ai tirocinanti, in caso di mancata comunicazione al Centro per l'impiego⁴⁵, nonché – quanto meno teoricamente, vista la richiesta natura *imprenditoriale* dell'ente beneficiario – ai soci volontari di cooperative sociali, per i quali vige l'obbligo di assicurazione Inail, nonché ai volontari impiegati nell'impresa sociale, per i quali è previsto l'obbligo di assicurazione privata contro gli infortuni e la responsabilità civile verso terzi (v. *supra*).

4.2. (Segue) Il criterio della remunerazione nella definizione di "lavoro non dichiarato". Critica

Le considerazioni da ultimo elaborate non solo ripropongono la citata questione relativa alla necessaria o meno presenza della retribuzione ai fini della definizione dell'attività come non dichiarata: consentono di

⁴³ Si tratta delle prestazioni rese nell'ambito dell'impresa familiare ai sensi dell'art. 230 *bis* cod. civ., prestazioni che si presumono gratuite (*ex multis* Cass. 2 agosto 2010 n. 17992) e a fronte delle quali – se "ricorrenti" e non meramente "accidentali" – sorge l'obbligo assicurativo contro gli infortuni. Cfr. sul punto la Circ. min. n. 14184 del 5 agosto 2013.

⁴⁴ Cfr. Circ. Inail 16 giugno 2011 n. 36; GAROFALO, *Le misure contro il lavoro sommerso*, in MISCIONE, GAROFALO (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010*, Ipsa, 2011, p. 874.

⁴⁵ Con la legge finanziaria del 2007, l'obbligo di comunicazione al centro per l'impiego di cui all'art. 9 *bis*, d.l. 1 ottobre 1996 n. 510, conv. in l. 28 novembre 1996 n. 608, è stato esteso ai tirocinanti. Cfr. sul punto l'Accordo Stato-Regioni del 24 gennaio 2013.

evidenziare – con specifico riferimento ai tirocinanti – le criticità di tale elemento qualificatorio anche sotto altri e ancor più rilevanti profili.

Innanzitutto, se le leggi regionali sono tenute a prevedere che al tirocinante sia corrisposta una congrua indennità di almeno 300 euro mensili, d'altra parte sono consentite “eventuali circostanziate deroghe in materia di corresponsione” per i tirocini a favore di disabili, di persone svantaggiate di cui alla l. 381/91 nonché richiedenti asilo o titolari di protezione internazionale⁴⁶. In altre parole, sono ammesse ipotesi di tirocinio prive di remunerazione, del tutto legittime peraltro in un quadro europeo, come quello delineato dal Consiglio nella Raccomandazione del 10 marzo 2014, dove la remunerazione non costituisce un elemento essenziale nella definizione dell'istituto o a garanzia della sua qualità⁴⁷. In secondo luogo, anche laddove obbligatoria, la corresponsione della congrua indennità interroga sulla possibilità di ricondurre tale compenso alla categoria “*pay*” utilizzata nella definizione di lavoro non dichiarato e invita, ancor prima e più in generale, a interrogarsi sul significato da attribuire a tale categoria. La questione è di particolare rilievo, specie in uno Stato, come quello italiano, privo – almeno per ora – di una fissazione legale della retribuzione minima: esiste cioè una soglia a partire dalla quale l'attività può qualificarsi come retribuita, per quanto non dichiarata? O al contrario, come pare più verosimile vista la concatenazione tra lavoro sommerso e condizioni di lavoro inique⁴⁸, ai fini qualificatori basta un compenso purchessia, col rischio paradossale di estendere – a livello concettuale – la dimensione valoriale propria della retribuzione a fattispecie che non ne rispettano, invece, i criteri di proporzionalità e sufficienza⁴⁹?

⁴⁶ Cfr. il citato Accordo Stato-Regioni del 24 gennaio 2013.

⁴⁷ Raccomandazione del Consiglio su un quadro di qualità per i tirocini (2014/C 88/01), cons. 27 e punto 8.

⁴⁸ È significativo ricordare che tra gli indici di sfruttamento lavorativo, individuati dall'art. 603 bis c.p., a cui rinvia l'art. 22 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (Testo unico in materia di immigrazione) in tema di occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, e quindi di lavoro – necessariamente – non dichiarato (oltre che illegale, v. *infra*), è inclusa “la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato”. Sul punto cfr. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, 2012.

⁴⁹ A riguardo, è interessante richiamare, a livello nazionale, il dibattito sulla conformità all'art. 36 Cost. della disciplina dei contratti di riallineamento, riconosciuta nella misura in cui, da un lato, la riduzione rispetto ai minimi tabellari sia meramente temporanea e transitoria (DE LUCA TAMAJO, *I contratti di riallineamento retributivo*, in *RGL*, 1999, suppl. al n. 3, pp. 89-90) e,

La questione non ha un rilievo puramente teorico/concettuale, bensì rivela un'impostazione dal preciso impatto politico. Non pare azzardato riconoscere tale impostazione, a valle, nella valorizzazione di politiche di contrasto che tollerano se non incentivano come migliore prassi di emersione il ricorso ai lavori minimi, nel caso italiano i *voucher*⁵⁰. Sono politiche che impongono una riflessione – a ricaduta – sulla nozione di inclusione sociale e sulla qualità che i “destini professionali”⁵¹ dei lavoratori regolarizzati devono presentare perché la fase di emersione possa considerarsi fusa con una prospettiva di promozione occupazionale. A tal fine, l'azione legislativa non deve esaurirsi in una strategia “contro” il sommerso né in una logica di matrice puramente tributaria/fiscale, ma deve diventare strumentale a una politica attiva del lavoro, non di un lavoro *sans phrase*, ma – almeno – di un *decent work*⁵².

La sopraccitata impostazione – che non marca la cesura tra il lavoro invisibile alle tutele e quello visibile e quindi qualificato dallo statuto protettivo del lavoratore – può riconoscersi, tra l'altro, nei percorsi interpretativi adottati dalla Commissione nella valutazione della compatibilità con

dall'altro, sia confermata la competenza della contrattazione collettiva ad aggiornare i parametri costituzionali di proporzionalità e sufficienza in relazione ad uno specifico contesto socio-economico (LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, p. 235; CARUSO, *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, in *RGL*, 1999, suppl. al n. 3, p. 79 ss.; VISCOMI, *op. cit.*; BELLAVISTA, *op. cit.*; GENTILE, *op. cit.*). La necessaria transitorietà anche delle collegate incentivazioni statali ha determinato la conclusione dell'esperienza dei contratti di riallineamento nel 2001 per intervento dell'Unione europea: qualificabili come aiuti di stato al mantenimento dell'occupazione, la Commissione ne ha autorizzato l'utilizzo anticipando tuttavia la non accettazione di qualsiasi ulteriore proroga del regime in questione (ZOPPOLI L., *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *RGL*, 2008, I, p. 81 ss.; GENTILE, *op. cit.*). È interessante notare come nella decisione sugli aiuti di Stato del 2000, la Commissione evidenzia con forza la concatenazione tra il risparmio legato al livello insufficiente delle retribuzioni e la distorsione della concorrenza (decisione 17 ottobre 2000 Aiuto di Stato n. N 236/A/2000 – Italia).

⁵⁰ Il sistema italiano dei *voucher* in agricoltura è individuato – subito dopo i *mini-job* tedeschi – come esempio di approccio di emersione “*compliance-oriented*” nel Report della Commissione europea “*Employment and Social Developments in Europe 2013*” pubblicato a gennaio 2014. D'altra parte, la stessa Commissione evidenzia come “*the unlimited proliferation of such atypical forms of regular employment (e.g. odd jobs, mini-jobs, etc.) needs a word of caution. [...] such jobs are often associated with a higher risk of in-work poverty and can in no way represent a long-term substitute for permanent jobs*”, p. 256.

⁵¹ Per tale espressione cfr. FAIOLI, *op. cit.*, p. 31.

⁵² DELL'OLIO, *Lavoro sommerso e “lotta per il diritto”*, in *ADL*, 2000, p. 43 ss; BARBIERI, *op. cit.*, p. 90; FAIOLI, *op. cit.*

il mercato comune degli aiuti di Stato per la lotta al lavoro non dichiarato: gli stessi sono qualificati come “aiuti al mantenimento dell’occupazione” e non, invece, come “aiuti alla creazione di posti di lavoro”, poiché si applicano “ai lavoratori che già esercitano un’attività presso le imprese beneficiarie” (decisione 17 ottobre 2000 Aiuto di Stato n. N 236/A/2000 – Italia, p. 27)⁵³. Come è stato correttamente evidenziato, è “arduo ritenere che l’*undeclared work* possa equivalere ad attività lavorativa giuridicamente rilevante nell’ordinamento comunitario”, posto che “la mancanza di un ‘contratto di lavoro formale’ [...] priva il lavoratore del godimento di una serie di diritti connessi dallo statuto giuridico europeo allo svolgimento di un’attività lavorativa” e “il lavoro sommerso è per definizione un lavoro ‘senza qualità’”⁵⁴. La stessa prospettiva interpretativa è peraltro avallata dal PE nella Risoluzione sul lavoro sommerso del 2008, richiamata dalla legge delega n. 183/14⁵⁵.

Anche a voler prescindere dalla lettura delle citate implicazioni politiche, la questione definitoria pone comunque il problema di capire a quale nozione di retribuzione sia necessario far riferimento ai fini qualificatori, non solo perché tale nozione varia a seconda del livello ordinamentale o può addirittura mancare, ma soprattutto perché – specie in un contesto dove è centrale il confronto con la disciplina degli obblighi previdenziali e fiscali – diverso è l’inquadramento di un medesimo compenso a seconda della prospettiva disciplinare da cui si osserva. Per tornare all’esempio dei tirocinanti, se la congrua indennità non è soggetta a contributi previdenziali ed è da escludersi sia riconducibile alla nozione di retribuzione, la stessa è considerata quale reddito assimilabile a quelli di lavoro dipendente ai sensi dell’art. 50 d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917. Quindi? L’attività prestata dal tirocinante e non dichiarata costituisce “lavoro non dichiarato” ai sensi della definizione adottata dalla Commissione? E soprattutto, e in linea generale, se l’attività non è remunerata, non è più qualificabile come “lavoro non dichiarato”?

Le considerazioni svolte si pongono quindi in prospettiva critica rispetto a una proposta di tipizzazione giuridica del “lavoro non dichiarato” che, ancorata alla definizione della Commissione europea, si fondi sul-

⁵³ Cfr. sul punto GENTILE, *op. cit.*, spec. p. 100 ss.

⁵⁴ ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 102.

⁵⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 ottobre 2008, cit., punto 67.

l'elemento-base su cui tale fattispecie è costruita, ossia l'attività remunerata⁵⁶. Peraltro, se tale proposta si pone meritoriamente a supporto di un'universalizzazione dei diritti, la stessa cerca conferma nel quadro normativo in materia di igiene e sicurezza sul lavoro che invece, quanto meno a livello interno, specificamente include nell'ampia definizione di lavoratore qualsiasi "persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, *con o senza retribuzione*" (art. 2, d.lgs. 81/08, corsivo aggiunto).

5. *Dentro e fuori le scatole cinesi: il lavoro illegale*

Il confronto con i dati normativi del sistema Ue pone una precisa questione definitoria anche rispetto alla nozione di "lavoro illegale".

Già si è potuto evidenziare come la definizione di "lavoro non dichiarato" adottata dalla Commissione implichi una distinzione tra attività lecite, e quindi dichiarabili, da un lato, e attività illecite, non dichiarabili e quindi non qualificabili come "lavoro non dichiarato", dall'altro.

L'attenzione si concentrerà ora sui dati normativi rilevabili a livello di *hard law*, dove se l'unica definizione fornita è proprio quella di "lavoro illegale", d'altra parte la stessa è collocata nell'ambito della cd. direttiva sanzioni e in questo si rivela fortemente condizionata dalla base giuridica, dalle finalità repressivo-sanzionatorie e dai destinatari del provvedimento. Un percorso argomentativo finalizzato all'elaborazione di ipotesi definitorie qualificate da un'ottica giuslavoristica non può quindi che avvicinarsi a tale definizione con la dovuta cautela: pur di indubbia utilità, essa infatti costituisce un esempio emblematico della non integrazione tra politiche per l'immigrazione e politica sociale a livello di Unione europea. Specificamente, se all'art. 2, lett. d), la direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 definisce il lavoro illegale come "l'impiego di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare", essa d'altra parte si concentra sul datore di lavoro "escludendo, quindi, ogni attenzione nei confronti del lavoratore che, se straniero e irregolare, deve semplicemente essere rimpatriato". In questo, si evidenzia "lo scopo [...] di disincentivare il lavoro irregolare

⁵⁶ Cfr. ALES, *Del lavoro sommerso*, cit.

come *pull factor* dei movimenti migratori mediante applicazione di sanzioni al datore di lavoro (considerando 2 e 36) e non di disincentivare, in generale, il lavoro irregolare”⁵⁷. In altre parole, la definizione di lavoro illegale ivi adottata risulta funzionale non tanto all’ottica giuslavoristica che qualifica l’irregolarità – e quindi, quale sua *species*, l’illegalità – in rapporto alla violazione dei diritti del lavoratore, quanto alla diversa logica di repressione che individua nell’irregolarità un fenomeno da contrastare solo in quanto pericoloso fattore di “richiamo dell’immigrazione illegale nell’Unione europea” (considerando 2)⁵⁸.

Alcuni dati utili al percorso d’analisi possono trarsi altresì dalle dir. 2014/36/UE del 26 febbraio 2014 e 2009/50/Ce del 25 maggio 2009 che, sempre in tema di ingresso e soggiorno di cittadini extra-Ue, distinguono il lavoro illegale dal lavoro non dichiarato senza tuttavia chiarire il rapporto tra le due nozioni⁵⁹. In particolare, esse prevedono la possibilità che gli stati membri rigettino una domanda – rispettivamente – di autorizzazione al lavoro o Carta Blu Ue qualora il datore di lavoro sia stato “oggetto di sanzioni in conformità al diritto nazionale, a causa di lavoro non dichiarato e/o occupazione illegale”. Nonostante il riferimento alle due nozioni presupponga un rinvio al diritto nazionale (in particolare alle trasposizioni interne della “direttiva sanzioni”), d’altra parte parrebbe che nell’utilizzo della congiunzione “e/o”, il legislatore europeo non abbia affatto escluso l’ipotesi che tali nozioni – e conseguenti sanzioni – possano applicarsi alla medesima fattispecie, e che quindi il lavoro illegale possa essere incluso nella più ampia categoria del “lavoro non dichiarato”.

In sintesi, da un’interpretazione sistematica dei dati normativi Ue, per quanto contenuti in fonti di diversa portata giuridica (*soft* e *hard*) ovvero di diversa prospettiva politica (politica sociale, politiche per l’immigrazione), si evidenzia la necessità di distinguere tra illegalità dell’attività (cd. “economia criminale”⁶⁰) e illegalità del rapporto di lavoro (*illegal em-*

⁵⁷ CALAFÀ, *op. cit.*, p. 166. Cfr. GOTTARDI, voce *Lavoratori stranieri*, in EGT, 2001/2003; EAD., *La normativa e le politiche europee recenti sull’immigrazione. Due volti o solo uno?*, in LD, 2009, p. 517.

⁵⁸ Cfr. GENTILE, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁹ Dir. 2014/36/UE sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali e dir. 2009/50/Ce sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati. Rispettivamente art. 8, par. 2, lett. a, art. 9, par. 2, lett. a, dir. 2014/36/UE; art. 8, par. 5, dir. 2009/50/Ce.

⁶⁰ BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 8.

ployment): se in entrambi i casi si può parlare di lavoro illegale, solo nel secondo caso, in base alla definizione della Commissione, la fattispecie è qualificabile altresì come “lavoro non dichiarato”. Il rapporto di *genus-species* rilevabile tra “lavoro non dichiarato” e “lavoro illegale” (per illegalità del rapporto di lavoro) parrebbe confermato – quantomeno non escluso – anche dalle citate direttive 2009/50 e 2014/36.

Se si sposta il *focus* dell’analisi a livello interno, la questione definitoria non può essere risolta né facendo riferimento alla trasposizione delle direttive 2009/50 e 2009/52⁶¹, né ragionando a partire dal dato normativo della l. 124/04, unico contesto in cui il legislatore (statale) formalmente utilizza il termine “lavoro illegale”. Nel primo caso, infatti, rispettivamente né il d.lgs. 28 giugno 2012 n. 108 contiene i citati riferimenti normativi ai termini “lavoro illegale” e “lavoro non dichiarato”, né il d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109 prevede una traduzione interna della definizione di lavoro illegale, risultando peraltro del tutto privo dell’organicità che un corretto recepimento interno avrebbe invece richiesto⁶². Nel secondo caso, il termine “lavoro illegale” rimane privo di specifica definizione per quanto si possa dedurre sia posto a qualificazione di ipotesi di lavoro *contra legem* particolarmente rilevanti e gravi tanto da richiedere un’integrazione del tavolo di discussione degli organismi territoriali di coordinamento della vigilanza (d.lgs. 124/04, art. 3, co. 3; 4, co. 4; 5, co. 2). Trattandosi, tuttavia, di un’integrazione volta a includere autorità di pubblica sicurezza (il Questore a livello provinciale, dirigenti della Polizia di Stato a livello regionale, il Capo della Polizia a livello nazionale), pare che il riferimento all’illegalità possa comprendere tutte le sue possibili declinazioni, sia quindi l’illegalità dell’attività, sia l’illegalità del rapporto di lavoro.

6. *Questione definitoria e razionalità dell’ordinamento italiano nel confronto con il diritto dell’Unione europea: la funzionalità e i limiti dell’art. 2126 cod. civ.*

In un’indagine volta a costruire un sistema d’ipotesi definitorie in una prospettiva di politica del diritto di matrice giuslavoristica, l’art. 2126

⁶¹ La trasposizione della dir. 2014/36/UE è prevista dal disegno di legge di delegazione europea 2014, approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 ottobre 2014.

⁶² Cfr. CALAFÀ, *op. cit.*, p. 176.

cod. civ. si rivela particolarmente funzionale per l'individuazione degli elementi di razionalità del sistema giuridico interno e dei modelli normativi di riferimento conformi a detta prospettiva, contro pericolose operazioni di *transplant* inter-ordinamentale e inter-disciplinare⁶³.

L'utilità della disposizione codicistica è rilevabile, in particolare, sotto tre profili.

Il primo, già in parte anticipato, attiene all'individuazione del *genus* più ampio del sistema di opzioni definitorie. Se, come si è potuto evidenziare, a livello di Unione europea tale pare essere il "lavoro non dichiarato", pur nelle sue ambigue estensioni semantiche, a livello interno la disposizione codicistica consente di individuare il "contenitore più ampio" nella categoria del lavoro irregolare, qualificato dalla violazione di disposizioni di tutela del lavoratore, e di declinare il rapporto tra le diverse *species* che compongono tale categoria (dal sommerso al non dichiarato, al lavoro illegale) sulla base dei diversi punti di incidenza dell'irregolarità.

Nel confronto con il diritto dell'Unione europea, l'utilità dell'art. 2126 cod. civ. si evidenzia anche rispetto a un secondo profilo, segnatamente l'individuazione dell'elemento-base delle fattispecie definitorie. Confermando le criticità della definizione di "lavoro non dichiarato" elaborata dalla Commissione, la disposizione codicistica individua come elemento-base di riferimento la "prestazione di fatto" o il "lavoro prestatato", individuati sul mero piano "dell'essere", non "del *dover essere*", come fattispecie descrittive, statiche, materiali, non invece come adempimento di un contratto o come oggetto di un rapporto giuridico⁶⁴. Proprio perché la prestazione di fatto prescinde dal contesto obbligatorio del rapporto di

⁶³ Nel ragionamento che ci occupa, la disposizione codicistica rileva non solo come norma di chiusura nella disciplina del lavoro *subordinato* irregolare; la stessa – al di là di un ambito di applicazione non estensibile nemmeno all'area delle collaborazioni coordinate e continuative e del lavoro a progetto (v. ad esempio Cass. civ. sez. lav. 17 novembre 2011 n. 24187) – è qui valorizzata in quanto in grado di fornire altresì dei parametri orientativi utili sia alla formulazione di ipotesi definitorie che prescindano dalla qualificazione giuridica dell'attività prestata sia alla codificazione dei criteri di razionalità del sistema.

⁶⁴ DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 62. In tal senso, l'incongruenza della formula legislativa che menziona "l'esecuzione del rapporto" è stata superata interpretando tale inciso come l'insieme dei comportamenti in cui si concretizza la prestazione di lavoro (DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, 1970, p. 6). Cfr. CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *RDC*, 1979, I, p. 309 ss.; FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Ann. Univ. Ferrara*, 1952, I, p. 103 ss.; CAMPANELLA, *op. cit.*

lavoro tipico, l'art. 2126 cod. civ. impone quindi di distinguere la dimensione ontologica da quella deontologica, gli elementi costitutivi dell'attività lavorativa, quale atto rilevante per l'ordinamento, dagli effetti giuridici che vi si ricollegano *ex lege*, quale ad esempio l'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione. In questa distinzione, la disposizione codicistica conferma le criticità della definizione di "lavoro non dichiarato" adottata a livello di Unione europea e la non necessaria presenza della remunerazione tra gli elementi costitutivi delle fattispecie in cui si palesa l'irregolarità del lavoro⁶⁵ (v. *supra*).

La disposizione codicistica si rivela funzionale, infine, rispetto a un terzo profilo, ossia alla qualificazione del "lavoro illegale" nell'ordinamento interno e al confronto con la corrispondente definizione fornita dall'Unione europea.

Nel contesto dell'art. 2126 cod. civ. la distinzione tra prestazione lecita e illecita rileva innanzitutto ai fini dell'applicazione del principio della cd. inefficacia dell'invalidità del contratto, sancito dal primo comma a tutela del prestatore "di fatto" (di lavoro subordinato). Segnatamente, nonostante la nullità o annullabilità del contratto, la disposizione codicistica attribuisce autonoma rilevanza alla prestazione di fatto con riconoscimento al prestatore di lavoro del diritto al corrispondente trattamento, anzitutto economico e previdenziale⁶⁶. A riguardo, tuttavia, si distingue l'ipotesi in cui la nullità del contratto di lavoro derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa⁶⁷, dalle ipotesi in cui, invece, l'invalidità derivi dalla violazione di norme imperative non attinenti a tali due profili⁶⁸. Se nel primo caso al lavoro prestato non è riconosciuta alcuna tutela dall'ordinamento giuridico, nel secondo trova invece applicazione il principio *pro lavoratoris*, con diritto del lavoratore a ricevere le tutele riferibili al lavoro materialmente eseguito.

Si condivide la tesi interpretativa secondo cui, nell'individuazione delle ipotesi di inoperatività della tutela del lavoratore, l'art. 2126 cod. civ.

⁶⁵ Si noti, a riguardo, la definizione del termine 'lavoro' prevista nella dir. 2009/52, comprensiva delle attività che "sono o dovrebbero essere retribuite", ma non, d'altra parte, delle attività lavorative per le quali non è prevista la retribuzione.

⁶⁶ Cfr. CAMPANELLA, *op. cit.*

⁶⁷ Cfr. FAIOLI, *Prestazione di lavoro di fatto*, in *DDPCom*, terzo agg., 2007, p. 653.

⁶⁸ Cfr. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro: norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

valuta la prestazione di fatto *di per sé*. Nonostante quindi la formula legislativa richiami il concetto di oggetto e causa del contratto, sarà rispetto alla prestazione, e non al contratto, che dovrà essere condotta la verifica d'illiceità, ossia la verifica di contrarietà o meno a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume⁶⁹. Particolarmente interessante, ai fini della questione definitoria, è il dibattito relativo all'incidenza dei requisiti soggettivi, fisici o amministrativi, del prestatore di lavoro sulla valutazione di liceità dell'oggetto e quindi dell'attività prestata. L'interrogativo posto è se tali requisiti, rimanendo elementi estrinseci, non inficino la prestazione in sé, che permane intrinsecamente lecita⁷⁰, o se, al contrario, essi abbiano una diretta ricaduta sulla liceità della prestazione, che non può essere valutata meramente in astratto bensì sulla base del suo concreto realizzarsi alla luce delle caratteristiche soggettive del lavoratore⁷¹. Il nodo interpretativo è di particolare rilievo nella ricostruzione dei meccanismi di tutela apprestati dall'art. 2126 cod. civ., segnatamente con riguardo alle ipotesi in cui l'assenza del requisito soggettivo costituisca la violazione di un divieto di legge indirizzato al datore di lavoro⁷². Si pensi al lavoro eseguito dal minorenni al di fuori delle ipotesi *ex lege*, dall'extracomunitario privo di regolare permesso di soggiorno, dal pubblico dipendente assunto senza il rispetto delle regole e delle procedure di reclutamento. In tali casi, il lavoratore sarà tutelato ai sensi del primo comma, quindi in virtù del principio di inefficacia dell'invalidità, qualora si ritenga che l'assenza dei requisiti così configurata non incida sulla liceità della prestazione⁷³; diversamente, la tutela dovrà essere ricostruita a partire dalla disposizione del secondo comma, che, prevedendo che il lavoratore "ha *in ogni caso* diritto alla retri-

⁶⁹ MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2011, p. 324. Il contratto, invece, è utilizzato soltanto per desumere "elementi e dati argomentativi" riguardanti particolari caratteristiche della prestazione, quale in questo caso la sua illiceità; DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 116; Cfr. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Cedam, 1995, p. 153 e nt. 149; CAMPANELLA, *op. cit.*

⁷⁰ Cfr. FAIOLI, *op. cit.*, p. 653.

⁷¹ CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 150. Cfr. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, 1987, vol. 38, p. 313 ss.; SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, 1982.

⁷² Da tenere distinto è, invece, il caso in cui il requisito soggettivo sia richiesto dalla legge per l'incidenza dell'attività lavorativa sulla salute pubblica o sulla sicurezza pubblica. Cfr. ad es. Cass. civ. sez. lav. 7 luglio 2014 n. 15450.

⁷³ Si tratta della tesi maggioritaria in giurisprudenza. Cfr. Cons. St. 28 agosto 2014 n. 4416; Cass. Civ. sez. lav. 25 luglio 2014 n. 17008; Cass. civ. sez. lav. 14 maggio 2014 n. 10426; Cass. civ. sez. lav. 6 marzo 2006 n. 4770.

buzione” se il lavoro è prestato con violazione di norma poste a sua tutela, funge da “controlimito” all’eccezionale regime limitativo della tutela previsto in caso di prestazione illecita⁷⁴.

Come anticipato, la questione è di netto rilievo anche sul più ampio piano della prospettiva definitoria. Si è evidenziato come a livello di Unione europea, da un lato, la nozione di “lavoro non dichiarato” richiede la liceità dell’attività prestata, dall’altro, la direttiva 2009/52 definisca il lavoro illegale come “l’impiego di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare”. Se in entrambi i casi il lavoro – in quanto illegale – non è dichiarabile, solo nella seconda ipotesi, in cui l’illegalità si ricollega all’assenza di un requisito soggettivo del lavoratore integrante la violazione di un divieto giuridico indirizzato al datore di lavoro, il lavoro è qualificabile anche come “non dichiarato”. Tale distinzione trova speculare conferma anche nel modello normativo dell’art. 2126 cod. civ.⁷⁵: infatti, in caso di attività illecita, ossia di lavoro caratterizzato da causa od oggetto illeciti, il lavoro prestato non può essere tutelato dall’ordinamento giuridico. Viene quindi a mancare il presupposto stesso che sta alla base della configurabilità del lavoro irregolare e quindi anche, in quanto sua *species*, del lavoro non dichiarato, ossia l’applicabilità delle normative poste a tutela del lavoratore. Diversamente, nel caso di lavoro illegale per assenza di un requisito soggettivo del lavoratore integrante la violazione di un divieto giuridico indirizzato al datore di lavoro, la prestazione è riconosciuta di specifico valore e rilevanza giuridica con attribuzione al lavoratore di una speciale tutela (ai sensi del primo o del secondo comma dell’art. 2126 cod. civ. a seconda della tesi, v. *supra*)⁷⁶. La fattispecie sarà quindi – in sequenza

⁷⁴ In tal senso cfr. CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 287; DELL’OLIO, *op. cit.*; MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. 23, 1973, p. 369 ss.; LEVI, *La prestazione lavorativa di fatto*, in *DML*, 2007, p. 33 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ. sez. lav. 23 dicembre 1983 n. 7605; *contra*, chi esclude possa costruirsi in via interpretativa tale rapporto tra il primo e secondo comma dell’art. 2126 cod. civ., in particolare NOVELLA, *op. cit.*, pp. 126-127; cfr. altresì FOGLIA, *Art. 2126. Prestazione di fatto con violazione di legge*, in RUPERTO (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, 2005, p. 1072 ss.

⁷⁵ Già anche nella circ. n. 38/10 si precisa come la cd. massimazione contro il lavoro non dichiarato di cui alla l. 73/02 sia applicabile anche con “riguardo ai lavoratori extracomunitari clandestini, o comunque privi del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, occupati irregolarmente” così come “nelle ipotesi di impiego di minori, bambini e adolescenti, che siano privi dei requisiti legalmente stabiliti per l’ammissione al lavoro in qualsiasi forma ai sensi della l. 977/67, nel testo modificato dal d.lgs. 345/99”.

⁷⁶ Cfr. Cass. 5 novembre 2010 n. 22559 e Cass. 26 marzo 2010 n. 7380, secondo cui il la-

– qualificabile come lavoro illegale, ma altresì “non dichiarato” e, più in generale, irregolare: la prestazione di lavoro non è consentita dall’ordinamento, è necessariamente “non dichiarata”, anche ai sensi della definizione adottata a livello di Unione europea, ed è posta in essere con violazione di norme a tutela del lavoratore.

La descritta connessione tra le categorie definitorie è particolarmente evidente se si sposa la tesi che ricostruisce la tutela del lavoratore privo dei requisiti soggettivi a partire dal secondo comma dell’art. 2126 cod. civ. nonché la tesi che individua proprio in tale secondo comma “uno schema giuridico” per individuare il “nucleo essenziale qualificativo” del lavoro irregolare⁷⁷. Nel secondo comma dell’art. 2126 cod. civ., infatti, da un lato, s’identifica “il punto di incidenza” dell’irregolarità, ossia la prestazione di lavoro in sé considerata; dall’altro, si individua il tipo di irregolarità a fronte della quale l’ordinamento riconosce “in ogni caso” alla prestazione rilevanza giuridica e al lavoratore il conseguente diritto di tutela, indipendentemente quindi dalla validità o invalidità (totale o parziale) del contratto ovvero dalla liceità o illiceità di causa e oggetto: tale è la “violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro”.

È questo quindi il tratto qualificante che consente di individuare e definire il sistema a scatole cinesi dell’irregolarità nella prospettiva giuslavoristica di tutela del prestatore, e di distinguere tale sistema da forme di lavoro *contra legem* a fronte delle quali l’ordinamento esclude, invece, la rilevanza giuridica della prestazione ai fini di una protezione del lavoratore.

voratore extra-Ue assunto in violazione dell’art. 22 t.u. sull’immigrazione rientra nella fattispecie di cui al comma primo, art. 2126 cod. civ. “perché l’illegittimità del contratto deriva dalla mancanza del permesso di soggiorno e non attiene né alla causa [...], né all’oggetto del contratto, costituito dalla prestazione di lavoro erogata, sempre che la stessa sia una prestazione di lavoro lecita [...] Ma la fattispecie in esame rientra anche, e soprattutto, nella previsione del secondo comma della norma codicistica. Infatti, dalla lettura della norma violata (art. 22 t.u.) si evince che tra le sue finalità vi è anche quella di garantire al lavoratore straniero condizioni di vita e di lavoro adeguate. [...] Se, quindi, la disciplina del permesso di soggiorno ha (anche) la finalità di tutelare il lavoratore straniero, la sua violazione è “violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro” e quindi, ai sensi dell’art. 2126 cod. civ., qualora il contratto venga dichiarato nullo, il lavoratore ha comunque diritto alla retribuzione per il lavoro eseguito” (cfr. CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 297). Altra complessa questione è quella dell’accesso alla giustizia del lavoratore privo di regolare permesso di soggiorno. In generale, per quanto attiene ai nodi tematici relativi a questa specifica ipotesi di lavoro illegale cfr. CALAFÀ, *op. cit.*; VISCOMI, *Lavoro sommerso e immigrazione*, in *LG*, 2008, p. 19 ss.

⁷⁷ FAIOLI, *Il lavoro prestatore*, cit., p. 51.

È vero d'altra parte che se l'art. 2126 cod. civ. fornisce un modello normativo di riferimento per la questione definitoria, esso rivela i propri limiti laddove il ragionamento si sposti sul piano della strategia e della tecnica legislativa di contrasto all'irregolarità, di emersione e di promozione dell'occupazione regolare inclusiva. La disposizione codicistica, infatti, individua sì il tratto qualificante l'irregolarità ai fini della protezione del lavoratore, ma appresta allo stesso una tutela puramente individuale, statica e retrospettiva, che per quanto estensibile in via interpretativa⁷⁸ rimane comunque limitata al periodo anteriore in cui il lavoro è stato svolto, non consentendo la maturazione di un diritto alla conservazione del posto ovvero non garantendo la costituzione di un rapporto obbligatorio tra le parti *pro futuro*. Sotto questo profilo, pertanto, il modello dell'art. 2126 cod. civ., pur non assimilabile alla logica repressivo-sanzionatoria che permea il contesto in cui è enucleata la definizione di "lavoro illegale" a livello di Unione europea, si rivela non funzionale a una prospettiva di politica del diritto che individua nell'emersione uno strumento di inclusione sociale.

7. Conclusioni e interrogativi alla luce della legge delega n. 183/2014

Parafrasando Giugni, nella ricostruzione delle più diverse ipotesi d'inaridimento delle tutele del lavoro, l'interprete si confronta con una giungla di definizioni, una giungla a più strati, dove all'affastellamento di disposizioni interne disomogenee e disordinate si sovrappongono gli *input* problematici dell'Unione europea⁷⁹.

L'indagine condotta ha avuto come obiettivo l'individuazione di un sistema di ipotesi definitorie, coerente con il contesto giuridico nazionale e conforme a una prospettiva di politica del diritto di matrice giuslavoristica, che individua nell'applicazione dello statuto protettivo del lavoratore il criterio qualificante la soglia di emersione alla regolarità.

Da un punto di vista metodologico, la ricostruzione delle ipotesi de-

⁷⁸ La tutela prevista dal secondo comma dell'art. 2126 cod. civ., per quanto apparentemente limitata al diritto alla retribuzione, sarebbe interpretabile come equivalente a quella garantita ai sensi del primo comma. In tal senso CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 118-123, e p. 292; DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 140; MISCIONE, 2126. *Prestazione di fatto con violazione di legge*, in CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, V, t. I, Utet, 1991, p. 489 ss.

⁷⁹ GIUGNI, *La giungla e il deserto*, in PD, 1977, p. 349 ss.

finitorie si è basata sull'analisi dei dati normativi interni, ora per segnalare la mancanza di coordinamento tra le fonti, ora per far emergere, come nel caso dell'art. 2126 cod. civ., elementi di razionalità del sistema utili all'indagine.

In particolare, la lettura della disposizione codicistica ha consentito di comprendere come per l'ordinamento interno il *genus* più ampio nel sistema delle opzioni definitorie sia costituito dal "lavoro irregolare", tale in quanto qualificato dalla violazione delle norme poste a tutela del lavoratore. In questo, si è evidenziata una prima differenza rispetto al modello dell'Unione europea, dove il *genus* più ampio cui si fa riferimento in una prospettiva definitoria del rapporto tra legalità e lavoro è costituito dall'"undeclared work". Pur registrandosi il progressivo ampliamento del raggio di azione degli interventi in materia anche al lavoro "falsamente dichiarato", l'analisi della definizione della Commissione ha evidenziato i limiti di un approccio di derivazione economico-statistica, in particolare rispetto alla scelta degli elementi costitutivi della fattispecie (ad es. la remunerazione) e alla prospettiva di politica del diritto sottesa, minimalista e di matrice tributario-fiscale. In questo, l'indagine ha rilevato i rischi di un *transplant*, non solo inter-ordinamentale ma anche interdisciplinare, insiti in alcune proposte interpretative volte ad attribuire uno specifico rilievo giuridico alla definizione della Commissione e in particolare all'elemento-base su cui tale fattispecie è costruita, ossia l'"attività remunerata"⁸⁰. Proprio a riguardo, la lettura dell'art. 2126 cod. civ. è risultata ancora una volta funzionale a individuare la diversa razionalità del sistema italiano. Tutelando la prestazione di fatto *in sé*, la disposizione codicistica scinde, infatti, la dimensione ontologica da quella deontologica e i tratti qualificanti la prestazione irregolare dalle conseguenze giuridiche che alla stessa l'ordinamento ricollega. In questo, l'art. 2126 cod. civ. – al di là del suo specifico ambito di applicazione – fornisce un modello per la scelta di criteri definitori conformi a un'ottica di universalità delle tutele, che identificando come punto di incidenza la prestazione di lavoro *in sé* considerata, ne qualifichi l'irregolarità e ne promuova l'emersione indipendentemente dalla qualificazione giuridica del rapporto. A riguardo, un utile parametro normativo di riferimento è offerto, a livello interno, anche dall'art. 2 d.lgs. 81/08, che nell'identificare il destinatario delle tutele in

⁸⁰ Cfr. ALES, *Del lavoro sommerso*, cit.

materia di salute e sicurezza sul lavoro, definisce il “lavoratore” come “persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, *con o senza retribuzione*” (corsivo aggiunto). A qualificare l’attività lavorativa ai fini della tutela prevista dal testo unico non è quindi la presenza di una contro-prestazione retributiva né la qualificazione giuridica del rapporto, bensì l’inserimento nell’organizzazione datoriale⁸¹. Come si è già evidenziato, proprio il principio sostanzialistico – che valorizza lo stato di fatto e la dimensione organizzativa – e il correlato principio di universalità delle tutele spiegano l’ampio ambito di applicazione dell’art. 14 d.lgs. 81/08 in tema di provvedimento di sospensione dell’attività imprenditoriale (v. *supra*).

Il confronto con il diritto dell’Unione europea ha interessato altresì la definizione di “lavoro illegale” prevista dalla direttiva 2009/52/Ce. Tale definizione, individuando nell’irregolarità del soggiorno del lavoratore il tratto qualificante l’“illegalità” del lavoro, evidenzia la necessità di distinguere il “lavoro illegale” per illegalità dell’attività, escluso dal perimetro della definizione di “lavoro non dichiarato” elaborata dalla Commissione, dal “lavoro illegale” per illegalità del rapporto di lavoro, da considerarsi invece una *species* del più ampio *genus* “lavoro non dichiarato”. Tale distinzione trova speculare riscontro, a livello interno, nel modello normativo fornito, ancora una volta, dall’art. 2126 cod. civ., che se esclude l’applicabilità delle normative a tutela del lavoratore – e quindi la stessa configurabilità della fattispecie in termini di “lavoro non dichiarato” – in caso di attività illecita, riconosce invece una speciale tutela al lavoratore in caso di prestazione di “lavoro illegale” per assenza di un requisito soggettivo del lavoratore integrante la violazione di un divieto giuridico indirizzato al datore di lavoro. L’indagine ha d’altra parte evidenziato come il modello dell’art. 2126 cod. civ., pur non assimilabile alla logica repressivo-sanzionatoria che permea il contesto in cui è enucleata la definizione di “lavoro illegale” a livello di Unione europea, fornisce comunque soltanto una tutela statica e retrospettiva, in questo rivelandosi non funzionale ad una prospettiva di politica del diritto che individua nell’emersione uno strumento di inclusione sociale.

⁸¹ Cfr. BONARDI, *Articolo 3: campo di applicazione*, in MONTUSCHI (diretto da) *La nuova sicurezza sul lavoro: commento al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche. 1, Principi comuni*, Zanichelli, 2013, pp. 59-92.

In conclusione, sulla base dell'analisi dei dati normativi forniti dall'ordinamento italiano, l'indagine ha individuato un sistema di opzioni definitorie a scatole cinesi, che a partire dalla categoria generale di lavoro irregolare scopre in sequenza le *species* del lavoro sommerso, del lavoro non dichiarato e, infine, del lavoro illegale per assenza di un requisito soggettivo del lavoratore integrante la violazione di un divieto giuridico indirizzato al datore di lavoro. Da tale sistema è esclusa la dimensione del lavoro illegale per illiceità dell'attività stessa, per quanto la membrana di separazione non impedisca infiltrazioni e contaminazioni tra economia criminale e attività economiche formalmente lecite.

Ragionare di questioni definitorie non ha un mero rilievo sul piano terminologico o del tecnicismo legislativo, bensì una decisiva importanza sul piano della politica del diritto.

Chiarendo, ad esempio, la distinzione tra irregolarità e mera “non dichiarazione” e il rapporto di *genus-species* tra le due categorie, si scopre la prospettiva “minimalista” sottesa alla nozione di “lavoro non dichiarato” adottata a livello di Unione europea, una prospettiva che rischia di concentrarsi solo su uno dei punti di incidenza dell'irregolarità, escludendo il più ampio panorama dei fenomeni rilevanti nell'ottica dell'emersione.

Se il criterio ordinatore del sistema di opzioni definitorie individuato è la qualificazione dell'irregolarità in termini di violazione delle norme poste a tutela del lavoratore – e, *a contrario*, della regolarità in termini di garanzia dello statuto protettivo – ciò consente di evidenziare l'estraneità a tale sistema della diversa logica repressiva sottesa alla definizione di “lavoro illegale” adottata dalla direttiva sanzioni 2009/52, una logica che declina l'irregolarità non nella prospettiva di tutela del prestatore ma come pericoloso fattore di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea.

In tal senso, i criteri definitori adottati diventano un metro di misura dell'appropriatezza ed efficacia delle strategie di emersione (e dei limiti delle strategie di mero contrasto, orientate soltanto a sanare le irregolarità pregresse). Se, infatti, l'obiettivo finale che l'ottica giuslavoristica pone è la promozione di un'occupazione regolare inclusiva⁸², il criterio definitorio chiarisce su quale punto di incidenza dell'irregolarità la strategia in-

⁸² Interessante a riguardo è la lettura degli artt. 4 e 36 Cost. proposta in questo contesto da FAIOLI, *Il lavoro prestato*, cit.

tende far leva e quindi quale tipo di emersione intende realizzare: se cioè limitata a un riallineamento retributivo/contributivo di logica fiscale o indirizzata a promuovere una tutela del lavoro a più ampio raggio. Chiarisce, in questo, quale livello (o tipo) di inclusione sociale l'azione di emersione può garantire.

Sotto questo aspetto, mostrano i loro limiti sia le strategie che puntano all'allentamento delle maglie del lavoro regolare (v. art. 8 l. 14 settembre 2011 n. 148)⁸³ o alla valorizzazione dei lavori minimi, si pensi ai *voucher* (v. *supra*), per uscire dall'area del non dichiarato⁸⁴, sia le strategie che tentano di togliere opacità nell'area del sommerso attraverso lo strumento della certificazione⁸⁵. Se, infatti, l'emersione alla regolarità si misura nell'adesione alla prospettiva di tutela del lavoratore, si coglie il limite, da un lato, di una soluzione che propone un mero abbassamento di tale standard di tutela o una visibilità a tutela minima, dall'altro, di uno strumento, funzionale peraltro all'esigenza datoriale di evitare i costi del contenzioso, che al più pizzica la questione della qualificazione giuridica nella più ampia dimensione dell'irregolarità, senza riuscire ad essere necessariamente veicolo di garanzia del rispetto delle norme poste a tutela del lavoratore.

Nel contesto di queste considerazioni conclusive si può collocare quindi un'ultima riflessione sulle prospettive di evoluzione offerte dalla legge delega n. 183/14⁸⁶.

Un dato che è interessante innanzitutto evidenziare è che il legislatore, laddove all'art. 1, co. 6, lett. l) si riferisce al "lavoro sommerso in tutte le sue forme", rinvia ai contenuti di due Risoluzioni del Parlamento europeo, la prima del 2008 specificamente dedicata al "rafforzamento della lotta al lavoro sommerso", la seconda del 2014 concernente in via più generale le ispezioni sul lavoro⁸⁷. Tale rinvio conferma ancora una volta la

⁸³ Tra le finalità legittimanti gli interventi derogatori da parte della contrattazione collettiva di prossimità vi è infatti anche l'emersione del lavoro irregolare.

⁸⁴ Cfr. TREVES C., *Il lavoro sommerso e le scelte del sindacato*, in *RGL*, 2012, I, p. 283 ss.

⁸⁵ In tema di certificazione, cfr. BRINO, *La certificazione tra istanze di politica del diritto e analisi del dato normativo*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 289 ss.

⁸⁶ Cfr. ESPOSITO, *Legalità e lavoro sommerso nella legge delega n. 183/2014: un euro-international approach?*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP "Massimo D'Antona"*. Collective Volumes, 2014, 3, p. 96 ss.

⁸⁷ Ris. PE 9 ottobre 2008, cit.; Ris. PE 14 gennaio 2014 sulle ispezioni sul lavoro efficaci come strategia per migliorare le condizioni di lavoro in Europa (2013/2112(INI)). Cfr. ESPOSITO,

centralità nel dibattito del confronto con l'Unione europea. Sotto il profilo della questione definitoria, si ripropone la discrasia tra l'utilizzo del termine "lavoro sommerso" nel contesto interno, la cui ampiezza come categoria è evidenziata dal riferimento alla molteplicità delle sue forme, e il rinvio ad atti dell'Unione europea in cui il termine utilizzato è, invece, "*undeclared work*", per quanto nella Risoluzione del 2014 compaia più volte – in linea con il più generale ambito tematico delle ispezioni sul lavoro e con la concomitante proposta di Piattaforma della Commissione – il riferimento anche al lavoro falsamente dichiarato (ma anche all'esternalizzazione e al subappalto)⁸⁸. Più significativo è il fatto che nella Risoluzione del 2008 si evidenzia una correlazione tra "lavoro non dichiarato" e irregolarità nei rapporti di lavoro dichiarati e in entrambe le Risoluzioni sia rimarcata la correlazione tra il tema del lavoro non dichiarato e quello dell'immigrazione irregolare. A tal ultimo riguardo e in contrasto con l'approccio repressivo-sanzionatorio della dir. 2009/52, il PE valorizza il tema del lavoro illegale nell'ottica della salvaguardia e promozione dei diritti dei lavoratori immigrati, contro il loro sfruttamento.

Interessante è altresì che nelle citate Risoluzioni il PE da un lato contesti la "frammentazione del mercato del lavoro, associata alla diffusione incontrollata e non regolamentata di determinate forme di lavoro", individuando in questa "una situazione che rischia di aggravare ulteriormente il problema del lavoro sommerso"⁸⁹, dall'altro individui nella "semplificazione o la riduzione degli oneri amministrativi e delle procedure" e nell'utilizzo dei contratti atipici degli interventi in grado di ridurre il lavoro non dichiarato o far emergere i lavoratori dal lavoro in nero⁹⁰. Ciò è tanto più significativo se si considera che nel *Jobs Act* il riferimento alla promozione del principio di legalità e alla lotta al lavoro sommerso è inserito tra i criteri direttivi della delega in materia di semplificazione e razionalizzazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese. Alla luce della Risoluzione del PE del 2008, si potrebbe quindi

Un approccio inclusivo e resiliente: tutele crescenti per l'undeclared work?, in questa rivista, 2014, p. 289 ss.

⁸⁸ Nella Risoluzione del 2008, il PE promuove l'adozione di una definizione di "lavoro non dichiarato" comune a tutti gli Stati membri, funzionale – si badi – a eliminare le incertezze legate al rilevamento statistico del fenomeno. A riguardo, la definizione utilizzata dalla Commissione "può essere utilizzata come punto di partenza" (punto 13).

⁸⁹ Ris. PE 14 gennaio 2014, cit., considerando U.

⁹⁰ Ris. PE 9 ottobre 2008, cit., punti 38 e 27.

dedurre che più che potersi individuare nel principio di legalità un limite esterno chiamato a bilanciare il processo di semplificazione, sia piuttosto tale semplificazione a essere considerata come uno strumento per prevenire e scoraggiare il lavoro sommerso. E in un quadro normativo di riforma fortemente caratterizzato da una riduzione degli standard di tutela, ciò induce a riflettere, ancora una volta, sulle prospettive di politica del diritto sottese agli interventi legislativi, se cioè orientate a garantire la piena applicazione dello statuto protettivo del lavoratore o al contrario finalizzate a garantire la competitività delle imprese, in tal ultimo caso individuandosi proprio nel sistema delle tutele del lavoro la causa del sommerso e nella compressione delle stesse la via per l'emersione⁹¹.

Abstract

L'obiettivo del presente contributo è evidenziare la rilevanza della questione definitoria nell'analisi dei rapporti tra legalità e lavoro. In particolare, l'indagine cercherà di spiegare come le scelte terminologiche implicino e sottendano specifiche opzioni di politica del diritto e una compiuta riflessione sul tema sia quindi necessaria ed ineludibile non solo di fronte all'approssimazione e confusione che si rileva negli interventi del legislatore interno (statale e regionale), ma altresì di fronte alle sempre più frequenti sollecitazioni provenienti dall'Unione europea, a livello di *hard law* e nel contesto di – non meno rilevanti – fonti di *soft law*, come conferma da ultima anche la legge delega n. 183/14, cd. *Jobs Act*. In tal senso, il sistema d'ipotesi definitorie che sarà costruito nel corso della trattazione risponderà a una precisa opzione di politica del diritto, segnatamente a un'ottica lavoristica di promozione dell'inclusione sociale. In questa prospettiva, la proposta cercherà di tracciare il perimetro delle diverse opzioni terminologiche, individuando il rapporto di *genus e species* tra le stesse, e di fornire alcuni parametri utili per indirizzare la lettura del rapporto tra legalità e lavoro e una scelta – consapevole – delle azioni legislative in materia.

This essay aims at highlighting the relevance of definitions in the analysis on the relationship between work and legality. In particular, the investigation explains how terminological choices imply and underlie specific options of law-making policies. A comprehensive reflection on the topic is therefore necessary and unavoidable if one considers not only the confusion in the regulatory interventions of the national legislator (at both state and regional level), but also the increasingly recurring inputs by the European Union, in the context of both hard and soft law sources, as the delegating law no. 183/14, so called *Jobs Act*, confirms. In this sense, the system of hy-

⁹¹ Cfr. TREVES, *op. cit.*

pothetical definitions that is reconstructed throughout the investigation is meant to meet a specific option of law-making policy, namely a labour perspective promoting social inclusion. Such proposal tries to define the perimeter of the different terminological options and the genus-species relationship between them, as well as to provide useful parameters for reading the relationship between work and legality and for supporting well-aware choices of legislative actions in this area.

Key words

Lavoro irregolare, lavoro non dichiarato, lavoro illegale, piattaforma europea contro il lavoro sommerso, direttiva “sanzioni” 2009/52/Ce, art. 2126 cod. civ.

Irregular Work, undeclared Work, illegal Work, European Platform against undeclared work, sanctions Directive 2009/52/EC, Article 2126 Italian Civil Code.

Corte Costituzionale, sentenza 11 ottobre 2012 n. 223 – Pres. Quaranta – Red. Tesaurò

Impiego pubblico – Personale non contrattualizzato – Magistrati – Retribuzione – Contenimento della spesa pubblica – Blocco dell’adeguamento automatico degli stipendi – Riduzione percentualmente crescente dell’indennità giudiziaria – Legittimità dei soli sacrifici economici eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso – Irragionevolezza della decurtazione retributiva dei magistrati – Violazione del principio dell’autonomia ed indipendenza dei giudici – Ingiustificata disparità di trattamento fra la categoria dei magistrati e quella del pubblico impiego contrattualizzato.

È costituzionalmente illegittimo, in relazione agli artt. 3, 100, 101, 104 e 108 Cost., l’art. 9, co. 22, del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modifiche dalla l. 30 luglio 2010 n. 122, nella parte in cui dispone che, per il personale di magistratura, non sono erogati, senza possibilità di recupero, gli acconti degli anni 2011, 2012 e 2013 ed il conguaglio del triennio 2010-2012 e che, per il triennio 2013-2015, l’acconto spettante per l’anno 2014 è pari alla misura già prevista per l’anno 2010 e il conguaglio per l’anno 2015 è determinato con riferimento agli anni 2009, 2010 e 2014; nonché nella parte in cui dispone che l’indennità speciale, di cui all’art. 3 della l. 19 febbraio 1981 n. 27, sia ridotta del 15% per l’anno 2011, del 25% per l’anno 2012 e del 32% per l’anno 2013; infine, nella parte in cui non esclude che a detto personale sia applicato il primo periodo del co. 21.

Corte Costituzionale, sentenza 12 dicembre 2013 n. 304 – Pres. Silvestri – Red. Napolitano

Impiego pubblico – Personale non contrattualizzato – Carriera di-

plomatica – Retribuzione – Contenimento della spesa pubblica – Efficacia solo giuridica delle progressioni di carriera – Irragionevole disparità di trattamento all'interno del personale diplomatico – Violazione dei principi di proporzionalità e di sufficienza della retribuzione – Lesione del buon andamento della pubblica amministrazione – Infondatezza delle questioni.

Non sono fondate, in relazione agli artt. 2, 3, 36, 53 e 97 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 21, terzo periodo, del d.l. 78/10, nella parte in cui stabilisce, per il personale della carriera diplomatica, che le progressioni di carriera, comunque denominate, disposte nel triennio 2011-2013, abbiano effetto ai fini esclusivamente giuridici, e non anche ai fini economici.

Corte Costituzionale, sentenza 17 dicembre 2013 n. 310 – Pres. Silvestri – Red. Coraggio

Impiego pubblico – Personale non contrattualizzato – Professori e ricercatori universitari – Retribuzione – Contenimento della spesa pubblica – Blocco dei meccanismi di adeguamento e di progressione automatica degli stipendi ai fini della maturazione delle classi e degli scatti – Efficacia solo giuridica delle progressioni di carriera – Irragionevole disparità di trattamento all'interno del personale pubblico – Violazione dei principi di proporzionalità e di sufficienza della retribuzione – Lesione dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione – Lesione del principio di libertà e di promozione della ricerca scientifica e dell'insegnamento – Inidoneità della comparazione col personale di magistratura – Infondatezza delle questioni.

Non sono fondate, in relazione agli artt. 2, 3, 9, 33, 34, 36, 37, 42, 53, 77 e 97 Cost., le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10, nella parte in cui prevede per il personale non contrattualizzato dell'art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, tra cui i docenti universitari, il blocco per il triennio 2011-2013 dei meccanismi di adeguamento retributivo disciplinati dall'art. 24 della l. 23 dicembre 1998 n. 448, degli automatismi stipendiali (classi e scatti) correlati all'anzianità di servizio e di ogni effetto economico delle progressioni di carriera.

Corte Costituzionale, sentenza 4 giugno 2014 n. 154 – Pres. Silvestri – Red. Coraggio

Impiego pubblico – Personale non contrattualizzato – Ufficiali della Guardia di finanza – Retribuzione – Contenimento della spesa pubblica – Blocco dei meccanismi di adeguamento e di progressione automatica degli stipendi ai fini della maturazione delle classi e degli scatti – Efficacia solo giuridica delle progressioni di carriera – Irragionevole disparità di trattamento delle misure in relazione ad un mero elemento cronologico – Violazione del diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato – Lesione del buon andamento della pubblica amministrazione – Infondatezza delle questioni.

Non è fondata, in relazione agli artt. 2, 3, 36, 53 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 21, secondo e terzo periodo, del d.l. 78/10, in quanto – prevedendo per il personale pubblico non contrattualizzato il blocco delle progressioni automatiche degli stipendi per gli anni 2011-2013 e l'efficacia solo giuridica delle progressioni di carriera disposte nello stesso periodo – impedirebbe agli ufficiali della Guardia di finanza, che nel corso del predetto triennio abbiano acquisito il grado di maggiore o maturato i tredici anni di servizio senza demerito dalla nomina di ufficiale, di conseguire la remunerazione del lavoro straordinario nella misura corrispondente rispettivamente alla qualifica conseguita o all'anzianità raggiunta.

★ ★ ★

Anna Trojsi

Il difficile bilanciamento tra diritto alla retribuzione dei dipendenti pubblici ed esigenze finanziarie

Sommario: **1.** Il blocco degli incrementi stipendiali del personale non contrattualizzato al vaglio della Corte Costituzionale: magistrati *versus* altre figure dell'art. 3, d.lgs. 165/01. **2.** Osservazioni critiche su: a) principio di proporzionalità (e sufficienza) della retribuzione (art. 36 Cost.): il requisito della *temporaneità* del blocco. **3.** *Segue:* b) disparità di trattamento tra figure di personale pubblico (art. 3 Cost.): il requisito della *generalità* del blocco. La possibile violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I. *Il blocco degli incrementi stipendiali del personale non contrattualizzato al vaglio della Corte Costituzionale: magistrati versus altre figure dell'art. 3, d.lgs. 165/01*

Più volte negli ultimi anni la Corte Costituzionale si è occupata del blocco legislativo degli incrementi stipendiali per il personale pubblico non contrattualizzato¹: essendole stata ripetutamente sottoposta la questione rispetto a varie figure di tale personale, in ragione della specificità del relativo stato giuridico-economico.

Tra i motivi invocati a sostegno della dichiarazione di illegittimità di questa misura di contenimento delle spese per il pubblico impiego – riconducibile alla finalità di controllo e di stabilizzazione della finanza pubblica e di rilancio della competitività, motivata dalla crisi economica internazionale e dal raggiungimento degli obiettivi finanziari concordati in sede europea²

¹ C. Cost. 223/12, 304/13, 310/13 e 154/14.V. anche C. Cost. 7/14; nonché ord.ze 303/12 e 113/14. Su questa giurisprudenza, v. FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 114/2014, p. 17 ss.; LO FARO, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *DLRI*, 2014, p. 279 ss. Per uno sguardo comparato (in particolare alle vicende portoghesi), v. ABBIATE, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *QC*, 2013, p. 146; CISOTTA, GALLO, *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei*, in *DUDInt*, 2013, p. 465; COCCHI, *Constitutional courts in the age of crisis. A look at the European Mediterranean area*, in *Federalismi.it*, 21/2014; MONTEIRO FERNANDES, *L’austerità e l’“uguaglianza proporzionale”*. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese, in *LD*, 2013, p. 339.

² Del resto, la razionalizzazione del costo del lavoro pubblico, mediante il contenimento della spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica, costituisce uno degli obiettivi di fondo (per così dire, strutturali) della disciplina del pubblico impiego: art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. 165/01.

– indubbia centralità riveste la mancanza di ragionevolezza dell’azione legislativa. Essa è stata dedotta, in particolare, in connessione con la violazione del principio di proporzionalità (e sufficienza) della retribuzione (art. 36, co. 1, Cost.) e con la disparità di trattamento tra pubblici dipendenti (art. 3 Cost.) (nonché con la lesione dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione: art. 97 Cost.).

Spicca la differente conclusione cui è giunta la Corte nella prima delle sentenze (223/12)³ – l’unica ad aver accolto la questione – rispetto alle successive, tutte di rigetto. Essa riguarda il personale di magistratura, e dunque il co. 22 dell’art. 9 del d.l. 78/10 (convertito con modifiche dalla l. 122/10), che stabiliva: il blocco, nel triennio 2011-2013, dei meccanismi di adeguamento retributivo (*ex* art. 2, l. 27/81)⁴, con un’operatività a livello sia di acconto, sia di conguaglio (investendo così le ulteriori annualità 2010, 2014 e 2015); la riduzione dell’indennità speciale (*ex* art. 3, l. 27/81) in misura percentualmente crescente per gli anni 2011, 2012 e 2013; la applicabilità ai magistrati del solo primo periodo dell’art. 9, co. 21, del d.l. 78/10.

L’illegittimità del co. 22 è stata decretata per violazione dell’art. 3 Cost., in connessione con gli artt. 100, 101, 104 e 108 Cost., che sanciscono la garanzia dell’indipendenza e dell’autonomia della magistratura: riconducendo la incostituzionalità della misura legislativa di blocco retributivo alle specificità dell’ordinamento magistratuale. La Corte, da una parte, ha confermato quanto sostenuto in occasione di pregresse manovre economiche (dei primi anni ’90) recanti blocchi stipendiali temporanei – ossia la non contrarietà all’art. 3 Cost. (sotto il duplice aspetto della conformità al principio di uguaglianza sostanziale e a quello della non irragionevolezza) di sacrifici, anche onerosi, imposti a tutti, per esigenze stringenti, a condizione che siano “eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso”⁵ – e ha ammesso che anche il meccanismo di adeguamento delle retribuzioni dei magistrati possa, in linea di principio, essere sottoposto per legge a limitazioni (specie in un quadro di

³ In *ADL*, 2012, II, p. 1233, con nota di BONARDI, *La corta vita dei contributi di solidarietà*; in *GCost*, 2012, p. 3353, con nota di PICCIONE, *Una manovra governativa di contenimento della spesa «tra il pozzo e il pendolo»: la violazione delle garanzie economiche dei magistrati e l’illegittimità di prestazioni patrimoniali imposte ai soli dipendenti pubblici*.

⁴ Determinato annualmente con d.p.c.m. e percentualmente parametrato alla variazione pari alla media degli incrementi realizzati nel triennio precedente dalle altre categorie dei pubblici dipendenti per le voci retributive calcolate dall’Istat.

⁵ C. Cost. 245/97; 299/99. V. pure C. Cost. 296/93; 496/93; 6/94; 99/95; 417/96; 263/02.

analoghi sacrifici sia per l'intero pubblico impiego, sia per tutti i cittadini attraverso misure fiscali). Dall'altra parte, ha però ritenuto, nel caso di specie, irragionevolmente oltrepassati i limiti (temporali) tracciati nella precedente giurisprudenza costituzionale. In quanto le garanzie stipendiali risulterebbero sospese oltre il periodo reso necessario dalle esigenze di riequilibrio di bilancio (stabilito dal legislatore nel triennio 2011-2013), a causa della peculiarità delle modalità di attribuzione dell'adeguamento, mediante acconti e conguagli, per il solo personale della magistratura⁶: travalicando l'effetto finanziario voluto e anzi producendo effetti permanenti del blocco (tanto più se si considerano le analoghe misure pregresse, riduttive della corresponsione dell'adeguamento maturato⁷), così trasformando un meccanismo di garanzia in motivo di ingiustificata disparità di trattamento, in danno della sola categoria dei magistrati, rispetto al resto del pubblico impiego, che vede limitata la possibilità di incremento retributivo soltanto per un triennio. Un ulteriore *vulnus* della Costituzione sarebbe, poi, determinato dalla riduzione dell'indennità speciale, se aggiunta alla mancata rivalutazione, in quanto componente del trattamento economico collegata ai principi di autonomia ed indipendenza della magistratura.

Di tenore opposto sono le tre successive sentenze (304/13, 310/13⁸, 154/14), relative al co. 21 dell'art. 9 del d.l. 78/10: concernenti l'applicazione di questo al personale della carriera diplomatica, ai professori e ricercatori universitari, e agli ufficiali della Guardia di finanza. La norma impugnata⁹ ha stabilito, per il triennio 2011-2013 (diventato un quadriennio, a seguito di pro-

⁶ Tanto più che, secondo la Corte, lo speciale meccanismo rivalutativo automatico è stato predisposto dalla legge allo scopo di mettere al riparo la magistratura da qualsiasi forma di interferenza (da parte di altri poteri, specie di quello esecutivo), che potesse, sia pure potenzialmente, menomarne l'indipendenza, sottraendo la progressione stipendiale alla dialettica negoziale-contrattualistica e realizzando una sorta di "indipendenza economica" della magistratura. In tale assetto costituzionale, il rapporto fra lo Stato e la magistratura eccederebbe i connotati di un mero rapporto di lavoro, in cui il contraente-datore di lavoro possa al contempo essere parte e regolatore di tale rapporto. Così già C. Cost. 1/78; 238/90; 42/93; 137/08; 346/08. In generale, sullo stato giuridico-economico dei magistrati, v. CASO, *Magistrati e Avvocati dello Stato*, Giuffrè, 2007.

⁷ Art. 1, co. 576, l. 296/06.

⁸ In *GCost*, 2013, p. 4966, con nota di PACE, *La Corte costituzionale fa proprie le "ragioni della crisi" e rinnega se stessa*. V. pure, ABBATE, *Ancora in materia di misure anti-crisi: il distinguishing della Corte (nota a sent. Corte cost. n. 310/2013)*, in *Federalismi.it*, 7/2014.

⁹ Da leggersi in collegamento col co. 1 del medesimo art. 9: che ha disposto in via generale, per il medesimo periodo, l'invarianza del trattamento economico complessivo dei dipendenti pubblici rispetto a quello ordinariamente spettante per l'anno 2010. Per l'interpretazione dell'art. 9 del d.l. 78/10, v. circ. Ministero dell'economia e delle finanze 12/11.

roga al 2014¹⁰; e poi un quinquennio, per l'ulteriore prolungamento al 2015¹¹): la inapplicabilità, anche a titolo di acconto, delle misure di adeguamento retributivo dell'art. 24 della l. 448/98¹², col divieto di successivi recuperi; la inutilità dei meccanismi di progressione automatica degli stipendi ai fini della maturazione delle classi e degli scatti; la efficacia esclusivamente giuridica delle progressioni di carriera (solo quest'ultima esclusa dalla proroga al 2015). Essa corrisponde al blocco della contrattazione collettiva e degli incrementi stipendiali per progressione di carriera disposto, per il triennio 2010-2012, nei confronti dei dipendenti pubblici "privatizzati" dal co. 17 dell'art. 9 del d.l. 78/10¹³ (nonché dal quarto periodo del co. 21, quanto all'efficacia solo giuridica delle progressioni di carriera e dei passaggi tra le aree effettuati nel quadriennio 2011-2014¹⁴).

In queste altre pronunce la Corte si è allineata alla pregressa giurisprudenza costituzionale sulle condizioni di legittimità di meccanismi simili di risparmio della spesa pubblica, rigettando le censure di irragionevolezza (e quelle connesse riguardanti gli altri parametri costituzionali richiamati) del blocco, in quanto ha ritenuto l'intervento motivato, nel complesso, dalle notorie esigenze di contenimento finanziario ed operante per tutto il comparto del pubblico impiego, in una dimensione solidaristica (sia pure con le differenziazioni rese necessarie dai diversi statuti professionali delle categorie che vi appartengono)¹⁵, e sussistente il carattere eccezionale e temporalmente li-

¹⁰ Art. 1, co. 1, lett. a), d.p.r. 122/13, attuativo dell'art. 16, co. 1, lett. b), d.l. 98/11, convertito con modifiche dalla l. 111/11. Cfr. GOLINO, *Il ruolo della spending review e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2013, I, pp. 418, 419 e 426.

¹¹ Art. 1, co. 256, l. 190/14. Che ha ribadito l'inapplicabilità del blocco dell'art. 9, co. 21, al personale di magistratura.

¹² Stabilito di diritto annualmente in base ad una percentuale determinata con d.p.c.m. (l'ultimo è del 30 aprile 2010) in ragione degli incrementi medi, calcolati dall'Istat, conseguiti nell'anno precedente dai pubblici dipendenti contrattualizzati sulle voci retributive utilizzate dall'Istituto per l'elaborazione degli indici delle retribuzioni contrattuali.

¹³ Facendo salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale, nelle misure previste (art. 2, co. 35, l. 203/08), a decorrere dal 2010 (benché con le limitazioni stabilite dall'art. 1, co. 1, lett. d), del d.p.r. 122/13, attuativo dell'art. 16, co. 1, lett. c), d.l. 98/11; e dall'art. 1, co. 452, della l. 147/13, come modificato dall'art. 1, co. 255, della l. 190/14). Le procedure contrattuali e negoziali sono state, poi, consentite, per gli anni 2013, 2014 e 2015, per la sola parte normativa e senza possibilità di recupero per la parte economica (art. 1, co. 453, l. 147/13; art. 1, co. 254, l. 190/14; già art. 1, co. 1, lett. c), d.p.r. 122/13, attuativo dell'art. 16, co. 1, d.l. 98/11).

¹⁴ Su cui, v. C. Conti, sez. contr. reg., 5/11, in *RCCConti*, 2011, n. 1-2, p. 69.

¹⁵ Nonché la impossibilità di comparazione, quanto alla disparità di trattamento, tra lavoro pubblico e lavoro privato, in virtù delle profonde diversità dello stato giuridico e del trattamento economico.

mitato dei sacrifici richiesti¹⁶. Ed ha giustificato il discostamento rispetto alla sentenza del 2012, reputando le specificità dell'ordinamento, alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale nel caso della magistratura, non sussistenti nelle altre fattispecie successivamente esaminate.

2. *Osservazioni critiche su: a) principio di proporzionalità (e sufficienza) della retribuzione (art. 36 Cost.): il requisito della temporaneità del blocco*

La posizione assunta in queste sentenze (tranne la prima)¹⁷ rivela la dif-

¹⁶ È possibile che analoga sorte di rigetto (con motivazioni simili) toccherà alla questione ancora pendente – sollevata dall'ord.za Tar Lazio, sez. I *ter*, 5693/14 – concernente il personale (parimenti non contrattualizzato) della carriera prefettizia. Del resto, le medesime argomentazioni risultano già riprese nella successiva C. Cost. 219/14 (in *GCost*, 2014, p. 3491, con nota di PINELLI, *I limiti legislativi dell'autonomia collettiva: un indirizzo solo apparentemente consolidato*), di rigetto della questione relativa al blocco della contrattazione collettiva per il personale contrattualizzato (della scuola): dove, in più, la Corte ha aggiunto specifiche considerazioni sulla questione della presunta lesione dell'art. 39 Cost. (e che potrà fungere da precedente rispetto alla decisione della Corte sulle rimanenti ordinanze di rimessione, riguardanti l'impiego privatizzato, tuttora pendenti – Trib. Roma 27 novembre 2013; Trib. Ravenna 28 febbraio 2014, in *FI*, 2014, I, c. 1301 – data l'analogia dei motivi di sollevazione della questione di costituzionalità; sebbene possa, per altro verso, intravedersi un più recente differente orientamento della Corte, nella sentenza 70/15, dichiarativa della illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 36, co. 1, e 38, co. 2, nonché 2 e 3 Cost., del blocco della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, disposto per gli anni 2012 e 2013, “in considerazione della contingente situazione finanziaria”, dall'art. 24, co. 25, del d.l. 201/11, convertito con modifiche dalla l. 214/11). Il favore nei confronti delle misure dell'art. 9, co. 17, del d.l. 78/10 già era trasparso da C. Cost. 189/12; non a caso, richiamata dalla sentenza 310/13 come precedente giurisprudenziale significativo del convincimento della Corte circa la “razionalità del sistema”. Le sentenze di rigetto della Corte, qui oggetto di esame, hanno, infine, influito sull'esito negativo del contenzioso analogo pendente davanti ai giudici amministrativi: v., ad esempio, Tar Lazio, sez. I *bis*, 5676/14, concernente il personale delle forze armate.

¹⁷ Che è in linea di continuità politico-istituzionale con la giurisprudenza della medesima Corte giustificatrice, mediante pronunce di rigetto (rispetto a questioni di riparto di competenze legislative tra Stato e Regione), delle numerose misure governative di riduzione della spesa pubblica per il personale, susseguitesi nell'ultimo decennio e parimenti adottate per lo più mediante decreti-legge convertiti: ritenute legittime, in quanto recanti principi fondamentali di “coordinamento della finanza pubblica” (art. 117, co. 3, Cost.), volti a contenere entro limiti prefissati una delle più frequenti e rilevanti cause del disavanzo pubblico. Cfr. C. Cost. 4/04; 390/04; 417/05; 449/05; 88/06; 95/07; 169/07; 412/07; 120/08; 159/08; 40/10; 100/10; 179/10; 333/10; 155/11; 182/11; 310/11; 325/11; 30/12; 51/12; 139/12; 148/12; 161/12; 211/12; 212/12; 28/13; 36/13; 218/13; 219/13. E specificamente sull'art. 9 del d.l. 78/10: C. Cost. 173/12; 189/12;

ficoltà di bilanciamento tra i due valori di rango costituzionale in gioco¹⁸, ossia: le esigenze di finanza pubblica, da un lato; e la tutela dei diritti dei lavoratori pubblici (in particolare, di natura retributiva), dall'altro lato. La valutazione della ragionevolezza e della proporzionalità dei provvedimenti di blocco retributivo, in rapporto a tale bilanciamento, implica l'individuazione del limite entro il quale misure di restrizione stipendiale, introdotte per ragioni finanziarie, siano compatibili col rispetto del principio retributivo dell'art. 36, co. 1, Cost.¹⁹.

Al riguardo – posta la riferibilità della nozione di “retribuzione” dell'art. 36 Cost. (e conseguentemente, dei canoni di proporzionalità al lavoro e di sufficienza) a qualunque tipo di attività lavorativa subordinata, anche di lavoro pubblico e indipendentemente dalla natura dei rapporti d'impiego (inclusi dunque quelli non “privatizzati”)²⁰ – è fuor di dubbio la pertinenza di tale parametro costituzionale rispetto all'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10: costituendo entrambe le misure stipendiali, colpite da quest'ultimo, strumento di attuazione della proporzionalità del trattamento economico del personale all'attività lavorativa posta in essere.

Lo è il meccanismo di adeguamento agli aumenti retributivi medi del personale contrattualizzato (co. 21, primo periodo): in quanto sistema predisposto per il personale non contrattualizzato – in considerazione della mancanza

215/12; 217/12; 259/12; 262/12; 3/13; 18/13; 77/13; 221/13; 289/13; 19/14; 54/14; 61/14; 87/14; 181/14. Sul punto, sia consentito rinviare a TROJSI, *Le fonti del Diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013, sp. p. 128.

Sulla *ratio* dell'intervento legislativo del 2010 qui esaminato, v. pure, C. Cost. 116/13.

¹⁸ Sulla delicata questione del bilanciamento tra valori costituzionali si rinvia, in generale, a BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

¹⁹ Sul tema, v. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli, 2012; ID., *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.INT – 113/2014, sp. p. 12 ss. Nonché M.C. CATAUDELLE, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, 2013. E, in giurisprudenza, Tar Lazio, sez. III, 2531/97, in *LPA*, 1998, II, p. 571, con nota di LEARDINI, *La «sovranità limitata» dell'art. 36 cost. nel pubblico impiego*.

²⁰ Cfr., oltre alle sentenze qui in commento, tra le più recenti, C. Cost. 287/06; e prima, 57/89, 296/90, 22/96. In tema, v. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, 1991; nonché COLAPIETRO, *Commento all'art. 36*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, vol. I, p. 739; SANTUCCI, *La retribuzione*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, tomo II, p. 785 ss.; TREU, *Commento all'art. 36*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 1979, p. 89; ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, 1996.

di una contrattazione collettiva periodica – allo scopo di garantire un analogo incremento nel tempo delle retribuzioni e, in tale ambito, la loro tenuta economica rispetto all'innalzamento del costo della vita (per recuperarne *in toto*, o quanto meno ridurne, la perdita di potere d'acquisto in rapporto al tasso di inflazione), e in questo modo di mantenere quanto più inalterato possibile il rapporto di proporzionalità della retribuzione al lavoro (ma anche la stessa sufficienza di questa): funzioni invece assolute, per l'impiego privatizzato, dai rinnovi della parte economica dei contratti collettivi (nazionali ed integrativi)²¹.

E lo è pure la progressione economica – sia la maturazione delle classi e degli scatti di stipendio (tanto se automatica, ovvero basata sul mero conseguimento dell'anzianità di servizio; quanto se subordinata a verifiche sullo svolgimento delle funzioni) (co. 21, secondo periodo), sia quella conseguente alle progressioni di carriera comunque denominate (co. 21, terzo periodo) – dovendo ritenersi che il rispetto del precetto costituzionale della proporzionalità sia alla base della determinazione della retribuzione tabellare prevista per il grado (fascia o qualifica) rivestito, e quindi sia espressione del medesimo principio anche la maggiore remunerazione corrispondente alla successiva evoluzione della posizione lavorativa (legata o al tempo di permanenza nel ruolo – di per sé indice di maggiore esperienza e professionalità²² – o ad un inquadramento superiore).

Di conseguenza, il requisito della proporzionalità della retribuzione alla qualità della prestazione è suscettibile di essere messo in pericolo dalle misure legislative di blocco stipendiale: sia perché alla maggiore anzianità di ruolo, alla valutazione positiva dell'attività precedente o all'avanzamento di carriera non corrisponde il relativo riconoscimento economico; sia perché il blocco, impedendo anche il solo adeguamento delle retribuzioni al costo della vita, determina il percepimento di una retribuzione ferma nell'importo a diversi anni prima (e, quindi, di valore reale progressivamente inferiore, al trascorrere del tempo).

Eppure la Corte, affrontando specificamente la questione nelle sentenze 310/13²³ e 154/14, ha negato la lesione dell'art. 36 Cost., invocando il principio di onnicomprensività della retribuzione come enunciato nella sua pre-

²¹ Così anche, tra le più recenti, Cons. St., sez. VI, 6991/10 (in *FA CDS*, 2010, p. 1925), richiamata da C. Cost. 310/13.

²² Tanto più se, come per i docenti universitari, la progressione per anzianità non è frutto di mero automatismo, ma condizionata all'esito non negativo della valutazione dell'attività.

²³ Cfr. FERRANTE, *Diritto al giusto salario e lavoro pubblico, ovvero del fascino dell'antico*, in *Forum QC - Rassegna*, 1/2014.

cedente giurisprudenza²⁴ – secondo cui la legittimità delle norme in tema di trattamento economico dei dipendenti deve essere verificata con riferimento non alle singole componenti di questo, o per istituti o giorno per giorno, bensì alla retribuzione nel complesso, valutando l'insieme delle voci in un arco temporale di ampiezza significativa, nonché particolarmente la retribuzione tabellare – e concludendo nel senso della legittimità delle disposizioni legislative in quanto non incidenti sulla struttura complessiva della retribuzione.

Tale assunto desta perplessità, quanto meno in relazione al meccanismo di adeguamento retributivo: non configurabile come mero singolo elemento (o voce) del trattamento economico, dal momento che (come ammesso dalla stessa sentenza 310/13) esso funge, al contrario, da criterio di determinazione stipendiale indiretto e *per relationem*, con fini perequativi a favore di categorie non contrattualizzate, all'andamento delle dinamiche retributive degli altri settori del pubblico impiego, e pertanto costituisce un sistema di commisurazione della retribuzione nel suo complesso. Ma anche i meccanismi di progressione economica solo riduttivamente possono ricondursi al rango di singole “voci retributive”, rappresentando invece componente essenziale di quantificazione-misurazione dell'adeguatezza della retribuzione alla posizione di carriera complessivamente maturata. La stessa Corte, peraltro, ha affermato che il terzo periodo del co. 21 dell'art. 9 del d.l. 78/2010 “sterilizza gli effetti economici delle progressioni di carriera *senza operare alcuna distinzione tra voci fondamentali e voci accessorie* del trattamento retributivo” (154/14); e che esso, con la locuzione “progressioni di carriera comunque denominate”, fa riferimento “a tutti i tipi di avanzamento di carriera”, anche a quelli che presuppongono l'esercizio di una elevata discrezionalità nella scelta tra i candidati provenienti dai gradi inferiori (304/13). Come pure, ampia è l'interpretazione (154/14) del secondo periodo dell'art. 9, co. 21: in cui il legislatore avrebbe incluso tutti i miglioramenti stipendiali, pur se non formalmente definiti come *classi e scatti*²⁵.

²⁴ C. Cost. 164/94; 15/95; 368/99; 470/02; 287/06; 366/06; 120/12.

²⁵ Diverso è il caso dei precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Corte, effettivamente concernenti singole voci o istituti specifici in materia retributiva: da ultima, C. Cost. 120/12 (in *RIDL*, 2013, II, p. 130, con nota di TIMELLINI, *Legittima la decurtazione stipendiale in ipotesi di assenza per malattia del dipendente pubblico*; e in *GCost*, 2012, p. 1746, con nota di R. PESSI, *La Corte costituzionale contro il microassenteismo nel pubblico impiego*), che ha ritenuto legittima la decurtazione del trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici per i primi dieci giorni di malattia.

Ancor di più, la Corte (154/14), nell'individuare la *ratio* dell'art. 9, co. 21, ha ammesso – contraddittoriamente – che esso “è volto ad introdurre un meccanismo di raffreddamento della *dinamica retributiva nel suo complesso* e senza distinzione alcuna”. E lo stesso legislatore ha qualificato le misure in oggetto come limitatrici della “*crescita dei trattamenti economici anche accessori del personale delle pubbliche amministrazioni*” (art. 16, co. 1, lett. b), d.l. 98/11), asserendone l'incidenza sulla retribuzione complessivamente considerata.

Oltre a ciò, la Corte ha fondato la ragionevolezza delle misure legislative di blocco stipendiale sui connotati della *temporaneità* del sacrificio imposto e della *generalità* nei confronti di tutti i dipendenti pubblici: individuati come i due elementi indispensabili per accreditare la tenuta del bilanciamento tra le finalità di contenimento finanziario e il principio di corrispettività-proporzionalità tra prestazione e retribuzione (che, secondo la Corte, è compito del legislatore effettuare, nell'equilibrato esercizio della sua discrezionalità e tenendo conto delle esigenze fondamentali di politica economica²⁶).

Il primo requisito implica la necessità di quantificare la durata dell'arco temporale entro il quale l'intervento possa ritenersi sufficientemente circoscritto da evitare la lesione del principio retributivo. Al riguardo, la Corte ha sostenuto che l'esigenza di temporanea “cristallizzazione” del trattamento economico dei dipendenti pubblici per inderogabili esigenze finanziarie sia stata realizzata dal d.l. 78/10 con modalità simili a quelle, da essa stessa precedentemente giudicate non irrazionali ed arbitrarie, realizzate dalle analoghe manovre legislative di blocco (d.l. 384/92, convertito con modifiche dalla l. 438/92) disposte a seguito della grave congiuntura economica del 1992 e per il rispetto dei vincoli derivanti dal processo di integrazione europea²⁷. Ma allora la Corte riconobbe il carattere “eccezionale” e “transeunte” – e dunque non irragionevolmente esteso nel tempo – di provvedimenti che esaurivano i loro effetti in un solo anno, considerando in tali limiti temporali meritevole di tutela l'impedimento delle erogazioni pubbliche per esigenze di riequilibrio del bilancio, pur collocando la misura già “in un ambito estremo”.

È evidente che l'intervento normativo del 2010 travalichi abbondantemente tali confini temporali, investendo un intero triennio, ulteriormente

²⁶ Cfr. pure, *ex plurimis*, C. Cost. 477/93 e 226/93.

²⁷ C. Cost. 245/97.

allungato (prima delle pronunce del 2013) a quattro e (successivamente) a cinque anni. Questo più ampio arco temporale fa perdere il carattere transitorio alla misura, indispensabile affinché essa, pur se comunque spiacevole, possa ritenersi rispettosa del bilanciamento costituzionale. Tanto più se ciò si realizza mediante la prassi (appunto intrapresa) di successivi slittamenti della durata delle restrizioni, che contravviene alla indicazione della stessa Corte, secondo cui i gravosi sacrifici “non possono non interessare periodi *definiti*” (benché più lunghi di quelli considerati dalle sentenze riferite alla manovra economica del 1992).

In particolare, alla proroga legislativa, di anno in anno, del già triennale blocco retributivo potrebbero analogicamente estendersi le considerazioni effettuate dalla Corte Costituzionale in precedenti, note occasioni²⁸: là dove, di fronte ad operazioni legislative di per sé ai limiti della legittimità, le ha ritenute rientranti entro detti confini di costituzionalità in virtù della “funzione transitoria, provvisoria ed eccezionale” delle stesse; ed invece, ha reputato la successiva estensione temporale (anche mediante una sola proroga-reiterazione del periodo di vigenza) atta a far perdere alle misure legislative i caratteri della transitorietà e dell’eccezionalità, con la conseguente illegittimità della previsione legislativa.

Le considerazioni sulla necessaria temporaneità delle misure – già dubbia, o almeno ai limiti della sostenibilità, se protratta per quattro anni (benché ritenuti dalla Corte del 2013-2014 un arco temporale ancora congruo) – inducono ad escludere la legittimità dell’ulteriore proroga del blocco operata dalla l. 190/14 (la legge di stabilità 2015): la restrizione retributiva, se allungata oltremodo nel tempo, viene snaturata, rendendo di fatto stabile un meccanismo nato come eccezionale²⁹. Né, a parziale giustificazione del prolungamento del blocco degli incrementi stipendiali, quanto meno limitatamente alla loro funzione di adeguamento al costo della vita, varrebbe dunque ad-

²⁸ C. Cost. 106/62, a proposito della proroga – ad opera della l. 1027/60 – del termine di vigenza della delega di cui alla l. 741/59.

²⁹ Tale consapevolezza emerge anche dal parere delle Commissioni parlamentari riunite I e IX sul d.l. 78/10, durante l’iter di conversione. Un appiglio in questo senso si ritrova, poi, nella stessa C. Cost. 189/12, con riferimento al personale contrattualizzato: là dove afferma che un eccessivo prolungamento del blocco retributivo-contrattuale sarebbe “palesamente irragionevole, perché comporterebbe la preclusione, senza limiti di tempo, della pattuizione di qualsiasi incremento del trattamento economico contrattuale”. V. pure, MIRIELLO, *La sentenza n. 310 del 2013 della Corte costituzionale e l’adeguamento retributivo dei docenti universitari: quantum mutatus ab illo!*, in *Forumcostituzionale.it*, 15 aprile 2014, p. 2.

durre la contingente situazione di rallentamento delle dinamiche inflattive, se non di vera e propria deflazione.

L'esponenzialità del sacrificio economico derivante dall'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10 risulta, poi, particolarmente significativa, se si considera che gli effetti della sterilizzazione degli aumenti stipendiali, in virtù della impossibilità di recupero successivo (anch'essa giustificata dalla Corte), si ripercuotono sul resto della carriera, determinando una perdita economica spalmata sull'intero arco della vita lavorativa futura, con la definitiva ablazione del diritto alla retribuzione.

Da qui, la riferibilità ormai a tutto il personale pubblico investito dalle misure di blocco, e non ai soli magistrati (come, invece, ha fatto la Corte), dell'argomento a sostegno della irragionevolezza delle misure (e della lesione dei principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione³⁰), ovvero che esse comportano, per le modalità con cui sono concepite, un illegittimo superamento dei limiti temporali (triennali) dell'intervento emergenziale, in quanto suscettibili di determinare effetti permanenti del blocco, che si propagano oltre il periodo reso necessario dalle esigenze di riequilibrio di bilancio; nonché la contestabilità dell'assunto della Corte, che ha fondato la censura del blocco per i magistrati sulla affermazione della disparità di trattamento tra questi e il resto del pubblico impiego (anche contrattualizzato) che, diversamente dai primi, vedrebbe limitato il sacrificio soltanto ad un triennio.

Come pure, non solo per i magistrati è riscontrabile la circostanza per cui l'intervento normativo del 2010 si somma a misure pregresse di riduzione economica, specie dei meccanismi di adeguamento. Un analogo ridimensionamento stipendiale, per mano del legislatore dell'ultimo ventennio, ha accomunato, infatti, altre figure di personale pubblico³¹.

³⁰ Cfr., come precedente conforme, C. Cost. 124/91.

³¹ V., tra i più recenti, il differimento (da gennaio 2009) di dodici mesi del 2,5% degli automatismi stipendiali (maturazione dell'aumento biennale o della classe di stipendio, previsti dai rispettivi ordinamenti), introdotto, dall'art. 69, co. 1 e 2, del d.l. 112/08 (sostituito, in sede di conversione, dalla l. 133/08), come misura *una tantum* nei confronti di tutto il personale non contrattualizzato dell'art. 3 del d.lgs. 165/01: con la attribuzione, alla scadenza del periodo annuale, del corrispondente valore economico maturato (nonché con la considerazione di questo nella rideterminazione del trattamento economico spettante nella nuova qualifica per il personale che, nel periodo di differimento, abbia effettuato passaggi di qualifica comportanti valutazione economica di anzianità pregressa) e con la utilità di tale periodo anche ai fini della maturazione delle ulteriori successive classi di stipendio o aumenti biennali. Il blocco retributivo,

La Corte del 2013-2014 ha, invece, ritenuto soddisfatto il requisito della limitatezza del periodo oggetto dell'intervento normativo, e dunque la ragionevolezza delle misure, sostenendo che esso "comprende più anni in considerazione della programmazione pluriennale delle politiche di bilancio": affermando (310/13) la inevitabilità di tale dilatazione temporale in virtù della evoluzione del complessivo quadro giuridico-economico, nazionale ed europeo, e in special modo dell'esigenza che misure strutturali di risparmio di spesa non prescindano dalle politiche economiche europee³².

A supporto, la Corte ha invocato: la riforma (ad opera della l. cost. 1/12) degli artt. 81 (attuata dalla l. 243/12), 97, co. 1, e 119, co. 1, Cost., che pongono l'accento sul rispetto dell'equilibrio dei bilanci da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in ragione del più ampio contesto economico europeo³³; e la direttiva 2011/85/UE (relativa ai requisiti per i quadri di bilancio

in seguito disposto dall'art. 9 del d.l. 78/10, ha di fatto comportato il mancato ripristino del valore completo dello scatto allo scadere del periodo di riduzione e, dunque, la implicita proroga di quest'ultimo per tutta la ulteriore durata del blocco.

Emblematico, poi, il caso dei docenti universitari: storicamente equiparati ai dirigenti generali dello Stato – in virtù del riconoscimento di pari rilevanza alle due funzioni per l'attuazione dei compiti supremi dello Stato – anche quanto al legame retributivo (con la parametrizzazione percentuale della base stipendiale dei professori a quella dei dirigenti: art. 36, co. 2, d.p.r. 382/80), espressione della attribuzione al personale docente ed ai direttivi dello Stato di un'identica potenzialità di sviluppo di carriera; ma, a seguito della contrattualizzazione dei dirigenti generali (d.lgs. 80/98), sganciati da questi e – analogamente alle altre figure di personale pubblico non privatizzato (art. 24, l. 448/98) – allineati alla dinamica retributiva media derivante dalla contrattazione collettiva di tutto il pubblico impiego (anche di livello non dirigenziale), con progressiva perdita di valore economico degli stipendi. V. C. Cost. 219/75, in *RIDL*, 1975, p. 377, con nota di DONDI, *Sull'equiparazione retributiva tra professori universitari e dirigenti statali*. V. poi, C. Cost. 80/87; 376/88, in *GCost*, 1988, p. 1669, con nota di P. G. GRASSO, *Aspetti problematici nelle sentenze della Corte Costituzionale sulle retribuzioni dei professori universitari*; 1019/88. Nonché Cons. St., sez. VI, 216/91; Cons. St., sez. VI, 458/93. Inoltre, LONGO, *In tema di inquadramento e retribuzioni dei professori universitari dopo il D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382*, in *CS*, 1981, II, p. 235; TROJSI, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *LD*, 1999, 82 ss.

³² In senso critico, GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *DP*, 2013, p. 1046.

³³ Sulle ripercussioni dell'inserimento in Costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio, v. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *RTDP*, 2014, p. 691; BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2012; CIOLLI, *The balanced budget rule in the Italian Constitution: it ain't necessarily so... useful?*, in *RivAIC*, 4/2014; GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *QC*, 2014, p. 51; GRIMALDI, *Costituzionalizzazione del principio di equilibrio dei bilanci e possibile "rilancio" del ruolo dello Stato nell'"ordinamento composito europeo"*, in *RivAIC*, 1/2015; MORRONE, *Pareggio di bilancio*

degli Stati membri), che ha evidenziato come “la maggior parte delle misure finanziarie hanno implicazioni sul bilancio che vanno oltre il ciclo di bilancio annuale” e che “una prospettiva annuale non costituisce pertanto una base adeguata per politiche di bilancio solide”. Tale posizione della Corte non può non destare allarme, là dove sostiene uno spostamento dell’ago della bilancia dei valori costituzionali a favore delle esigenze di finanza pubblica, per effetto dell’introduzione in Costituzione del principio del c.d. “pareggio di bilancio”, legittimando – in nome delle necessità “superiori” imposte dall’economia (spesso peraltro di matrice sovranazionale) e, in definitiva, dei vincoli istituzionali derivanti dalla appartenenza dell’Italia all’Unione europea – un inevitabile affievolimento del livello di protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori (pubblici). Una eventuale diffusione di tale tendenza della giurisprudenza a ricorrere al parametro costituzionale del nuovo testo degli artt. 81 e 97, co. 1, Cost. – e al sotteso obiettivo della sostenibilità dei bilanci pubblici – come fondamento della negazione di diritti dei lavoratori (anche, ad esempio, in materia previdenziale, o più in generale di *welfare state*) per esigenze di contenimento della spesa pubblica³⁴, fa presagire il rischio di una sostanziale compromissione della tutela dei diritti dei lavoratori, pur nominalmente garantiti dalla Carta costituzionale. In ciò, si ripropone, nel pubblico impiego – in termini certo differenti, data la sua specialità, ma al contempo paralleli rispetto al lavoro privato – il dilemma che attualmente travaglia il Diritto del lavoro in genere, oscillante più che mai tra garanzia dei diritti dei lavoratori ed esigenze dell’economia³⁵. Pur volendo, poi, con-

e Stato costituzionale, in *LD*, 2013, p. 357; SCACCIA, *L’equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2013. V. inoltre, sp. C. Cost. 10/15, ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

³⁴ Non priva di precedenti giurisprudenziali recenti: v. Cass., sez. lav., 22974/13, in *RIDL*, 2014, II, p. 647, con nota di LANZO, *Sulla configurabilità della fattispecie della «malattia professionale in itinere»*. V. invece, orientata nella direzione della garanzia dei diritti (di natura pensionistica), C. Cost. 70/15 (su cui, critico BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *RivAIC*, 2/2015).

³⁵ V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, TROJSI, *Ragioni dell’economia e tutela della dignità e dei diritti fondamentali della “persona” del lavoratore*, in corso di pubblicazione in *Scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015. V. inoltre, CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 111/2014; ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro davanti alla crisi*, in *LD*, 2012, p. 399; ID., *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, p. 586; TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte Costituzionale*, in *DLRI*, 2014, p. 303.

dividere l'intendimento della Corte di effettuare il bilanciamento tra valori fondamentali in un'ottica contemporanea, che tenga conto dello scenario europeo, quello che colpisce è l'assenza di riferimenti al principale contrappeso delle "ragioni dell'economia" in ambito europeo, ovvero ai contenuti e allo spirito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la cui più attenta considerazione consentirebbe di evitare il pericolo di marginalizzazione della dimensione dei diritti³⁶.

Un ultimo rilievo critico va effettuato, a proposito delle argomentazioni della sentenza 310/13 volte a negare la lesione del diritto alla retribuzione dell'art. 36 Cost. (dei docenti universitari, nel caso di specie). La Corte ha ritenuto infondate le censure di irragionevolezza della parte dell'art. 9, co. 21, relativa al blocco delle classi e degli scatti, avanzate in rapporto alle ricadute delle norme sulla riforma universitaria di cui alla l. 240/10, e in special modo alla peculiarità del meccanismo di progressione stipendiale dei docenti universitari introdotto dall'art. 8 di questa (e dal d.p.r. attuativo 232/11), che sarebbe privo di un automatismo *tout court*, e dunque non più riconducibile alla suddetta previsione di blocco.

In effetti, una delle più rilevanti novità della disciplina è costituita dal fatto che la progressione economica dei docenti – divenuta triennale – non è più automatica in senso stretto, ossia consistente in aumenti retributivi periodici legati alla sola maturazione dell'anzianità di ruolo (come secondo il previgente sistema dell'art. 36 del d.p.r. 382/80), ma subordinata all'esito positivo della valutazione sull'attività svolta nel periodo precedente (art. 2, co. 3, e art. 3, co. 3, d.p.r. 232/11), effettuata dall'università (secondo quanto sta-

³⁶ Cfr. SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 108/2014, sp. p. 12 ss. V. pure, BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012; CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013; CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, 2014; CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012; COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *DUDInt*, 2014, p. 371; GIUBBONI, *Europe's Crisis-Law and the Welfare State*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 109/2014; ID., *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, in *DLRI*, 2014, p. 269; MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei contro limiti*, in *RivAIC*, 3/2014, sp. p. 23 ss.; MORRONE, *Crisi economica e diritti. Apunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *QC*, 2014, p. 79 ss.; SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *RivAIC*, 4/2013.

bilito nel regolamento di ateneo) ai sensi dell'art. 6, co. 14, della l. 240/10³⁷. Ed invece, la Corte ha ritenuto non venuta meno la automaticità “in senso lato” dell'erogazione stipendiale, a seguito della l. 240/10, affermando che la valutazione delle attività svolte, prevista nel nuovo sistema di progressione economica, non escluda la sussistenza di quella “cadenza temporale predefinita per la progressione”: che costituirebbe la caratteristica distintiva della “automaticità” del meccanismo stipendiale (non interpretata, pertanto, nel diverso senso di rapporto di causa-effetto immediato rispetto al conseguimento dell'anzianità di servizio, non condizionato alla verifica della concomitante presenza di altri elementi), rendendo coerente l'applicazione del blocco anche in presenza della novella.

In ogni caso, la applicabilità del blocco dell'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10 al nuovo sistema retributivo è confermata dal richiamo a tale disposizione, mantenuta ferma dagli artt. 6, co. 14, 8, co. 1, e 29, co. 19, della l. 240/10 (come rammentato dalla Corte) e dal d.p.r. 232/11 (art. 2, co. 2 e 5; art. 4, co. 2 e 3; art. 5).

La Corte ha, inoltre, negato che il differimento del sistema di valutazione possa incidere sul buon andamento dell'amministrazione universitaria, anche in riferimento all'art. 9 Cost., non risultando questo compromesso, in quanto non connesso al solo meccanismo di avanzamento in carriera dei docenti, in virtù della sussistenza di un contesto già orientato a garantire la qualità dell'offerta universitaria nell'ambito del più ampio panorama europeo (introdotto dalla l. 537/93 e ulteriormente disciplinato, con l'istituzione dell'Anvur, dal d.l. 262/06, convertito con modifiche dalla l. 286/06).

In realtà, invece, tra tutto il personale pubblico non contrattualizzato, spiccano le conseguenze negative del blocco stipendiale proprio per i docenti

³⁷ Che ha istituito l'obbligo, per i docenti, di presentare la richiesta di attribuzione dello scatto (o della nuova classe) stipendiale unitamente alla relazione triennale sulle attività didattiche, di ricerca e gestionali svolte; in caso di valutazione negativa, la richiesta di attribuzione dello scatto può essere reiterata dopo almeno un anno accademico.

In realtà, il controllo sulla operosità del docente, come condizione per l'assegnazione degli scatti, era già stato introdotto (anzitutto al d.l. 78/10) dall'art. 3 *ter* del d.l. 180/08 (convertito con modifiche dalla l. 1/09). Esso stabiliva: che gli scatti biennali (*ex artt.* 36 e 38, d.p.r. 382/80) fossero disposti previo accertamento, da parte della autorità accademica, della effettuazione nel biennio precedente di pubblicazioni scientifiche (co. 1); e che la mancata effettuazione di queste avrebbe comportato, come sanzioni, la diminuzione della metà dello scatto biennale (co. 3) e l'esclusione dei docenti dalla partecipazione alle commissioni di valutazione comparativa per il reclutamento di professori di I e II fascia e di ricercatori (co. 4).

universitari³⁸, ponendosi questo in stridente contrapposizione – quanto alla coerenza politico-istituzionale – con la riforma del loro trattamento economico, approvata solo una manciata di mesi dopo. Checché ne pensi la Corte, l'irragionevolezza sopravvenuta del blocco retributivo dell'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10 (e dello stesso richiamo a questo nella l. 240/10), aggravata dalla proroga biennale, e la violazione del diritto alla retribuzione proporzionata, derivano anche dal fatto che esso ha impedito l'applicazione di uno dei cardini della riforma del 2010 e, dunque, la piena realizzazione dello spirito di questa, cioè appunto quello di "prezialità" del merito nell'ambito dell'obiettivo di incentivazione della qualità e dell'efficienza del sistema universitario³⁹: di cui il legame della progressione economica alla valutazione del personale (anche docente) costituisce una delle espressioni principali (in linea, peraltro, con le coordinate fondamentali della riforma del pubblico impiego privatizzato del d.lgs. 150/09) ed, invece, finora sostanzialmente rimasto lettera morta⁴⁰. È fuor di dubbio che la trasformazione del sistema di progressione

³⁸ Su cui v., riepilogativamente, YOSSARIAN, *Il blocco dell'anzianità dei docenti universitari*, in *Forumcostituzionale.it*, 6 luglio 2011.

³⁹ Sulla riforma realizzata dalla l. 240/10, v. ARCARI, G. GRASSO (a cura di), *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Giuffrè, 2011; BROLLO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Giuffrè, 2011; CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Jovene, 2012; CAPRIGLIONE (a cura di), *Luci ed ombre della riforma universitaria*, Cacucci, 2010; GARDINI, *Così diversi, ma così uguali: la contrattualizzazione come strumento per la differenziazione dei docenti universitari*, in *LD*, 2011, p. 173; MARSOCCI, *Il sistema dell'università e dell'alta formazione, dopo l'entrata in vigore della legge n. 240 del 2010*, in *RivAIC*, 3/2011; PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *RivAIC*, 3/2011; F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bononia University Press, 2013; ZENOVICH, *Ci vuole poco per fare una università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, il Sirente, 2011.

⁴⁰ Analogamente, il blocco retributivo-contrattuale per il personale privatizzato (art. 9, co. 17, d.l. 78/10) ha "sterilizzato" la riforma del lavoro pubblico del d.lgs. 150/09 (attuativo della l. delega 15/09) [su cui, v. per tutti, AA.VV., *La cd. "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico. Valutazione, responsabilità e merito tra legislazione e contrattazione*, in *IF*, 2009, n. 5-6; CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010; F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011; FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013; GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la Riforma Brunetta*, Bononia University Press, 2012; NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013; L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2011]. Ne ha, infatti, impedito l'applicazione in una parte determinante – quella della incentivazione della produttività e della valoriz-

economica dei docenti universitari, da puramente automatico (solo parzialmente temperato nel 2008) a condizionato all'esito positivo della valutazione periodica di questi, rappresenti uno dei punti nodali della riforma universitaria – quello appunto della commisurazione delle retribuzioni alla *produttività* (o, più correttamente, alla *operosità*) dei docenti – la cui inattuazione ha compromesso il senso di una parte non secondaria della riforma del loro stato giuridico. In definitiva, il blocco retributivo ha inibito il funzionamento del meccanismo su cui si basa la parametrizzazione della retribuzione all'attività svolta e, quindi, attraverso cui prende forma, secondo la volontà del legislatore, il principio di proporzionalità della retribuzione di cui all'art. 36 Cost.: con conseguenze più ampie sulla stessa attuale configurazione dello stato giuridico dei docenti universitari.

A ciò si aggiunge l'ulteriore *vulnus*, costituito dalla disparità di trattamento che il blocco retributivo determina tra colleghi (specie quando sovrapposto al sistema stipendiale riformato dei docenti universitari), per i differenti effetti di questo a seconda della anzianità di servizio e del momento in cui essa è maturata. La Corte – anche in presenza di un principio generale di tendenziale

zazione del merito, mediante meccanismi premiali, prevalentemente retributivi, collegati agli esiti della valutazione delle attività e dei risultati conseguiti dal personale – e, quindi, ne ha in parte minato la stessa impostazione (v. L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, WP CSDL E “Massimo D'Antona”.IT – 168/2013). Si tratta di una contraddizione legislativa persino più grave di quella relativa alla riforma universitaria: in quanto, mentre questa è sopravvenuta, se pur di poco, al blocco retributivo – tant'è vero che nella l. 240/10 (e nel d.p.r. 232/11) vi è consapevolezza della temporanea impossibilità di applicazione della nuova disciplina e del necessario differimento di questa alla fine del periodo di “raffreddamento retributivo”, facendo ripetutamente salvi gli effetti del blocco – per il lavoro pubblico privatizzato è stato, viceversa, il blocco a sopraggiungere, peraltro dopo pochi mesi, al d.lgs. 150/09, muovendosi in direzione opposta a questo. Essendo, in questo secondo caso, il blocco successivo all'emanazione del d.lgs. 150/09, per il lavoro pubblico contrattualizzato non è altrettanto agevole negarne – come invece ha fatto C. Cost. 310/13 per i docenti universitari (e 154/14) (richiamando C. Cost. 206/09; 236/09; 302/10; 166/12) – la irragionevolezza per lesione della tutela dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica: sostenendo la legittimità di disposizioni legislative che modifichino (in senso sfavorevole) la pregressa disciplina di situazioni sostanziali dei rapporti di durata, anche concernente diritti soggettivi perfetti, pure nel caso di effetti retroattivi delle misure (non potendosi desumere, dalla disciplina costituzionale in vigore, una specifica protezione dei diritti di natura economica connessi a rapporti di durata, anche nel pubblico impiego, contro norme retroattive) (come già affermato in C. Cost. 74/08; 228/10; 302/10; 1/11; 31/11). Eppure, invece C. Cost. 219/14 ha ribadito la posizione, a proposito del personale docente della scuola privatizzata. Sulle relative questioni, v. pure, Trib. Catanzaro, sez. I, 12 aprile 2011, in *GC*, 2011, p. 1327; Trib. Oristano 10 maggio 2011, in *LPA*, 2011, II, p. 742; Trib. Genova, sez. lav., 6 giugno 2011, in *LPA*, 2011, II, p. 738; Trib. Lucca 14 luglio 2011, in *LPA*, 2011, II, p. 743; Trib. Oristano 13/12, in *LPA*, 2011, II, p. 733.

allineamento stipendiale, per evitare, tra gli appartenenti alla medesima qualifica o grado, disparità di trattamento (pur non esistendo un principio di omogeneità di retribuzione a parità di anzianità) – ha, invece, negato tale profilo di illegittimità (nonché il connesso presunto contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto la diversificazione del trattamento economico in virtù non delle mansioni espletate, ma di un elemento casuale, interferirebbe sulle dinamiche dei rapporti tra i colleghi, riverberandosi negativamente sul buon andamento degli uffici). Essa ha, infatti, rilevato, nei casi di specie, la mancanza di uno degli elementi cui è connessa l'esigenza dell'identico trattamento retributivo, ovvero il possesso della medesima anzianità: essendo, quelli che hanno maturato il diverso trattamento connesso alla progressione in carriera avvenuta prima del 2011, dotati di maggiore anzianità di servizio, la quale di per sé giustifica un diverso trattamento retributivo. La Corte ha, inoltre, ricordato che è ammessa una disomogeneità delle retribuzioni anche a parità di qualifica e di anzianità, nelle ipotesi di conservazione di elementi retributivi derivanti da posizioni personali di stato, o da incarichi o funzioni non aventi carattere di generalità, o dal mantenimento di più favorevoli trattamenti economici conseguiti in settori diversi dell'amministrazione⁴¹: in tale prospettiva, non può considerarsi irragionevole un esercizio della discrezionalità legislativa che privilegi esigenze fondamentali di politica economica, a fronte di altri valori pur costituzionalmente rilevanti; né, in questi limiti, il fatto che, in casi particolari, nella stessa amministrazione dipendenti con minore anzianità di servizio e, presumibilmente, con incarichi di minor rilievo percepiscano retribuzioni più elevate.

Con particolare riferimento, poi, al fatto che il blocco, per il suo carattere indifferenziato, colpirebbe in modo più gravoso i ricercatori universitari e i docenti con minore anzianità di servizio, nonché quelli che nel triennio avrebbero maturato due dei previsti scatti biennali, la Corte (310/13) ha osservato che il sacrificio imposto a tale personale, se pure maggiormente oneroso per quello più giovane, appare, in quanto temporaneo, congruente con la necessità di risparmi consistenti ed immediati. E, ad ulteriore giustificazione dell'intervento normativo, ha rilevato che l'urgenza e l'ampiezza (e la conseguente struttura) della manovra economica del d.l. 78/10, avendo interessato l'intero comparto del pubblico impiego, non hanno reso possibile una frantumazione delle misure previste.

Ma la Corte non ha specificamente considerato una conseguenza ancora

⁴¹ Cfr. già C. Cost. 6/94.

più paradossale dell'applicazione del blocco stipendiale ai docenti universitari, ovvero la disparità di trattamento tra: professori (ordinari e associati) già in servizio, le cui retribuzioni sono bloccate dal gennaio 2011; e nuovi assunti nei medesimi ruoli e fasce, a seguito di procedure di chiamata secondo il sistema della l. 240/10 (artt. 18 e 24, co. 6), destinatari del nuovo inquadramento retributivo del d.p.r. 232/11, quindi percettori di un trattamento economico più elevato rispetto ai primi, nonostante l'evidente inferiore anzianità di servizio nel ruolo (pari a zero). Tale discrasia è dovuta al fatto che, per effetto del blocco della loro posizione retributiva operato dal d.l. 78/10, i docenti già in servizio non hanno potuto beneficiare del reinquadramento (con riformulazione delle tabelle stipendiali e adeguamento dei relativi importi, anche in rapporto a quelli previsti per i docenti di nuova nomina ai sensi della l. 240/10) predisposto per loro dal medesimo d.p.r. 232/11 (art. 2, co. 2 e 5). E, dall'altra parte, alla circostanza per cui i nuovi docenti, anche se già incardinati presso l'università chiamante – e quindi beneficiari di un passaggio di ruolo (da ricercatore a professore associato) o addirittura di una progressione di fascia all'interno del medesimo ruolo di professore (da associato a ordinario) (art. 1, co. 1 e 5, d.p.r. 382/80) – secondo l'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa⁴² vanno considerati pur sempre investiti da una nuova assunzione (poiché essa comporta l'attribuzione di un nuovo posto, a seguito di procedura concorsuale, per effetto della novazione del precedente rapporto), non essendo classificabile la loro modifica di stato come passaggio ad una qualifica superiore, e dunque come progressione di carriera, in quanto tale riconducibile alla fattispecie di blocco economico (col solo riconoscimento degli effetti ai fini giuridici), di cui al terzo periodo dell'art. 9, co. 21, del d.l. 78/10.

Pur senza scomodare il principio di parità di trattamento retributivo, in un sistema in cui la progressione economica (e quindi il criterio di proporzionalità della retribuzione) passa pur sempre attraverso l'anzianità di servizio (anche a parità di ruolo ricoperto) – ritenuta dunque sintomatica di un più forte valore qualitativo della prestazione svolta (qualora supportata dalla dimostrazione di uno *standard* minimo di operosità del docente) – questo effetto del blocco sul trattamento economico dei docenti universitari, per cui i nuovi immessi in ruolo percepiscono una retribuzione maggiore dei colleghi con anzianità di servizio (anche considerevolmente) superiore, appare irragionevole e non conforme al parametro dell'art. 36 Cost.

⁴² Cons. St., ad. plen., 17/12.

3. Segue: *b) disparità di trattamento tra figure di personale pubblico (art. 3 Cost.): il requisito della generalità del blocco. La possibile violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Con riguardo, poi, alla seconda caratteristica del blocco retributivo, essenziale ai fini della sua ragionevolezza – appunto, la *generalità* (nel senso di equilibrata e proporzionata distribuzione) del sacrificio fra le categorie di personale pubblico – va osservato che essa è messa in pericolo da questa giurisprudenza costituzionale. E particolarmente dalla dicotomia introdotta tra magistrati e altro personale pubblico non contrattualizzato⁴³.

La Corte, come già detto, ha giustificato il differente esito del giudizio col rilievo costituzionale dell'autonomia della magistratura (artt. 101 ss. Cost.)⁴⁴ e, dunque, con le specificità del relativo ordinamento, non ritenuti sussistenti per le altre figure esaminate. Ma, benché le altre categorie di personale pubblico non contrattualizzato non assurgano al rango di potere dello Stato costituente un "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" (come quello magistratuale: art. 104, co. 1, Cost.), non può essere ignorato che molte di queste figure sono accomunate alla magistratura da un analogo valore della funzione pubblica svolta, tale da assumere in diversi casi rilievo costituzionale, a conferma del riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della peculiarità e della elevatezza del ruolo rivestito. Così è, in particolare, per il personale delle forze armate (art. 52, co. 3, Cost.) e per i docenti universitari (art. 33, co. 1 e 4, Cost.). A ulteriore riprova della affinità di considerazione della delicatezza della posizione ricoperta da tali figure, l'art. 98, co. 3, Cost. stabilisce la medesima possibilità di fissare, con legge, limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici, per i magistrati, per i militari di carriera in servizio attivo, per i funzionari ed agenti di polizia, per i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.

E non è un caso che, in occasione della contrattualizzazione del lavoro pubblico, tali figure siano state comune oggetto della scelta legislativa di sottrarle a questa, escludendole dalla riforma e (ricomprendendole nella stessa

⁴³ Tanto da aver indotto a parlare di "figli" e "figliastri" dell'impiego pubblico non privatizzato: v. CABIDDU, "Figli e figliastri": breve commento alla sentenza sui blocchi stipendiali dei professori universitari, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 7 marzo 2014.

⁴⁴ Cfr. CAMERLENGO, «Soltanto per diversità di funzioni»? I magistrati ordinari tra carriera e prestigio, in *QC*, 2014, p. 285; ZANON, BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2011.

norma: art. 3, d.lgs. 165/01) mantenendone il regime pubblicistico del rapporto d'impiego⁴⁵. La ragione della loro mancata privatizzazione, e ancor prima della predisposizione di un apposito stato giuridico-economico di diritto pubblico-amministrativo – disciplinato da una legislazione speciale *ad hoc* per ciascuna di esse (spesso nell'ambito di un disegno normativo più ampio, riguardante l'organizzazione della struttura in cui operano) e da regolamenti attuativi, con esclusione di fonti contrattuali (individuali e collettive⁴⁶) – è rinvenibile proprio nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della peculiarità del ruolo ricoperto da queste figure e dell'elevato grado di immedesimazione con la funzione svolta e con l'ente presso cui è svolta, in quanto tali ritenute non assimilabili al pubblico impiego comune. La tecnica normativa dello stato giuridico pubblicistico è considerata, da una parte, strumentale ad assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa; ma soprattutto, dall'altra parte, fonte di tutela per gli stessi dipendenti, predisponendo un quadro legale protettivo che stabilisca i limiti alla discrezionalità (e ai possibili abusi) del potere politico, riducendone al minimo le interferenze: consentendo così lo svolgimento, nel clima più sereno possibile, delle funzioni di alta responsabilità affidate a tali categorie di personale pubblico, lontano da condizionamenti (in particolare) del potere esecutivo, specie come controparte, in un sistema contrattuale, nella determinazione delle condizioni di lavoro e dei trattamenti economici di queste.

Le peculiarità della magistratura non sono, dunque, tali da renderla tanto marcatamente eterogenea rispetto alle altre figure di personale non contrattualizzato, da giustificare una netta differenza di trattamento retributivo, in relazione ad esigenze – dichiarate “generalì” – di contenimento della spesa pubblica.

Ciò vale, in particolar modo, in rapporto ai docenti universitari. Che beneficiano anch'essi della garanzia, parimenti costituzionale, di autonomia

⁴⁵ V. F. CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, 2007.

⁴⁶ A tale esclusione di fonti negoziali collettive fanno eccezione alcune specifiche figure di personale, come le forze di polizia (l. 121/81; d.lgs. 195/95) e i dipendenti delle autorità amministrative indipendenti: soggette ad una contrattualizzazione parziale, con l'attribuzione all'accordo sindacale e al contratto collettivo del ruolo di fonte solo indiretta, ossia bisognosa, ai fini dell'efficacia, di recepimento in un regolamento o in una delibera dell'amministrazione, rispettivamente. Analogamente, i provvedimenti di concertazione, che disciplinano alcuni contenuti del rapporto d'impiego e il trattamento economico del personale delle forze armate, devono essere recepiti in d.p.r. (d.lgs. 195/95). Il blocco disposto dall'art. 9, co. 17, del d.l. 78/10 copre anche tali propedeutiche procedure contrattuali-negoziali, data la menzione espressa del personale dell'art. 3 del d.lgs. 165/01.

della funzione svolta. Questa si configura come diritto del docente di esercitare, nell'ambito della autonomia garantita dalla Costituzione alla istituzione universitaria (coi soli limiti stabiliti dalle leggi dello Stato), la sua libertà di ricerca e d'insegnamento (combinato disposto dei co. 1 e 4 dell'art. 33 Cost.)⁴⁷; e si esprime in un ampio potere di autodeterminazione e di "auto-amministrazione", che attribuisce ai docenti il ruolo di principali artefici della gestione delle università, sia come membri degli organi di governo, sia come destinatari delle responsabilità nello svolgimento dei compiti istituzionali⁴⁸. Detto art. 33 costituisce, al contempo, il fondamento costituzionale della riserva relativa di legge statale in materia di stato giuridico dei docenti universitari (co. 4), come limite all'esercizio tanto della potestà normativa secondaria, quanto dell'autonomia regolativa delle università⁴⁹: uno statuto

⁴⁷ C. Cost. 22/96. Sul nesso tra libertà didattico-scientifica dei docenti ed autonomia universitaria, v. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Giuffrè, 1992; D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *GCost*, 1991, p. 2973; FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Giuffrè, 1991; P.G. GRASSO, *Libertà di insegnamento, autonomia universitaria, «programmazione della ricerca scientifica»*, in *DSoc*, 1979, p. 161; MAZZAROLLI, *Professori universitari, Università e garanzia costituzionale dell'autonomia universitaria*, in *QC*, 1997, p. 77; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *DSoc*, 1980, p. 229; MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffrè, 1990, p. 166; PALMA, *L'autonomia dell'ordinamento universitario tra le ordinate della libertà della scienza (e della ricerca) e della libertà di insegnamento*, in *Federalismi.it*, 12/2010.

⁴⁸ FENUCCI, *op. cit.*, pp. 22 e 34; MERLONI, *op. cit.*, p. 385. Così pure C. Cost. 1017/88.

⁴⁹ Art. 16, co. 4, lett. d), l. 168/89; art. 5, co. 9, l. 537/93. Sulla riserva di legge statale in materia di stato giuridico dei docenti come limite all'autonomia normativa universitaria, cfr., tra le tante, C. Cost. 51/66, 145/85, 22/96, 383/98 e 71/01; Cons. St., sez. VI, 1269/98, in *GDA*, 1998, p. 1121, con nota di MARI, *I limiti della potestà statutaria delle università*; Cons. St., sez. VI, 4723/00 e 3296/01. Inoltre, CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in *FI*, 1993, V, c. 115; D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *GCost*, 1991, p. 2973; *Id.*, *Università e Costituzione*, in D'ATENA (a cura di), *L'autonomia del sistema universitario. Paradigmi per il futuro*, Giappichelli, 2006, p. 18; GENTILE, MORETTINI, *L'ordinamento universitario. L'autonomia universitaria*, Ipsoa, 2006, sp. p. 37 ss.; MARI, *Lo Statuto universitario nel sistema delle fonti*, in *RTDP*, 1993, p. 1063; MAZZAROLLI, *Il principio costituzionale di autonomia universitaria alla luce della recente evoluzione normativa*, in *DA*, 1997, p. 3; MIGNONE, *L'osservanza delle norme di stato giuridico come limite all'autonomia statutaria delle Università*, in *DA*, 1994, p. 145; MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *DSoc*, 1978, p. 757; PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *QC*, 1988, p. 161; RAIMONDI, *Lo stato giuridico dei professori universitari tra legge, autonomia statutaria e spinte corporative*, in *DA*, 2002, p. 217; RUSCIANO, *Università: le opportunità dell'autonomia*, in *Il Mulino*, 1995, p. 663; SACCOMANNO, *L'autonomia universitaria tra principi costituzionali e riforme «in itinere»*, in *PD*, 1991, p. 137; SORACE, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *DP*, 1996, p. 139.

protettivo per il personale docente universitario, ritenuto funzionale alla tutela della libertà didattico-scientifica (co. 1)⁵⁰, ma anche ad impedire irragionevoli disparità di trattamento (lavorativo e/o retributivo) tra i docenti, a seconda dell'ateneo di appartenenza, lesive dei principi posti dagli artt. 3 e 36, co. 1, Cost.

Non a caso, il riconoscimento costituzionale di tale autonomia professionale “soggettiva”, in virtù della delicatezza della funzione pubblica rivestita, è alla base della similitudine delle speciali guarentigie di *status* attribuite ai docenti universitari e ai magistrati, addirittura alcune in forma più forte per i primi (come l'inamovibilità dall'ufficio e dalla sede⁵¹, e l'esonero dall'obbligo di prestare il giuramento⁵²)⁵³.

In definitiva, il prestigio e l'elevata responsabilità pubblica – da cui, la valenza costituzionale – dei compiti assolti da molte delle figure di personale non contrattualizzato (in special modo, da quelle oggetto delle pronunce di costituzionalità, quale la funzione docente universitaria) rendono l'esigenza di uno svolgimento sereno, e libero da condizionamenti, di tali funzioni (da garantirsi anche mediante la congruità del trattamento economico, minata

⁵⁰ C. Cost. 1017/88. In dottrina, CASSESE, MURA, *Commento all'art. 33 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *op. cit.*, 1976, p. 210; FOIS, *Università e libertà*, in *DSoc*, 1978, pp. 362-363.

⁵¹ Art. 8, d.p.r. 382/80; nonché art. 3, l. 210/98 e art. 18, l. 240/10. Connesso all'inamovibilità è il *divieto di comando* dei professori universitari ad altra università o istituto (art. 11, l. 311/58; art. 106, r.d. 1592/33).

Mentre l'inamovibilità dei magistrati è soltanto relativa: l'art. 107, co. 1, Cost., nel sancirla, dispone, al contempo, che essi possano essere destinati ad altre sedi o funzioni (oltre che dispensati o sospesi dal servizio) in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata anche prescindendo dal loro consenso in presenza dei motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario.

⁵² Art. 8, co. 1, d.p.r. 382/80. I magistrati sono, invece, sottoposti a tale obbligo: art. 9, r.d. 12/41 (nonché art. 4, l. 478/46). V. DE NARDI, *Spigolature sul giuramento dei magistrati ordinari*, in www.movimentoperlagiustizia.it, 2012.

⁵³ Tra le altre guarentigie di stato giuridico, riservate ai docenti universitari, sono annoverabili: la possibilità di godere di periodi di esclusiva attività di ricerca scientifica (art. 17, d.p.r. 382/80); l'utilità del periodo di aspettativa obbligatoria, per incompatibilità con cariche pubbliche, ai fini della progressione della carriera e il diritto di partecipazione agli organi universitari, di elettorato attivo per le cariche accademiche (nonché per la formazione delle commissioni di concorso), di svolgere una (più limitata) attività didattica e di ricerca anche applicativa, e di accesso ai fondi per la ricerca scientifica (art. 13, d.p.r. 382/80) (C. Cost. 22/96); la necessità del consenso del docente interessato per l'attribuzione a questo, d'intesa con la struttura universitaria, dei compiti didattici, inclusa l'assegnazione degli insegnamenti (art. 4, co. 1, lett. b), l. 28/80; artt. 9 e 10, co. 3, d.p.r. 382/80; artt. 12 e 15, l. 341/90; art. 6, co. 4, l. 240/10).

dalla decurtazione stipendiale) assimilabile a quella riconosciuta dalla Corte solo ai magistrati, ed utilizzata appunto come argomento a supporto della sottrazione esclusivamente di questi al blocco retributivo⁵⁴. In particolare, poi, per i professori ed i ricercatori universitari il sistema retributivo – consistente nella predeterminazione tabellare degli importi, periodicamente adeguati al costo della vita e automaticamente incrementati in base all’anzianità di servizio (al massimo previa verifica della operosità, o quanto meno della non inattività, del docente) – risponde all’oggetto della loro prestazione, specie della sua componente scientifica, ritenuta predominante (art. 6, co. 1-3, l. 240/10): richiedendo lo svolgimento di una davvero libera (e quindi proficua) attività di ricerca la immunità da preoccupazioni contingenti di ordine economico, anche legate alla immediata produzione di risultati quantificabili e concretamente spendibili, non essendo questi affatto scontati, pur in presenza di una alacre attività di studio e di sperimentazione, o potendo richiedere tempi lunghi di conseguimento (ferme restando le forme di ulteriore riconoscimento dei risultati raggiunti, secondo gli strumenti di incentivazione economica messi a disposizione dal legislatore: prima, art. 24, co. 6, d.lgs. 165/01⁵⁵ e art. 4, l. 370/99; ora, fondo per la premialità *ex* art. 9, l. 240/10). Al contrario, con riguardo ai docenti universitari, la Corte (310/13) ha rigettato i rilievi di costituzionalità avanzati rispetto alla lesione del principio di promozione della ricerca scientifica e del valore dell’insegnamento (artt. 9, 33, 34 e 97 Cost.), limitandosi ad affermare lapidariamente che “la giurisprudenza della Corte non suffraga la conferenza di tali parametri al trattamento economico dei docenti universitari”⁵⁶.

È possibile, pertanto, conclusivamente rilevare che le pronunce della Corte hanno introdotto nell’ordinamento profili di disparità di trattamento retributivo nell’ambito del personale non contrattualizzato, rispetto ad un testo legislativo (art. 9, co. 17, 21 e 22, d.l. 78/10) che coinvolgeva, almeno nelle intenzioni iniziali, la tendenziale partecipazione della generalità dei dipendenti pubblici al sacrificio economico derivante dal congelamento degli importi stipendiali.

⁵⁴ Così pure MIRIELLO, *La parabola delle retribuzioni dei professori universitari: Corte Costituzionale Vs Corte Costituzionale*, in *LPA*, 2013, III, p. 1099.

⁵⁵ TROJSI, *Commento all’art. 24*, in *NLCC*, 1999, p. 1196.

⁵⁶ Richiamando C. Cost. 22/96 e 383/98. Sulla discrezionalità del legislatore di imporre vincoli all’autonomia universitaria (art. 33 Cost.) per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità di bilancio, coll’unico limite della ragionevolezza delle misure, v. poi, C. Cost. 60/14.

I problemi di ragionevolezza della disciplina del blocco retributivo per il personale non contrattualizzato, prodotti dalla giurisprudenza costituzionale, hanno indotto a sospettare il contrasto dell'assetto regolativo scaturito da questa con principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁷: quale il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione (art. 14), in combinato disposto con la disciplina a protezione della proprietà (art. 1, Protocollo addizionale n. 1). Su tali basi è stato presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con riferimento alle figure dei docenti universitari e del personale delle forze armate⁵⁸.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte Europea⁵⁹ fa rientrare la materia retributiva nell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, riconducendo la retribuzione (ma anche la pensione) alla nozione di "bene di proprietà" di tale articolo: la aspettativa di conseguimento degli aumenti stipendiali previsti da un ordinamento ricade, pertanto, nel diritto al rispetto (ovvero, al "pacifico godimento") dei beni. Le misure incidenti sull'entità del trattamento economico spettante al lavoratore possono, perciò, qualificarsi come forme di ingerenza nel suddetto diritto, incidendo sulle "modalità di esercizio" di questo e rendendo indagabile l'eventuale carattere discriminatorio delle misure ai sensi dell'art. 14 Cedu (dal momento che il divieto di discriminazione – in base a tale articolo – non ha valenza autonoma, e quindi non può essere invocato da solo, ma unicamente in connessione con la violazione, o quanto meno con l'ambito di operatività, di uno dei diritti o delle libertà sanciti da altre norme della Convenzione).

Occorre anche segnalare che i precedenti giurisprudenziali della Corte Europea, su analoghi tagli retributivi realizzati da altri Stati per ragioni di finanza pubblica, non sono molto confortanti, avendo per lo più questa negato la illegittimità di tali misure. Essa ha riconosciuto un margine di discrezionalità piuttosto ampio agli Stati contraenti in materia, poiché le scelte di bi-

⁵⁷ La cui vincolatività per l'ordinamento italiano è stata rafforzata dal nuovo co. 1 dell'art. 117 Cost.: C. Cost. 348/07; 349/07; 39/08; 239/09; 311/09; 317/09; 93/10; 187/10; 196/10; 1/11; 113/11; 181/11; 236/11; 329/11; 264/12.

⁵⁸ I ricorsi cui si fa riferimento sono quelli curati, in qualità di legale, dal Prof. Andrea Saccucci: cui va un particolare ringraziamento per la squisita disponibilità nell'aver voluto condividere informazioni e valutazioni in merito.

⁵⁹ C. Eur. Dir. Uomo: 12 ottobre 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islanda*; 30 settembre 2010, *Hasani c. Croazia*; 7 maggio 2013, *Koufaki and Adedy c. Greece*.

lanciamento tra spesa pubblica e retribuzione dei lavoratori implicano valutazioni politiche, economiche e sociali⁶⁰, a maggior ragione quando si tratti di fronteggiare crisi economiche⁶¹.

Nel caso di specie, oggetto di contestazione non è, però, (solo) il tipo di misura in sé, ma piuttosto il fatto che essa sia applicata in maniera discriminatoria tra le categorie di personale pubblico: si invoca la disparità di trattamento, che cioè i sacrifici economici non siano distribuiti equamente tra tutto il personale, principalmente per effetto della sottrazione dei magistrati al blocco, operata dalla Corte Costituzionale italiana.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha precedentemente precisato⁶² che, nonostante il riconosciuto margine di apprezzamento degli Stati, le misure limitative del trattamento economico dei pubblici dipendenti debbono comunque soddisfare i requisiti desumibili dall'art. 1 del Protocollo n. 1, ovvero la predisposizione delle stesse per il perseguimento di uno scopo legittimo di "interesse pubblico" e in maniera "ragionevolmente proporzionata" ad esso. Centrale è, pertanto, ai fini della giustificazione di tali misure, il rispetto del canone della *proporzionalità* tra mezzi (la riduzione stipendiale) e risultati (il risparmio di spesa) – ovvero, che non sia posto a carico dei soggetti un "sacrificio eccessivo" – valutato in rapporto ai "dati di diritto e di fatto che caratterizzano la vita della società nello Stato interessato", nonché alle circostanze particolari ed al contesto in cui esse si inseriscono: indispensabile per ritenere equo il bilanciamento tra l'interesse generale della collettività e la protezione dei diritti fondamentali individuali.

Inoltre, a supporto della non decisività delle specificità dell'ordine magistratuale per giustificare un trattamento di maggior favore in merito alle decurtazioni stipendiali, la Corte Europea ha già ritenuto compatibile con il principio dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura la riduzione del trattamento economico dei magistrati nel contesto di più generali

⁶⁰ C. Eur. Dir. Uomo: 17 ottobre 2002, *Terrazzi s.r.l. c. Italia*; 30 giugno 2005, *Jahn e altri c. Germania*; 8 dicembre 2009, *Wieczorek c. Polonia*; 7 febbraio 2012, *Frimu e altri c. Romania*.

⁶¹ C. Eur. Dir. Uomo: 28 febbraio 2002, *O'Reilly e altri c. Irlanda*; 4 gennaio 2005, *Pentiacova e altri c. Moldova*; 1 dicembre 2009, *Huc c. Romania e Germania*; 7 maggio 2013, *Koufaki and Adedy c. Greece*. V. TULKENS, *The European Convention on Human Rights and the economic crisis. The issue of poverty*, in *European Journal of Human Rights*, 2013, n. 1, p. 8 ss.

⁶² C. Eur. Dir. Uomo: 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*; 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito*; 19 giugno 2012, *Khoniakina c. Georgia*; 26 giugno 2012, *Kuric e altri c. Slovenia*; 8 ottobre 2013, *Da Conceição Mateus and Santos Januário c. Portugal*.

misure, emergenziali e temporali, di *austerità* riguardanti tutto il pubblico impiego⁶³. La Corte ha avallato le misure in ragione della grave crisi economico-finanziaria attraversata dal Paese di riferimento – che ha reso necessario che tutte le categorie del pubblico impiego dessero il proprio contributo di solidarietà – e dunque del connotato di “generalità” del sacrificio richiesto ai pubblici dipendenti, reputato essenziale ai fini della legittimità dello stesso: non ritenendo che le caratteristiche della magistratura giustificassero un’eccezione rispetto alla portata generale del provvedimento restrittivo. La riduzione stipendiale non è stata giudicata fonte di sacrificio eccessivo e sproporzionato, ovvero di entità tale da minare il ruolo della retribuzione, di garanzia di mezzi di sussistenza adeguati, e quindi la serenità e l’indipendenza economica dei magistrati, l’autonomia della funzione e la dignità dello svolgimento della stessa commisuratamente alla loro professionalità.

Il fatto, poi, che, nel caso italiano, la discriminazione abbia matrice giurisprudenziale, e non legislativa, non pare costituire un problema, essendo indifferente, ai fini del giudizio davanti alla Corte Europea, la fonte giuridica produttrice della violazione della Convenzione: questa può scaturire dall’ordinamento latamente inteso, come si delinea in base all’applicazione del diritto nel Paese, indipendentemente dallo strumento giuridico con cui essa si manifesti, dunque non necessariamente ad opera di una fonte normativa in senso stretto⁶⁴. È possibile, pertanto, invocare una disparità di trattamento (ai sensi dell’art. 14 Cedu) non di diretta origine legislativa, ma conseguente all’interpretazione effettuata da sentenze dei giudici nazionali (tanto più se della Corte Costituzionale).

Occorre, infine, rilevare come, in realtà, anche sul piano legislativo il blocco retributivo italiano non sia assoluto e totale per tutti i pubblici dipendenti: in virtù dell’introduzione di regimi derogatori per specifiche figure di personale e/o di misure compensative (per lo più parzialmente).

Nell’ambito del personale non contrattualizzato, ad esempio, per quello delle forze armate e di polizia e del corpo nazionale dei vigili del fuoco – in nome dell’esigenza di tener conto delle peculiarità dei comparti sicurezza-difesa e del soccorso pubblico – è stato istituito, dal medesimo d.l. 78/10, un fondo per il finanziamento di *misure perequative* (più precisamente poi quali-

⁶³ C. Eur. Dir. Uomo 15 ottobre 2013, *Savickas c. Lituania*. V. pure, C. Eur. Dir. Uomo 8 gennaio 2013, *Bakradze c. Georgia*.

⁶⁴ V. ad esempio, C. Eur. Dir. Uomo 1 dicembre 2009, *G.N. e altri c. Italia*.

ificate come “assegni *una tantum*”⁶⁵), da individuarsi (unitamente alla ripartizione delle risorse tra i Ministeri competenti) mediante d.p.c.m. (art. 8, co. 11 *bis*, inserito in sede di conversione)⁶⁶. Per le sole forze di polizia, la l. 190/14 (al fine di corrispondere alle contingenti esigenze di razionalizzazione delle risorse disponibili e di quelle connesse all’espletamento dei compiti istituzionali, in relazione alla specificità riconosciuta a tali forze) ha, inoltre, disposto – nelle more della definizione delle procedure contrattuali e negoziali di cui all’art. 9, co. 17, del d.l. 78/10 – l’avviamento, in deroga all’art. 30 del d.p.r. 164/02, delle procedure per la revisione dell’accordo nazionale quadro stipulato in attuazione dell’art. 24 dello stesso decreto, con le modalità ivi previste (art. 1, co. 266 e 267).

Analogamente, per i docenti universitari la l. 240/10 ha destinato apposite risorse finanziarie alla parziale compensazione del blocco stipendiale per gli anni 2011, 2012 e 2013, da ripartire tra gli atenei secondo criteri e modalità fissati con decreto del Ministro dell’università (adottato di concerto con il Ministro dell’economia)⁶⁷, concernenti anche la selezione dei docenti destinatari di tale beneficio economico *una tantum* in base alla valutazione del merito accademico e scientifico (art. 29, co. 19)⁶⁸.

⁶⁵ D.l. 27/11, convertito con modifiche dalla l. 74/11; art. 17, co. 20 *bis*, l. 184/11, aggiunto dall’art. 4, co. 1, l. 182/12.

⁶⁶ D.p.c.m. 27 ottobre 2011. A sua volta, ciascun Ministro ripartisce con decreto le risorse finanziarie assegnate al relativo personale (art. 17, co. 20 *bis*, l. 184/11). La dotazione del fondo è stata incrementata per gli anni 2011, 2012, 2013 (art. 1, d.l. 27/11) e 2014 (art. 1, co. 466, l. 147/13). Le risorse del fondo devono essere attribuite in modo da assicurare trattamenti omogenei alle forze armate e a quelle di polizia (art. 1, co. 2, d.l. 27/11).

⁶⁷ D.m. 314/11; d.m. 665/13. Tale incentivo *una tantum* è riservato, previa presentazione di apposita domanda, solo ad una percentuale dei docenti – utilmente collocati in graduatoria, per ciascun ruolo e fascia, a seguito di procedimenti di selezione basati sulla valutazione comparativa dei candidati, disciplinati con regolamento universitario – tra quelli che, in assenza del blocco retributivo, avrebbero maturato (negli anni 2011, 2012 e 2013) la progressione biennale dello stipendio per classi e scatti.

⁶⁸ Analoghi provvedimenti, più mirati, di deroga del blocco delle retribuzioni, a beneficio di altre figure di personale non contrattualizzato (in particolare, i prefetti e i diplomatici), sono riferiti da Trib. Ravenna 28 febbraio 2014, *cit. V.* inoltre, ad esempio, il regime speciale previsto per il personale della Banca d’Italia dall’art. 3, co. 3, del d.l. 78/10 (come modificato dall’art. 2, co. 5 *sexies*, del d.l. 225/10, convertito con modifiche dalla l. 10/11): esso ha stabilito che la Banca d’Italia tenga conto, nell’ambito del proprio ordinamento, dei principi di contenimento della spesa per il triennio 2011–2013 contenuti nel titolo I del d.l. 78/10 (di cui fa parte l’art. 9) e che, a tal fine, qualora non si raggiunga un accordo con le organizzazioni sindacali sulle materie di competenza della contrattazione in tempo utile per dare attuazione ai suddetti principi, la Banca

Anche nel pubblico impiego privatizzato è possibile riscontrare regimi di maggior favore e categorie privilegiate (o, quanto meno, meno danneggiate di altre) rispetto al blocco retributivo-contrattuale.

Basti pensare al personale docente e amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola, per il quale il d.l. 78/10 ha introdotto una misura parzialmente compensativa del blocco stipendiale (specificamente disciplinato, per loro, dall'art. 9, co. 23, del d.l. 78/10 e relativo al quadriennio 2010-2013⁶⁹), stabilendo: che le risorse – recuperate per effetto delle economie di spesa realizzate nel campo dell'organizzazione scolastica⁷⁰ – vengano destinate⁷¹ al medesimo settore, ad incremento delle risorse contrattuali stanziare per le iniziative di valorizzazione e sviluppo professionale della carriera del personale della scuola; e che alle stesse finalità possano essere destinate risorse da individuare all'esito di una specifica sessione negoziale concernente interventi in materia contrattuale per il personale della scuola, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato e nel rispetto degli obiettivi programmati dei saldi di finanza pubblica⁷² (art. 8, co. 14). Anche il d.l. 3/14 (convertito con modifiche dalla l. 41/14) ha dettato norme di proroga degli automatismi stipendiali del personale della scuola, in deroga al blocco del d.l. 78/10 (art. 1, co. 1)⁷³; in considerazione, inoltre, della specificità delle funzioni

d'Italia provveda sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva eventuale sottoscrizione dell'accordo. Sulle ragioni giustificatrici di tale peculiare meccanismo di adeguamento e della sua mancata estensione alle altre autorità amministrative indipendenti, v. C. Cost. 7/14 (di rigetto della questione, con riferimento all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni). Nel senso, invece, della estensibilità della predetta disciplina all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, v. Tar Lazio, sez. I, 3495/12, in *FA TAR*, 2012, p. 3144; Tar Lazio, sez. I, 3502/12, in *FA TAR*, 2012, p. 3144, con nota di TORANO, *La decretazione d'urgenza sulla crisi economica e l'autonomia delle autorità indipendenti*. Sul tema, v. NATALI, *Problemi del rapporto di lavoro con le autorità indipendenti: blocco della progressione giuridico-economica e giurisdizione*, in *MGL*, 2012, p. 637.

⁶⁹ In base alla proroga dell'art. 1, co. 1, lett. b), d.p.r. 122/13.

⁷⁰ Art. 64, co. 9, d.l. 112/08, convertito con modifiche dalla l. 133/08.

⁷¹ Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'istruzione, di concerto con il Ministro dell'economia, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. V. la nota del Ministero dell'istruzione 4619/13.

⁷² Il secondo periodo è stato aggiunto dall'art. 4, co. 83, della l. 183/11. In attuazione di questo, v. ccnl 13 marzo 2013; ccnl 7 agosto 2014.

⁷³ Esso ha stabilito: che – nelle more della conclusione della specifica sessione negoziale attivata ai sensi dell'art. 8, co. 14, del d.l. 78/10 per il recupero dell'utilità dell'anno 2012 ai fini della maturazione dell'anzianità stipendiale – non vengano adottati i provvedimenti di retrocessione a una classe stipendiale inferiore del personale scolastico interessato da tale sessione

del personale A.T.A., ha reso disponibile – per quello già destinatario negli anni scolastici 2011-2012, 2012-2013 e 2013-2014 delle posizioni economiche contrattuali – un apposito stanziamento finanziario per una specifica sessione negoziale finalizzata al riconoscimento di un emolumento *una tantum* avente carattere stipendiale (art. 1 *bis*, aggiunto in corso di conversione)⁷⁴.

A ciò bisogna aggiungere che è possibile attenuare gli effetti del blocco per l'intero settore dell'impiego pubblico privatizzato, sfruttando la contrattazione integrativa, grazie all'art. 16, co. 4 e 5, del d.l. 98/11: che ha consentito di dirottare le risorse, derivanti da economie aggiuntive di spesa delle amministrazioni, in precedenza destinate alle progressioni, su forme di retribuzione escluse dal blocco, nell'ambito della predisposizione di piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa, di riordino e ristrutturazione amministrativa, di semplificazione e digitalizzazione, di riduzione dei costi della politica e di funzionamento⁷⁵.

A conti fatti, specie a seguito degli interventi normativi e giurisprudenziali (esonerativi o compensativi, parzialmente o totalmente, del blocco) sovrapposti all'art. 9 del d.l. 78/10, inderogabilmente e integralmente soggette al blocco stipendiale sono, pertanto, rimaste solo alcune determinate figure di personale, con il conseguente vacillare del carattere della *generalità* di tale tipologia di misura di contenimento finanziario nell'ambito del pubblico impiego.

negoziale, che ne abbia acquisita una superiore nel 2013 in virtù dell'anzianità economica attribuita nel medesimo anno; e che non siano adottati i provvedimenti di recupero dei pagamenti già effettuati a partire dal 2013 in esecuzione dell'acquisizione di una nuova classe stipendiale. Cfr. COCCONI, *La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego*, in *GDA*, 2014, p. 679.

⁷⁴ Nelle more della conclusione di tale sessione negoziale, per il personale interessato non si provvede al recupero delle somme già corrisposte negli anni scolastici indicati. In attuazione della norma, v. ccnl 7 agosto 2014.

⁷⁵ In relazione a questi piani, le economie aggiuntive effettivamente realizzate, rispetto a quelle già previste dalla normativa vigente ai fini del miglioramento dei saldi di finanza pubblica, possono essere utilizzate annualmente, nell'importo massimo del 50%, per la contrattazione integrativa, di cui il 50% destinato alla erogazione dei premi dell'art. 19 del d.lgs. 150/09.

Cfr. RUSSO, *Quale futuro per le relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 84 ss.; ID., *Le discese ardite e le risalite*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, 2014.

Key words

Pubblico impiego, retribuzione, contenimento della spesa pubblica, magistrati, docenti universitari, disparità di trattamento.

Civil servants, remuneration, spending review, judges, academics, unequal treatment.

Tribunal Constitucional, 16 luglio 2014, sent. n. 119, **Pres.** D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; **Rel.:** D. Andrés Ollero Tassara. Ricorso n. 5603-2012, promosso dal Parlamento di Navarra, per accertare la legittimità costituzionale della legge 6 luglio 2012, n. 3 (Misure urgenti di riforma del mercato del lavoro)

La Corte Costituzionale dichiara che le disposizioni impugnate della legge 3/2012, rispettano i diritti di uguaglianza, di tutela giurisdizionale effettiva, al lavoro e alla contrattazione collettiva. Allo stesso modo, proclama anche la costituzionalità delle disposizioni che disciplinano il contratto di lavoro a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori e che riformano il sistema di contrattazione collettiva (Relazione di minoranza).

Tribunal Constitucional, 22 gennaio 2015, sent. n. 8. **Pres.** D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; **Rel.** Dña. Encarnación Roca Trías. Ricorso n. 5610-2012, promosso da centoquattro Deputati del Gruppo Parlamentare Socialista ed undici del Gruppo Parlamentare “Izquierda Plural” [“Izquierda Unida” (IU), “Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa” (ICV-EUiA) e “Chunta Aragonesista” (CHA)] del Congresso dei Deputati, contro gli artt. 4.3, 12.1, 14.1 e 2, 18.3 e 8, 23.1, nonché contro la terza disposizione addizionale e la disposizione 4.2 finale l. 6 luglio 2012 n. 3 recante misure urgenti di riforma del mercato del lavoro per violazione degli artt. 14, 23.2, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 e 103.3, della Costituzione*.

La legge 3/2012 non viola i diritti: di uguaglianza, di libertà sindacale, di tutela

* Il testo delle due pronunce è rinvenibile sul sito dell'editore, all'indirizzo <http://www.editorialescientifica.com>.

giurisdizionale effettiva, alla contrattazione collettiva e all'accesso alle funzioni pubbliche in condizioni di parità. La Corte afferma la costituzionalità delle disposizioni in materia di: contratto di lavoro a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori, modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, contrattazione collettiva, risoluzione dei contratti di lavoro, procedure di licenziamento; applicazione della sospensione del contratto o della riduzione della giornata di lavoro per ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive, o derivanti da cause di forza maggiore nel settore pubblico; e annullamento delle clausole dei contratti collettivi che prevedano la risoluzione dei rapporti di lavoro per raggiungimento dell'età pensionabile. Relazione di minoranza.

★ ★ ★

Maria Teresa Díaz Aznarte*

Quando la crisi economica diventa argomento giuridico**

Sommario: **1.** Dubbi sulla costituzionalità della legge 3/2012 recante misure urgenti di riforma del mercato del lavoro: uno sguardo d'insieme. **2.** Gli istituti giuridici soggetti a dibattito costituzionale. La direzione politico-giuridica della riforma. **3.** Come l'economia prevale sul diritto. Analisi della Relazione di minoranza (*Voto particular*) formulato in entrambe le sentenze. **4.** Considerazioni finali.

1. Dubbi sulla costituzionalità della legge 3/2012 recante misure urgenti di riforma del mercato del lavoro: uno sguardo d'insieme

Il diritto del lavoro sta vivendo in Spagna, in questi ultimi anni e in particolare dal 2012, una profonda trasformazione che ha interessato in maniera incisiva istituti fondamentali del modello spagnolo di relazioni sindacali¹. Pro-

* Professoressa Titular di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Università di Granada.

** La traduzione dallo spagnolo è stata curata dalla dott.ssa Emanuela Carifi e da Marco Esposito.

¹ Al momento della pubblicazione della l. 3/2012 il tasso di disoccupazione in Spagna si situava intorno al 26,02%. Attualmente, è sceso fino al 23,4% (dati dell' "Instituto Nacional de Estadística").

mulgata in un contesto di intensa crisi economica, caratterizzato da un altissimo tasso di disoccupazione, la legge 6 luglio 2012, n. 3 recante misure urgenti di riforma del mercato del lavoro, è stata oggetto di due ricorsi per incostituzionalità². Uno presentato dalla “Comunidad Foral de Navarra” ed un secondo, sollevato da un gruppo di oltre cinquanta deputati membri del Gruppo Parlamentare Socialista e del Gruppo Parlamentare di *Izquierda Plural*. La Corte costituzionale ha dichiarato ricevibili entrambi i ricorsi il 30 ottobre 2012, decidendoli con le sentenze 119/2014 del 16 luglio³ e 8/2015 del 22 gennaio⁴. La lettura congiunta delle due pronunce ci permette un’accurata analisi dei principali nodi critici della riforma del lavoro approvata in Spagna⁵.

Quali sono stati gli aspetti più controversi della riforma? In base a quali argomenti si è profilata l’incostituzionalità di specifiche disposizioni della l. 3/12?

Per rispondere a tali quesiti il commento che segue analizzerà congiuntamente le due pronunce, accomunate sia dalle motivazioni giuridiche, sia dalle argomentazioni contenute nelle relazioni di minoranza formulate dal giudice Fernando Valdés Dal Ré.

² Dobbiamo riconoscere che prima dei ricorsi oggetto del commento, il “Tribunal Constitucional” ha avuto la possibilità di esprimersi sulla legittimità costituzionale del “Real Decreto-ley” 3/2012 (che ha preceduto la l. 3/2012), attraverso l’“Auto” 43/2014, del 12 febbraio 2014, con cui non ammette la questione di incostituzionalità 3801-2013, presentata dal “Juzgado de lo Social” num. 34 di Madrid in relazione a diversi precetti del “Real Decreto-ley” 3/2012, del 10 febbraio, di misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro. Anche in questo caso la decisione del “Pleno del Tribunal Constitucional” ha potuto contare sulla relazione di minoranza formulata da Fernando Valdés Dal-Re e sottoscritta da altri due magistrati.

³ Bollettino Ufficiale di Stato, n. 198 del 15 agosto 2014.

⁴ Pubblicata nel Bollettino Ufficiale di Stato, n. 47 del 24 febbraio del 2015.

⁵ La l. 3/2012 rientra nell’ambito di un processo di riforma iniziato durante la legislatura del “Partido Socialista” (2008/2011) a seguito della situazione di crisi economica e di elevato tasso di disoccupazione: la prima espressione normativa è stata costituita dalla l. 17 settembre 2010 n. 35, per la riforma urgente del mercato del lavoro, alla quale seguirono vari testi legislativi nel 2011: RDL 7/2011 di misure urgenti per la riforma della contrattazione collettiva, RDL 801/2011 mediante il quale si approva il “Reglamento de los Expedientes de Regulación de Empleo y traslados colectivos” e RDL 10/2011 di misure urgenti per la promozione del lavoro per i giovani. Il “Partido Popular” che ha iniziato la sua legislatura il 21 novembre 2011 ottiene la maggioranza assoluta al potere e prende il testimone della riforma del lavoro introducendo modifiche qualitativamente rilevanti nel testo dell’EdT, prescindendo dal passaggio logico del dialogo con le parti sociali.

2. *Gli istituti giuridici soggetti a dibattito costituzionale. La direzione politico-giuridica della riforma*

Gli istituti di diritto del lavoro modificati dalla l. 3/2012 e sottoposti al controllo di legittimità costituzionale sono stati i seguenti:

a) *Il periodo di prova di un anno nel contratto a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori*⁶. Una tale previsione raddoppia la durata massima prevista dall'art. 14 dello *Estatuto de los Trabajadores* (in seguito, EdT) e, oltretutto, non prevede nessuna differenza tra i lavoratori con diverse qualifiche. La l. 3/2012 ha previsto tale periodo come clausola essenziale e non negoziabile in questo tipo di contratto. Ne consegue che il datore può risolvere il contratto di lavoro durante la prova senza che il lavoratore abbia diritto a percepire alcun indennizzo, ovvero possa impugnare la decisione imprenditoriale ricorrendo al giudice. Prevista come misura di promozione dell'occupazione, si pone in discussione la sistemazione costituzionale di una disposizione di tale calibro in relazione al contenuto e alla portata del diritto al lavoro sancito all'art. 35 della Costituzione spagnola (CE) e alla sua compatibilità con gli impegni internazionali e comunitari che vincolano la Spagna in materia di licenziamento⁷.

La Corte costituzionale osserva che il diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 35.1 CE non è assoluto né incondizionato, ma può essere soggetto a restrizioni ragionevoli. Sostiene poi che il periodo di prova di un anno rappresenta una misura che, nel contesto economico in cui è inserita e in quanto legata a determinate soglie di disoccupazione⁸, si rivela ragionevole, risultando proporzionato il presunto sacrificio alla stabilità lavorativa con i benefici che arreca all'interesse, individuale e collettivo, alla promo-

⁶ Mediante questo contratto, si intende promuovere la contrattazione a tempo indeterminato (*full-time o part-time*) per le imprese con meno di 50 dipendenti, accompagnata da incentivi fiscali e agevolazioni previdenziali.

⁷ La protezione dei lavoratori contro il licenziamento ingiusto, è contenuta nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2000). Inoltre, la Carta Sociale Europea (Torino, 1961), sancisce il diritto alla protezione in caso di licenziamento all'art. 24. Infine, la Convenzione n. 158 dell'OIL (1982) sulla cessazione del rapporto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro, sottolinea la natura causale del licenziamento.

⁸ L'introduzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori è condizionata all'esistenza di un tasso di disoccupazione nazionale pari o superiore al 15%.

zione e creazione di occupazione stabile. “Pertanto (...) si deve concludere che si tratta di una disposizione che non viola l’art. 35.1 CE”.

b) *La riforma qualitativa del sistema giuridico della contrattazione collettiva*. Indubbiamente, questo è stato uno dei punti centrali del dibattito in quanto la l. 3/2012 ha colpito, più che significativamente l’efficacia giuridica degli accordi collettivi, denominata dall’art. 37.1 della Costituzione spagnola, “efficacia obbligatoria” (*fuerza vinculante*):

– in primo luogo, perché ha inciso su ragioni e procedure d’impresa che consentono di derogare ai vigenti contratti collettivi statutari ovvero ad efficacia normativa generale⁹. Ci riferiamo all’istituto conosciuto come “descuelgue” (disapplicazione) aziendale, in base al quale, in presenza di ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive, l’impresa, in accordo con i rappresentanti dei lavoratori aventi diritto a negoziare un contratto collettivo – come previsto dall’articolo 87.1 – e, trascorso un periodo di consultazione (...), disapplicare le clausole negoziali previste dal contratto collettivo applicabile, sia questo di categoria o aziendale, sulle seguenti materie: giornata di lavoro; orario e distribuzione del tempo di lavoro; regime di lavoro a turni; trattamento retributivo; organizzazione del lavoro e produttività; mansioni, superando i limiti alla mobilità professionale di cui all’articolo 39 EdT; forme di previdenza volontarie. Il nuovo art. 82.3 EdT prevede che, in questi casi, in assenza di un accordo con la rappresentanza dei lavoratori, la situazione possa essere sbloccata tramite arbitrato obbligatorio, che viene affidato alla “Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”¹⁰. Quest’ultima disposizione solleva seri dubbi di costituzionalità, giacché la sottomissione con carattere obbligatorio e su iniziativa di una sola delle parti ad una decisione della citata Comisión, evoca istituti che si pensavano ormai banditi dall’ordinamento giuridico spagnolo. Dobbiamo infatti ricordare che l’arbitrato obbligatorio trova posto nell’ordinamento spagnolo solo in circostanze eccezionali, per ragioni di tutela degli interessi generali (Corte cost. 8 maggio 1981 n. 11).

⁹ Alludendo in questo caso ai contratti collettivi statutari o ad efficacia generale che si negoziano in conformità a quanto stabilito nel terzo Titolo dell’EdT, in cui all’art. 82.3 si prevede che essi “vincolano tutti gli imprenditori e i lavoratori compresi nel loro ambito di applicazione e per tutta la durata della loro vigenza”.

¹⁰ Organo collegiale, tripartito, nel quale sono rappresentate l’Amministrazione Generale dello Stato, le Organizzazioni Sindacali e le Associazioni Imprenditoriali più rappresentative.

- In secondo luogo, perché ha riconosciuto agli accordi collettivi aziendali la priorità assoluta rispetto a quelli di livello più elevato in relazione a determinate materie¹¹ (art. 84.2 EdT), estremizzando quel processo di decentramento che marginalizza il ruolo dei contratti collettivi statali, regionali e provinciali. Si è effettivamente prodotta una disgregazione del modello spagnolo di contrattazione collettiva, in una realtà imprenditoriale i cui dati parlano da soli (il 99,8% delle organizzazioni produttive hanno meno di 50 dipendenti, e il 95,7% sono microimprese, cioè con meno di 9 dipendenti)¹². In questo contesto, l'importanza della contrattazione collettiva sovra-aziendale è innegabile¹³. Tenuto conto di questa realtà, la l. 3/2012 ha riconosciuto prevalenza assoluta agli accordi aziendali in caso di concorrenza con altri di livello superiore, giungendo persino a vietare che accordi settoriali o di categoria possano contenere patti contrari. Per quanto riguarda l'eventuale frattura rispetto al modello costituzionale dei rapporti di lavoro, la Corte costituzionale dichiara che la Costituzione spagnola non contiene un "modello chiuso di contrattazione collettiva", ma si limita a sancire all'art. 37.1 tale diritto, indicando quali sono i soggetti titolari (rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro) e riconoscendo ai contratti collettivi efficacia obbligatoria. Sulla base di questa idea, la Corte sostiene che il legislatore dispone di "un ampio margine discrezionale nell'articolazione del diritto alla contrattazione collettiva, sebbene non si tratti di una discrezionalità assoluta". Infatti secondo la Corte costituzionale "non esiste un modello costituzionale predeterminato di contrattazione collettiva" per cui può risultare costituzionalmente legittima un'opzione legislativa che si schieri "tanto per la

¹¹ Le materie colpite sono: l'ammontare dello stipendio base e supplementi salariali, compresi quelli relativi alla situazione ed ai risultati dell'impresa; il pagamento o compenso per il lavoro straordinario e la remunerazione specifica del lavoro a turni; l'orario e la distribuzione del tempo di lavoro; il regime di lavoro a turni e la pianificazione annuale delle ferie; l'adattamento all'impresa del sistema di classificazione professionale dei lavoratori; l'adeguamento degli aspetti riguardanti le procedure di contrattazione attribuite dalla presente legge agli accordi d'impresa; e le misure per favorire la riconciliazione dei tempi di lavoro, famiglia e vita personale.

¹² *Ritratto delle PYME 2014*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, p. 1.

¹³ Le statistiche ufficiali sulla struttura della contrattazione collettiva spagnola mostravano la prevalenza del contratto collettivo provinciale nella maggior parte dei settori economici.

priorità del contratto collettivo settoriale o sovra-aziendale, quanto per la preferenza del contratto collettivo aziendale, trattandosi in entrambi i casi del risultato di una contrattazione collettiva tra soggetti legittimati in tal senso”. In definitiva, “il decentramento della contrattazione collettiva è un obiettivo che il legislatore può legittimamente affermare, sulla base di considerazioni di politica sociale ed economica che ritiene opportune”.

c) *Il nuovo regolamento di modifica sostanziale delle condizioni di lavoro di natura collettiva ex. art. 41 EdT*; disposizione che, a seguito della riforma, consente al datore di lavoro, dopo lo svolgimento delle consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori – conclusosi senza pervenire ad un accordo – di modificare unilateralmente le condizioni di lavoro previste da “contratti collettivi o accordi”, riferendosi ai cosiddetti contratti collettivi extra-statutari ovvero a efficacia limitata. In Spagna risulta pacifica e pienamente accettata da dottrina e giurisprudenza l’esistenza di due tipi di contratti collettivi, in base alla loro efficacia: i contratti collettivi statutari, con efficacia generale o normativa (regolati nel Titolo III EdT) e i contratti collettivi extra-statutari, con efficacia limitata (contemplati dall’art. 37.1 della Costituzione spagnola, e vincolanti solo i soggetti negozianti e i loro rappresentati). La l. 3/2012 mette in discussione la vincolatività degli accordi extra-statutari, consentendo alla direzione dell’impresa, per ragioni economiche, organizzative, tecniche o produttive, la modifica unilaterale delle condizioni di lavoro contenute in tali accordi. Per quanto riguarda questo aspetto, la Corte costituzionale osserva che si tratta di una politica volta a incoraggiare la flessibilità interna delle imprese come alternativa alla perdita di posti di lavoro, cercando di adattare l’organizzazione produttiva alla mutevole situazione economica. Da questo punto di vista, questa disposizione “serve a fini costituzionalmente legittimi, come garantire il diritto al lavoro dei cittadini (art. 35.1 CE), con l’adozione di una politica che mira al conseguimento di una piena occupazione (art. 40.1 CE), così come la libertà di impresa e la difesa della produttività (art. 38 CE). Di conseguenza, “la limitazione del diritto di contrattazione collettiva mediante l’attribuzione del diritto di modificare le condizioni di lavoro concordate extra-statutariamente, si giustifica nel perseguimento degli scopi sanciti dalla Costituzione”.

d) *I nuovi profili delle ragioni* (economiche, tecniche, organizzative o

produttive¹⁴) di licenziamento collettivo racchiuse nell'art. 51 EdT¹⁵. La l. 3/2012 abolisce l'obbligo imprenditoriale di dimostrare il verificarsi di una causa estintiva e di giustificare la ragionevolezza del licenziamento, concedendo maggiore spazio discrezionale all'impresa. In altre parole, non è più necessario che il datore di lavoro giustifichi la ragionevolezza della misura, che prima della riforma del 2012 doveva essere volta a prevenire una situazione negativa per l'impresa o a migliorarne l'organizzazione delle risorse per favorire la propria posizione competitiva sul mercato. A causa di questa previsione i tribunali spagnoli realizzavano "giudizi di opportunità relativi alla gestione dell'impresa. Ora è chiaro che il controllo giurisdizionale di questi licenziamenti dovrebbe limitarsi ad accertare la sussistenza fattuale delle cause"¹⁶. Per la Corte costituzionale la nuova formulazione dell'art. 51 non ridisegna le cause estintive, né introduce una maggiore discrezionalità imprenditoriale, ma "sopprime gli spazi di incertezza nell'interpretazione e nell'applicazione di regole generate da alcune disposizioni di legge, tanto aperte nel loro contenuto quanto astratte nei loro obiettivi da arrivare, a volte, a generare l'esigenza di una prova diabolica".

e) *La soppressione dei salarios de tramitación*¹⁷ nel caso in cui il datore di lavoro, a seguito della pronuncia giudiziale di invalidità del licenziamento,

¹⁴ Art. 51.1 EdT. "Si ritiene concorrono ragioni economiche, quando dai risultati dell'impresa derivi una situazione economica negativa, come nei casi in cui vi siano perdite effettivamente subite o previste, o di calo persistente nei normali livelli di entrate o di vendite. In ogni caso, si ritiene che il calo è persistente se per tre trimestri consecutivi il livello di entrate o di vendite è per ogni trimestre inferiore rispetto a quello registrato nello stesso trimestre dell'anno precedente.

Resta inteso che concorrono ragioni tecniche in caso di cambiamenti, tra l'altro, nel campo dei mezzi o strumenti di produzione; ragioni organizzative invece quando si verificano cambiamenti, tra l'altro, nell'ambito dei sistemi e metodi di lavoro del personale o nel modo di organizzare la produzione e ragioni produttive in caso di cambiamenti, tra gli altri, della domanda di prodotti o servizi che l'impresa intenda immettere sul mercato".

¹⁵ Cause che per rinvio legale risultano ugualmente applicabili alla figura di estinzione del contratto di lavoro per cause oggettive, art. 52 c) EdT.

¹⁶ Così nitidamente espresso nella Relazione di accompagnamento alla l. 3/2012.

¹⁷ [NdT] Letteralmente "retribuzioni processuali o procedurali" ma, meglio, si potrebbe anche tradurre con "indennità risarcitorie per la durata del processo"; si tratta, infatti, delle somme riconosciute al lavoratore dal licenziamento sino alla sentenza che ne accerta l'invalidità; un vero e proprio indennizzo con finalità risarcitoria che, prima della riforma del 2012, spettava in ogni caso al lavoratore quando fosse stato giudizialmente accertata l'invalidità del licenziamento, in aggiunta all'ulteriore risarcimento ovvero alla riassunzione.

opti per pagare l'indennizzo al lavoratore piuttosto che riassumerlo (riformati gli artt. 56.1 EdT e 110.1, l. 10 ottobre 2011 n. 36, di disciplina del processo del lavoro e della sicurezza sociale). Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la qualificazione giudiziale del licenziamento come ingiusto comporta in capo all'imprenditore il diritto di opzione, entro cinque giorni, tra la riassunzione del lavoratore o la risoluzione del rapporto contrattuale, attraverso il pagamento di un'apposita indennità. Prima della riforma del 2012, sia nel caso di riassunzione che in quello di risoluzione del contratto con diritto al risarcimento, il datore di lavoro doveva pagare al lavoratore i cosiddetti "*salarios de tramitación*". Dopo la riforma, quando il datore di lavoro decide di risolvere il contratto con il pagamento della corrispondente indennità (33 giorni di stipendio per ogni anno di servizio fino ad un massimo di 24 mensilità), il lavoratore non avrà diritto a percepire i salari maturati tra la data della comunicazione del licenziamento e quella di notifica della sentenza. I "*salarios de tramitación*" si limitano pertanto ai soli casi in cui la direzione dell'impresa abbia scelto di riassumere il lavoratore¹⁸. La Corte costituzionale sostiene che anche in questo caso è rimessa al legislatore la scelta di graduare l'applicazione dell'istituto dei "*salarios de tramitación*", decisione che "nel contesto in cui è inserita, ha una giustificazione che non può essere criticata come arbitraria o irragionevole".

f) *L'esclusione delle Pubbliche Amministrazioni dall'applicazione delle misure di flessibilità interna (sospensione del contratto o riduzione della giornata lavorativa)*. La terza Disposizione Addizionale della l. 3/2012 ha aggiunto all'Estatuto de los Trabajadores la ventunesima Disposizione Addizionale, con la quale si esclude, salvo casi eccezionali, l'applicazione dell'art. 47 EdT nella Pubblica Amministrazione e negli enti di diritto pubblico. Ciò presuppone il divieto di ricorrere alla sospensione del contratto di lavoro come misura temporanea e meno traumatica di fronte al verificarsi di cause economiche, tecniche, organizzative o produttive. L'unica soluzione in questi casi dovrà essere l'estinzione dei contratti. Proseguendo nella stessa linea di ragionamento, la Corte costituzionale ritiene che l'esclusione dell'art. 47 EdT non viola la Costituzione spagnola, perché non pregiudica

¹⁸ Occorre tener presente che in base al presupposto per cui il licenziamento colpisce i rappresentanti legali dei lavoratori, spetterà loro e non all'imprenditore il diritto di optare tra la riassunzione o l'estinzione del contratto con relativo indennizzo.

il diritto di accesso, conservazione e l'esercizio in condizioni di uguaglianza di funzioni e cariche pubbliche, riconosciuto nell'art. 23.2 CE, e nemmeno la riserva di legge in materia di funzione pubblica prevista ai sensi dell'art. 103.3 CE.

3. *Come l'economia prevale sul diritto. Analisi della Relazione di minoranza (Voto particular) formulata in entrambe le sentenze*

Come qualche autore ha giustamente sottolineato, il Giudice Fernando Valdés Dal Ré, col suo "Voto particular", non si limita a registrare una o più discrepanze rispetto all'opinione maggioritaria, perché in realtà questo può essere considerato come una sentenza alternativa ovvero come una vera e propria "contro-sentenza" (*contrasentencia*)¹⁹. Le motivazioni della relazione di minoranza si fondano sui seguenti argomenti di diritto:

a) Il Giudice di minoranza disapprova decisamente la base giuridica dei due giudizi di costituzionalità in commento, laddove si rimanda con eccessiva enfasi all'art. 38 CE, dimenticando che la Spagna è uno Stato sociale e democratico di diritto e quella spagnola è un'economia "sociale" di mercato. Letteralmente, ha espresso il suo "disaccordo con il canone costituzionale utilizzato dalla sentenza, che ruota di continuo intorno all'idea di salvaguardare la competitività e la redditività imprenditoriale come rimedio per favorire il mantenimento di posti di lavoro" ritenendo inaccettabile che i diritti fondamentali dei lavoratori e delle loro organizzazioni rappresentative siano interpretati osservando essenzialmente la cosiddetta "costituzione economica"²⁰. Per Valdés Dal Ré «la STC 119/2014 ha introdotto nel ragionamento della dottrina della Corte un nuovo canone di costituzionalità (...). Hanno deciso di elevare allo status di canone costituzionale lo sfavorevole scenario economico che la Spagna e, individualmente, i suoi abitanti, hanno sofferto per anni (...). Questo è un canone preoccupante, con conseguenze imprevedibili per la vigenza

¹⁹ SENRA BIEDMA R., *El Derecho del Trabajo de la crisis y la crisis del Derecho del Trabajo*, in *Revista IUSLabor*, 2014, n. 3, p. 1.

²⁰ E ciò perché il diritto alla libertà d'impresa proclamata nell'art. 38 CE "non è incondizionato e assoluto, ma limitato dalla normativa che i pubblici poteri possono prevedere per le distinte attività imprenditoriali in concreto, rispettando in ogni caso il contenuto essenziale del diritto" (SSTC 53/2014, 18/2011, del 3 marzo, 135/2012, del 19 giugno).

nell'ordinamento in questione di clausole sociali». Appare condivisibile l'opinione di Valdés Dal Ré quando afferma con forza che «il confine ai limiti dei diritti costituzionali deve, quindi, essere unico e uniforme, al di là e indipendentemente dal contesto economico (...) Certo, il contenuto accessorio o non essenziale di questi diritti può tenere conto del contesto economico. Però non si può ammettere la stessa duttilità per il contenuto essenziale, che, per sua stessa configurazione, deve essere fornito di una stabilità al riparo dai condizionamenti della situazione, non solo politica, ma anche economica» (Voto particular alla STC 8/2015 del 22 gennaio)²¹. Su questa stessa linea di ragionamento, nel “Voto particular” si manifesta una profonda preoccupazione per il fatto che la maggior parte dei giudici della Corte costituzionale in composizione plenaria, per dichiararsi a favore della riforma operata con la l. 3/2012, ricorrono insistentemente all'idea che i diritti costituzionali coinvolti sono diritti di “configurazione legale” (in particolare per quanto riguarda il diritto al lavoro, art. 35 CE, e il diritto alla contrattazione collettiva, art. 37.1 CE). Sembra che ciò equivalga ad avere “carta bianca” per modificare senza limiti gli istituti giuridici del lavoro, perdendo di vista un fattore importante: i diritti costituzionali si compongono di un contenuto essenziale, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare, come non ha fatto, invece, con la riforma in questione.

b) Lo stesso Giudice sottolinea la necessità di affrontare in primo luogo le domande di incostituzionalità relative all'art. 37.1 CE, data la centralità del diritto alla contrattazione collettiva per la costruzione di un sistema democratico dei rapporti di lavoro. Riconosce che in effetti la Costituzione spagnola non contiene un modello di contrattazione collettiva chiuso. Tuttavia, questo non significa che il legislatore goda di piena libertà nello sviluppo di questo diritto, giacché l'art. 37.1 CE risponde a un “modello di promozione della contrattazione collettiva” tale che il le-

²¹ Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, in risposta alle questioni presentate dalle due organizzazioni sindacali spagnole maggiormente rappresentative CCOO e UGT per valutare la violazione da parte della l. 3/2012 della Carta Sociale Europea, dichiara: “il Comitato ritiene che le misure che intendono consolidare le finanze pubbliche, assicurare la sostenibilità dei regimi pensionistici o incentivare l'occupazione potranno ritenersi legittime in periodi di crisi economica, però non devono tradursi in una riduzione dei diritti riconosciuti nella Carta”. *European Social Charter. European Committee of Social Rights Conclusions XX-3 (2014) (SPAIN)*, gennaio 2015, p. 23 e ss. della versione inglese.

gislatore è obbligato ad “adottare e far funzionare quelle misure che incoraggino l’attività di contrattazione collettiva”. Per quanto riguarda il regime giuridico chiamato *descuelgue empresarial*, nella relazione di minoranza si effettua un’analisi accurata dell’istituto, così come risulta dopo le modifiche introdotte all’art. 82.3 EdT ad opera della l. 3/2012: come accennato, quando l’impresa intende disapplicare alcune clausole normative di un contratto collettivo statutario applicabile, vi sarà l’obbligo di aprire un periodo di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori. Ora, se questo si concluderà senza un accordo, “una qualsiasi delle parti” – evidentemente quest’iniziativa sarà sempre imprenditoriale, per cui l’espressione non è che un eufemismo – ha il diritto di sottoporre la controversia ad un soggetto terzo, individuato nella Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Questo implica un ritorno alla figura del lodo arbitrale obbligatorio²², sì da potersi affermare l’incostituzionalità dell’art. 82.3 EdT per violazione dell’art. 37.1 CE. Il giudice Valdes dal Re critica la posizione della maggioranza della Corte costituzionale, evidenziando che il “*descuelgue*” imprenditoriale, rispetto alle condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo applicabile, non sia giuridicamente configurabile quale alternativa alle misure di flessibilità esterna (cioè la risoluzione del contratto). Al contrario, la riforma consente l’utilizzo di misure di flessibilità interna ed esterna, successive o contemporanee. Dunque è inammissibile, in una prospettiva costituzionale, «che la scelta, da parte della singola impresa, di quelle misure di competitività e redditività utili a recarle concreti vantaggi economici, possa alla fine erigersi a legittima limitazione all’esercizio dei diritti costituzionali sotto l’apparente rivendicazione della libertà d’impresa». In merito alla priorità assoluta del contratto collettivo aziendale, stabilita all’art. 84.2 EdT nel testo riformato dalla l. 3/2012, la relazione di minoranza articola, poi, la critica più netta, ritenendo che questa modifica legislativa privi le organizzazioni professionali e le associazioni datoriali più rappresentative a livello sopra-aziendale (nazionale, regionale o provinciale) della libertà di pattuire «le regole disciplinanti sia la struttura contrattuale sia la risoluzione del conflitto/concorso tra i contratti collet-

²² La STC 11/1981, ha dichiarato l’incostituzionalità di decisioni vincolanti regolate dall’art. 25 b), del regio decreto-legge 17/1977, che ha permesso questa figura, in alcuni casi di sciopero. E ‘quindi inaccettabile che decenni più tardi si introduca nuovamente un arbitrato vincolante come formula per risolvere i contrasti sorti durante il periodo di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori nel contesto del “*descuelgue empresarial*”.

tivi». Con ciò si starebbe contravvenendo non solo all'art. 37.1 CE, ma anche all'art. 28.1 CE, in ragione del fatto che il diritto alla contrattazione collettiva è espressione della fondamentale libertà sindacale. Anzi la Corte costituzionale rimarca che l'esercizio dei poteri di negoziazione rappresenta il nucleo essenziale della libertà sindacale (STC 73/1984 del 27 giugno) e che qualsiasi attività volta a ostacolare o impedire la contrattazione collettiva può comportare una violazione di tale libertà (CSST 98/1985, del 29 luglio, 39/1986, del 31 marzo, 127/1989 del 13 luglio, 135/1994 del 9 maggio, 95/1996, del 29 maggio; 80/2000 del 27 maggio, 238/2005, del 26 settembre, tra le altre)²³.

c) Per quanto riguarda la durata del periodo di prova nei contratti a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori, nella relazione di minoranza viene smontata la tesi adottata dalla maggioranza. Per Valdés Dal Ré, il carattere congiunturale di questo contratto «non costituisce in alcun modo un parametro di costituzionalità», perché una cosa è l'opportunità politica altro è la coerenza costituzionale. Neanche il riferimento all'art. 40 CE, che contiene la direttiva rivolta ai pubblici poteri di adottare una politica volta alla piena occupazione, fornisce una solida base su cui fondare un periodo di prova tanto abusivo come quello oggetto di valutazione. Non è più possibile accettare che «in un'economia sociale di mercato le politiche per la creazione di posti di lavoro debbano essere articolate, meccanicamente, attraverso misure restrittive di una delle prime garanzie che deve riconoscersi in uno Stato sociale e democratico di diritto ai lavoratori: il principio di causalità nell'estinzione del contratto di lavoro per volontà del datore di lavoro». Inoltre, anche ammettendo l'ipotesi principale, vale a dire che il contratto a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori possa davvero influenzare la creazione di posti di lavoro, si deve tener presente che questo non ha nulla a che vedere con il

²³ La relazione finale del Consiglio di amministrazione dell'OIL (13-17 marzo 2014), in risposta alle lamentele di diversi sindacati spagnoli, afferma quanto segue: «il Comitato della libertà sindacale rileva che l'elaborazione di procedure che favoriscono sistematicamente la negoziazione decentrata di disposizioni derogatorie meno favorevoli delle disposizioni di livello superiore, può destabilizzare nel complesso i meccanismi di contrattazione collettiva così anche le organizzazioni di datori di lavoro e di lavoratori e mina la libertà sindacale e la contrattazione collettiva in violazione dei diritti sanciti nelle Convenzioni nn. 87 e 98. A giudizio del Comitato la questione se le gravi difficoltà economiche delle imprese possano richiedere in determinati casi la modifica dei contratti collettivi, deve essere affrontata e, potendo essere trattata con modalità differenti, queste dovrebbero entrare concretamente a far parte del dialogo sociale».

ruolo che il periodo di prova è chiamato a svolgere e che, come sappiamo, consiste nella valutazione datoriale delle competenze professionali dei lavoratori nei luoghi di lavoro. Né il fatto che l'uso di tale contratto sia limitato alle imprese che occupano meno di 50 dipendenti aiuta a rafforzare il giudizio di ragionevolezza di questa misura, tenendo conto, come il giudice dissenziente sottolinea, che tali organizzazioni produttive rappresentano il 99.23% del tessuto imprenditoriale spagnolo. In breve, se pesiamo i pro e i contra di questa previsione normativa, il risultato sarebbe: per il datore di lavoro un beneficio evidente, dal momento che si risparmia l'indennizzo che dovrebbe corrispondere al lavoratore licenziato una volta superato il periodo di prova previsto all'art. 14 EdT; per il lavoratore un danno non solo di natura economica (ovvero la perdita dell'eventuale indennizzo) ma anche, e più importante, la privazione della garanzia della risoluzione del suo contratto per giusta causa.

d) Riguardo al nuovo regolamento di modifica sostanziale delle condizioni di lavoro di fonte collettiva previsto dall'art. 41 EdT, il giudice Valdés Dal Ré non concorda con la qualificazione di tale misura come appropriata, necessaria e proporzionata. Anche in questo caso, l'argomento principale espresso dalla maggioranza della Corte costituzionale riconduce l'idoneità della riforma al fatto che con essa si persegue l'obiettivo di evitare la perdita di posti di lavoro. L'alternativa è quindi, almeno formalmente, più che convincente: permettendo al datore di lavoro la modifica unilaterale delle condizioni contenute nei contratti collettivi o accordi ad efficacia limitata (accordi extra-statutari) si inclina la bilancia verso misure di flessibilità interna, preferibili – data la situazione economica attuale – alla sempre traumatica flessibilità esterna o alla risoluzione dei contratti di lavoro. Tuttavia, questo ragionamento è discutibile, dal momento che il legislatore ha lasciato tutte le porte aperte all'imprenditore: il ricorso alla modifica sostanziale delle condizioni di lavoro non condiziona affatto l'uso di altre misure di flessibilità interna ed esterna previste dall'ordinamento giuridico spagnolo. Pertanto, tutto ciò che è stato fatto è «aver messo a disposizione dell'imprenditore un meccanismo di adattamento delle condizioni di lavoro». Con questa misura, secondo Valdés Dal Ré, si viola l'art. 37.1 CE, che riconosce agli accordi tra datori di lavoro e lavoratori, adottati per il tramite dei loro rappresentanti, efficacia obbligatoria²⁴.

²⁴ La garanzia costituzionale dell'efficacia vincolante degli accordi o contratti collettivi

Alla luce di queste considerazioni, il giudice ritiene che la normativa prevista dall'art. 41 EdT dopo la riforma operata dalla l. 3/2012, è «in-controvertibilmente incostituzionale»; ciò non solo perché viola l'art. 37.1 CE, ma anche perché minaccia l'art. 28.1 CE, giacché il diritto alla contrattazione collettiva è parte del contenuto essenziale del diritto fondamentale alla libertà sindacale²⁵.

e) Secondo l'estensore del “*Voto particular*”, nemmeno la modifica dell'art. 51.1 EdT – disposizione che definisce le giustificazioni per procedere al licenziamento collettivo (ragioni economiche, tecniche, organizzative o produttive) – supera il vaglio di costituzionalità. Dal suo punto di vista, la definizione di tali cause giustificative “era già di per sé estremamente flessibile”. Pertanto, costituiva una garanzia importante per i lavoratori il fatto che il legislatore obbligasse il datore di lavoro a giustificare la ragionevolezza della misura. A seguito dell'entrata in vigore della l. 3/2012, il datore di lavoro “non è tenuto a provare altro che la sussistenza del fatto, prescindendosi da ogni obbligo di provare un nesso di causalità tra i risultati economici e la ragionevolezza del recesso, nei termini di una conservazione o di una promozione della propria competitività sul mercato”, così ponendo le basi per un “automatismo delle cause estintive”. Con ciò viene violato il contenuto essenziale del diritto al lavoro nella sua dimensione individuale, sancito nell'art. 35 CE; e si violano anche gli impegni internazionali assunti dalla Spagna, tra i quali spicca la Convenzione n. 158 OIL, il cui art. 9.1 stabilisce che gli organi giurisdizionali innanzi ai quali il lavoratore potrebbe impugnare il suo licenziamento devono avere la facoltà non solo “di esaminare le ragioni addotte alla cessazione del rapporto di lavoro”, ma anche “di decidere se la risoluzione fosse giustificata”.

f) La nuova regolamentazione dei “*salarios de tramitación*” prevista dalla

ad efficacia limitata è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale in numerose sentenze: SSTC 121/2011, del 4 giugno, che reitera la dottrina contenuta nelle SSTC 73/1984, dell'11 luglio; 98/1985, del 29 settembre; 57/1989, del 16 marzo; 108/1989, dell'8 giugno).

²⁵ Si rinvia ancora alle Conclusioni del Comitato europeo dei diritti sociali di gennaio 2015, dove – analizzato il vigente art. 41 EdT e constatato che la mancanza di un accordo durante il periodo di consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori non toglie all'imprenditore la possibilità di applicare modifiche unilaterali – si rimarca come “la legittimazione della deroga unilaterale dei contratti collettivi liberamente negoziati viola l'obbligo di promuovere procedimenti di negoziazione, non risultando conforme all' art. 6.2 della Carta Sociale Europea” (p. 26, versione inglese).

l. 3/2012, a giudizio di Valdés Dal Ré viola anche il diritto al lavoro sancito dall'art. 35.1 CE; questo non solo perché “si priva il lavoratore di una protezione effettiva ed efficace contro il licenziamento illegittimo”, ma anche perché si incentiva l'opzione di recedere dal contratto, dal momento che – come sopra visto – quelle retribuzioni accompagneranno solo l'opzione della riassunzione. Questa disposizione è assolutamente incompatibile con la finalità, dichiarata dalla stessa riforma, e valorizzata nelle sentenze in commento, di promuovere l'occupazione attraverso le restrizioni introdotte. Così, “si priva l'aspetto individuale del diritto al lavoro della sua sostanza, cioè della prima e fondamentale conseguenza legata a un licenziamento senza giusta causa e sufficiente consistenza, vale a dire la ricostruzione obbligatoria del rapporto di lavoro tra la data del recesso e la dichiarazione giudiziale che annulla il recesso”.

g) Neppure l'esclusione della possibilità di ricorrere alla sospensione del contratto di lavoro o ad altri strumenti di flessibilità interna, con riferimento al rapporto dei dipendenti pubblici (art. 47 EdT), supera, secondo il giudice Valdés Dal Ré, il giudizio di costituzionalità, risultando violati gli artt. 14 CE (diritto fondamentale all'uguaglianza) e 9.3 CE (divieto di arbitrio dei pubblici poteri). D'altro canto, la Corte si è limitata ad affermare che le motivazioni della disparità di trattamento, rispetto ai lavoratori delle imprese private, non sono state debitamente giustificate nella rimessione della questione²⁶.

4. *Considerazioni finali*

È piuttosto evidente, allora, che la riforma del lavoro spagnola del 2012 si colloca nel solco di ben noti postulati politico-giuridici – pure promossi dalle istituzioni comunitarie – che vedono un ostacolo alla crescita dell'occupazione nell'eccesso di rigidità di alcuni sistemi giuslavoristici; ciò giustifica secondo alcuni – tra questi, purtroppo, anche la Corte

²⁶ Valdés Dal Ré segnala giustamente che “il ricorso alle misure previste dall'art. 47 EdT, molto utilizzate nel lavoro privato, pesa sul sistema di Sicurezza Sociale e sul bilancio pubblico, a partire dal pagamento delle indennità di disoccupazione a carico del Servizio Pubblico di Collocamento Statale (...)”. Escludendo i dipendenti al servizio delle Amministrazioni Pubbliche da questa possibilità, si è voluto “contenere il possibile aumento del debito pubblico presupponendosi evidentemente un uso massiccio, nel settore escluso, di queste misure di flessibilità”.

costituzionale spagnola²⁷ – l’ampia serie di misure traumatiche che stanno erodendo il contenuto essenziale dei diritti costituzionali fondamentali; diritti che hanno svolto un ruolo primario nell’edificare il modello democratico dei rapporti di lavoro in Spagna. Si è d’accordo, pertanto, con chi qualifica la riforma come “stato di eccezione normativa in materia di occupazione e lavoro²⁸.” Il legislatore ordinario ha superato non solo i limiti imposti dalla Costituzione, ma ha anche permesso di realizzare l’aggressione alla normativa internazionale ratificata dalla Spagna (Carta sociale europea, Convenzioni OIL ...). Da decenni la legislazione spagnola del lavoro ha sperimentato una serie di riforme di diverso spessore che hanno avuto un denominatore comune: la necessità di flessibilizzare il mercato del lavoro, partendo dal presupposto che il quadro normativo in materia di relazioni di lavoro fosse troppo rigido e, quindi, non in grado di rispondere alle continue sfide presentate dal nostro sistema economico. Il dibattito sulle esigenze del nostro modello di produzione, che ha il fine di raggiungere livelli più elevati di competitività e di rendimento, è noto e riguarda non solo la Spagna, e del resto è stato sollevato da istanze comunitarie a partire dagli anni ‘90. Ma a nostro modo di vedere la questione di fondo da sollevare riguarda la struttura del sistema produttivo spagnolo: vera responsabile degli effetti devastanti sull’occupazione dei recenti cambiamenti economici. Poiché l’inefficienza del mercato spagnolo del lavoro – indiscutibile, alla luce dei terribili dati esistenti sulla disoccupazione – non trova la sua causa nella legislazione del lavoro, ma nei problemi di fondo che affliggono il nostro tessuto produttivo.

Oggi però, uno dei principali argomenti utilizzati per influenzare la flessibilità del quadro dei rapporti di lavoro rimane il suo legame con il tasso di disoccupazione. L’assioma sopravvive fino ai giorni nostri: la rigidità della legislazione lavoristica provoca un aumento del numero di disoccupati e non permette di porre rimedio a questa situazione. Così la flessibilità del lavoro diviene il filo conduttore di varie riforme legislative, assumendo un enorme influenza sul piano qualitativo. E di sicuro uno dei

²⁷ Mette in discussione l’infallibilità della Corte costituzionale, MOLINA NAVARRETE, C.: “*Reforma laboral y justicia constitucional*”, in *Revista Estudios Financieros*, 2014, n. 377-378, p. 183 ss.

²⁸ BAYLOS GRAU, *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario*, in *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 9 ss.

principali errori commessi dal legislatore è stato quello di introdurre, contemporaneamente, modifiche legislative che hanno rafforzato la flessibilità nelle tre aree della contrattazione, dell'esecuzione del contratto e dell'estinzione del vincolo contrattuale. Misure che non solo non aiutano, come i fatti dimostrano in maniera nitida, a ridurre il tasso di disoccupazione, ma provocano un'alterazione nell'essenza del modello giuslavoristico, attaccando frontalmente i diritti costituzionali in materia di lavoro.

Ecco perché ci si sente di abbracciare in modo convinto la prospettiva interpretativa espressa dal giudice Valdés Dal Ré. Il quale, nella sua relazione di minoranza, ha messo magistralmente in discussione l'idoneità, la ragionevolezza e la proporzionalità delle "misure urgenti di riforma del mercato del lavoro" introdotte con la l. 3/2012; sebbene questa, alla fine, sia uscita indenne dal giudizio della Corte costituzionale.

Key words

Riforma del lavoro, diritti costituzionali e fondamentali del lavoro, crisi economica, incremento dell'occupazione.

Labor reformation, Core worker's right, Economic crisis, Increase in employment.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sezione del lavoro e della sicurezza sociale) – 14 febbraio 2014 (sent.) – Rel. Marià Eladia Felgueroso Fernández – *Comisiones obreras de Asturias, Corriente Sindical de Izquierdas, UGT, USO vs Tenneco Automotive Iberica SA (TAISA) e Tenneco Innovación SL (TISL)**

Licenziamento collettivo - Impresa multinazionale – Chiusura totale dell’unità produttiva per delocalizzazione – Consultazioni sindacali – Inosservanza, da parte dell’impresa, del dovere di contrattare secondo buona fede (art. 51.2 Estatuto de los Trabajadores (EdT) – Mala fede nella fase consultiva per l’esclusione radicale e di principio di un’alternativa alla delocalizzazione, motivata da ragioni di mera convenienza economica – Nullità del licenziamento.

L’Alta Corte di Giustizia delle Asturie accoglie il ricorso proposto da alcune oo.ss. avente ad oggetto l’impugnazione di un licenziamento collettivo, sul presupposto del carattere fraudolento della fase delle previe consultazioni e, quindi, dell’inesistenza/ineffettività di esse. Di conseguenza il Tribunale dichiara nullo il licenziamento collettivo, in applicazione dell’art. 124.11 della legge sul processo del lavoro (LRJS), con la conseguenza della reintegrazione di tutti i lavoratori licenziati nel posto di lavoro, con il pagamento dei salari loro spettanti dalla data dei licenziamenti a quella della sentenza che ne ha dichiarato la nullità.

★ ★ ★

* Il testo esteso della sentenza è rinvenibile sul sito dell’editore, all’indirizzo <http://www.editorialescientifica.com>.

Ana Murcia Clavería

Consultazioni sindacali e licenziamento collettivo: l'obbligo di buona fede datoriale nella giurisprudenza delle Alte Corti Regionali spagnole*

Sommario: **1.** L'obbligo imprenditoriale di buona fede nel periodo di consultazioni precedente al licenziamento collettivo *ex art. 51* dell'“*Estatuto de los Trabajadores*”: effetti sulla validità dei licenziamenti. **2.** Il Caso “Tenneco”: il carattere definitivo e inappellabile della scelta iniziale di chiudere l'azienda come presupposto di mala fede nel periodo di consultazioni *ex art. 51* dello Statuto dei Lavoratori. Nullità dei licenziamenti e buone prassi sindacali. **3.** Valutazione critica della sentenza e considerazioni conclusive.

1. *L'obbligo imprenditoriale di buona fede nel periodo di consultazione precedente al licenziamento collettivo ex art. 51 dello Statuto dei Lavoratori (ET): effetti sulla validità dei licenziamenti*

La legislazione spagnola impone al datore di lavoro (imprenditore) l'avvio di “un periodo di consultazioni con i rappresentanti legali dei lavoratori” prima di procedere ad un licenziamento collettivo (art. 51.2 dell'ET¹). Le consultazioni che si effettuano in detta fase temporale sono “una forma di negoziazione collettiva”² e – come si rileva³ – malgrado l'equivoca denominazione di “consultazioni” esse sono riconducibili alle regole proprie della contrattazione collettiva. Di modo che le consultazioni *ex art. 51* dello Statuto dei Lavoratori (ET), così come in generale tutti quegli accordi contemplati dallo Statuto, che in dottrina sono denominati “di impresa”, “costituiscono una delle possibili manifestazioni dell'attività di contrattazione collettiva”⁴, per cui sono direttamente collegati al diritto alla contrattazione collettiva riconosciuto nell'art. 37.1 della Co-

* La traduzione dallo spagnolo è stata curata da Marco Esposito e da Emanuela Carifi.

¹ La sigla si riferisce al vigente Reale d.lgs. 24 marzo 1995 n. 1 che ha promulgato il Testo dell' *Estatuto de los trabajadores* (ET).

² GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *El despido colectivo*, in *RL*, 23-24/2012 (monografico su *La reforma laboral del 2012*).

³ ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo*, in AA.VV. (coord. ESCUDERO RODRÍGUEZ), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, M° de Empleo y de Seguridad Social, Madrid, 2012.

⁴ GARCÍA MURCIA, *Los acuerdo de empresa: marco general*, La Ley, Madrid, 2008, p. 614.

stituzione Spagnola del 1978. A loro volta, i diritti di informazione e consultazione riconosciuti nello Statuto in capo alle rappresentanze sindacali, discendono dal diritto fondamentale alla libertà sindacale contemplato nell'art. 28.1 della Costituzione Spagnola⁵.

L'art. 89.1 ET prevede che la negoziazione di un accordo collettivo debba svolgersi nel rispetto del principio di buona fede⁶. Tale disposizione è in linea sia con il principio generale contenuto nel codice civile, alla cui stregua “i diritti dovranno esercitarsi conformemente alle esigenze di buona fede”⁷, sia – secondo un orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte – con il principio applicabile a tutti i contratti, anch'esso previsto nel codice civile⁸. A tali fondamenti normativi devono aggiungersi gli obblighi internazionali contenuti nella Convenzione Internazionale dell'OIL n. 154 (1981) sulla contrattazione collettiva ratificata dalla Spagna nel 1985⁹ e la Raccomandazione dell'OIL n. 163 (1981) sulla medesima materia¹⁰.

Se dunque su un piano generale l'ET prescrive che nella “definizione o applicazione dei procedimenti di informazione e consultazione” l'imprenditore (datore di lavoro) e il comitato di impresa “agiranno con spirito di cooperazione, in ottemperanza ai diritti e alle obbligazioni reciproche, tenendo conto “tanto degli interessi dell'impresa quanto di quelli dei lavoratori” (art. 64.1, par. 3 ET), nella consultazione che precede il licen-

⁵ VALDÈS DAL RÈ, in *Derechos de informacìon y consulta y restructuracìon de empresas*, MOLERO MARAÑÓN M.L. y VALDÈS DAL RÈ (a cura di), Comares, Granada, 2014. Sul complesso contenuto costituzionale del diritto alla contrattazione collettiva v. VALDÈS DAL RÈ, *El modelo español de negociacìon colectiva*, in AA.VV., *El régimen juridico de la negociacìon colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶ SANCHEZ TORRES E., *El deber de negociar y la buena fe en la negociacìon colectiva*, CES, Madrid, 1999 e CUENCA ALARCÓN, *Procedimiento de negociacìon colectiva estatutaria*, in VALDÈS DAL RÈ (diretto da), *Manual juridico de negociacìon colectiva*, La Ley, Madrid, 2008.

⁷ Art. 7.1 del codice civile.

⁸ Art. 1258. Cfr. Corte Suprema del 27 Maggio 2013, ripresa in una successiva sentenza del 18 febbraio del 2014: “I contratti si perfezionano per mero consenso, e da quel momento le parti si obbligano non solo al compimento di quanto espressamente pattuito, quanto anche a tutte le conseguenze che, secondo la natura del contratto, siano conformi alla buona fede, agli usi e alla legge”.

⁹ Bollettino Ufficiale di Stato 11 settembre 1985.

¹⁰ Anteriormente a dette norme internazionali, la Dichiarazione Tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, adottata dal Consiglio di Amministrazione dell'OIL nel 1977, già proclamò la necessità di negoziare nel rispetto del principio di buona fede (art. 52 e art. 53).

ziamento collettivo l'art. 51, co. 2 dell'ET impone espressamente una negoziazione secondo buona fede¹¹, rafforzando tale dovere con la previsione per cui la negoziazione deve perseguire come proprio obiettivo “il conseguimento di un accordo”. E preliminarmente il legislatore disciplina il contenuto “minimo” delle consultazioni: “evitare o ridurre i licenziamenti collettivi e attenuare le sue conseguenze attraverso misure sociali di accompagnamento, quali misure di ricollocazione o azioni di formazione o riqualificazione professionale per migliorare la possibilità di inserimento professionale” (art. 51.2 ET); tutte prescrizioni che si reiterano nel Real Decreto 1483/2012 del 29 ottobre, con riferimento ai procedimenti di licenziamento collettivo, di sospensione del contratto e di riduzione della giornata lavorativa¹².

L'obbligo di negoziare secondo buona fede – cui, come visto sopra, sono soggette ambo le parti – non era previsto, nei termini riportati, nella formulazione originaria dell'art. 51 ET del 1980 ma è il frutto dell'importante riforma dello Statuto realizzata con la Legge 11/1994. Il legislatore spagnolo, in effetti, nel 1994 modifica la regolamentazione del licenziamento collettivo completando l'iter di trasposizione nell'ordinamento interno della disciplina comunitaria in materia; disciplina oggi consolidata nella vigente direttiva 98/59/CE¹³. Nell'art. 51 ET riformato quindi, per ciò che interessa in questa sede, si accolse la menzione specifica di negoziare “al fine di giungere a un accordo”, proprio come indicato dall'art. 2.1 dir. 98/59/CE là dove prescrive che l'imprenditore, intenzionato a licenziare, “*dovrà in tempo utile consultare i rappresentanti dei lavoratori al fine di giungere a un accordo*”. L'insieme dei diritti di informazione e consultazione racchiuso nel fondamentale art. 2 della Direttiva 98/59/CE, chiaramente ispirato all'art. 13 della Convenzione OIL del 1982 sui licenziamenti¹⁴, evidenzia – lo rimarca anche la *C. Giust.* – come in questa

¹¹ La lettera del citato articolo dispone: “*Durante il periodo di negoziazione, le parti dovranno negoziare in buona fede*”.

¹² Art. 7 RD 1483/2012: “Il periodo di consultazioni avrà ad oggetto il giungere ad un accordo tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori. La consultazione dovrà vertere, come minimo, sulle possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti (...A tal fine i rappresentanti dei lavoratori dovranno disporre fin dal principio della documentazione obbligatoria prevista dagli artt. 3,4 e 5 e la parte dovrà negoziare in buona fede”.

¹³ Dir. 98/59/CE relativa all'avvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di licenziamenti collettivi.

¹⁴ Ratificato anche dalla Spagna (OIL 1985).

parte la direttiva “impone un obbligo di negoziazione”¹⁵ in ogni caso precedente l’adozione dei provvedimenti espulsivi.

In definitiva le parti, sia nei procedimenti di contrattazione collettiva tipici sia nella consultazione/negoziazione preliminare al licenziamento collettivo, non solo hanno il dovere di negoziare – e con ciò il legislatore “garantisce il diritto alla contrattazione collettiva in ottemperanza alla delega dell’art. 37.1 della Costituzione Spagnola” – ma anche il dovere di “farlo rispettando il principio di buona fede”¹⁶.

Il quesito essenziale che a questo punto va posto attiene alla puntuale configurazione giuridica dell’espressione “negoziare in buona fede”.

La legge non contribuisce per nulla alla sua soluzione, né il codice civile né gli obblighi statuari segnalati specificano quali comportamenti si intendano compresi nella buona fede o quali, al contrario, siano manifestazioni contrarie a tale principio. Allo stesso modo nulla si dispone in modo espresso circa le conseguenze giuridiche che derivano da una consultazione gestita in malafede da una delle parti; in particolare dal datore di lavoro. Solo un aspetto risulta non controverso, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina: la legge non obbliga a concludere un accordo, però obbliga a negoziare¹⁷.

La Corte costituzionale (TC) ha avuto occasione di pronunciarsi sulla portata della buona fede negoziale nella sentenza n. 107 del 5 maggio 2000, spesso richiamata dalla giurisprudenza in materia¹⁸, la quale mette

¹⁵ Vedi la STJCE del 27 gennaio 2005: il Tribunale puntualizza che le consultazioni devono sempre precedere il licenziamento e che lo scopo di tale obbligo, imposto dalla citata Direttiva, “sarebbe vulnerato se all’imprenditore fosse riconosciuto il diritto di recesso durante il procedimento o dal suo inizio. Per i rappresentanti dei lavoratori sarebbe più difficile ottenere la revoca di una decisione adottata che una rinuncia ad un progetto di decisione” (Paragrafo 44).

¹⁶ ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 942.

¹⁷ SANCHEZ TORRES, *op. cit.*, p. 55; MOLERO MARAÑÓN, in MOLERO MARAÑÓN e VALDÉS DAL RÈ, *Derecho de información y consulta y restructuración de empresas*, Comares, Granada, 2014, p. 131.

¹⁸ STSJ (Cataluña) 12 giugno 2012 – che richiama l’art. 13 della Convenzione 158 dell’OIL, l’art. 2 della Dir. 98/59 e l’art. 51.2 del EdT – segnala che “Il dovere di buona fede nella negoziazione, come dottrinalmente ricostruito, non è soddisfatto dal semplice avvio di un periodo di consultazioni e dalla celebrazione di riunioni prive di contenuto reale (STC 107/2000, y STSJ Catalogna 31/01/2003, STSJ Madrid 30 maggio 2012). La buona fede implica uno sforzo genuino di convergenza delle posizioni (tra le altre: STS 3 febbraio 1998, 1 marzo 2001) e anche un dovere di coerenza (STS 3 febbraio 1998)” (FJ 4.2).

a fuoco due questioni di grande interesse. Da un lato, il TC fa notare il rilievo costituzionale dell'inadempimento da parte dell'impresa del dovere di buona fede. E così, condotte imprenditoriali contrarie a buona fede negoziale non solo violano il diritto alla contrattazione collettiva *ex art.* 37.1 Cost. spagnola ma, nella misura in cui il diritto dei sindacati rappresenta una parte del contenuto essenziale della libertà sindacale *ex art.* 28.1 della Cost. spagnola, la violazione posta in essere dall'imprenditore può inoltre comportare una violazione della libertà sindacale del sindacato ladove non si negozi o si negozi in mala fede. D'altra parte, sono di grande interesse le considerazioni del TC sul fatto che, in concreto, sono condotte o comportamenti contrari alla buona fede negoziale le c.d. "proposte definitive e irrevocabili" seguite dalla rottura immediata delle negoziazioni ovvero decisioni unilaterali dell'impresa (come la revisione del salario nel caso controverso) adottate senza ricorrere preventivamente agli strumenti, legali e/o convenzionali, previsti dall'ordinamento per la composizione del conflitto di interessi. Il TC è a favore di una negoziazione effettiva tra imprenditore e sindacati in quanto "basterebbe l'apertura del processo di negoziazione e la celebrazione di incontri carenti di contenuto reale per considerare soddisfatto il diritto del sindacato alla partecipazione negoziale, per tal via beffando le fondamenta stesse del sistema costituzionale delle relazioni di lavoro". Come sottolinea la dottrina, in questa importante sentenza si fissano le soglie minime del dovere di negoziare, pur se il TC perde l'occasione di analizzarne i profili concreti¹⁹. Il TC afferma espressamente che "non compete a questo Tribunale entrare nella cognizione delle strategie e delle attitudini negoziali delle parti in conflitto", sostenendo che si tratta di materia carente di rilevanza costituzionale ovvero che si tratta di materia di giurisdizione ordinaria di merito. Ragionamento che risulta piuttosto contraddittorio²⁰, dato che il TC stesso esattamente analizza il comportamento della parte imprenditoriale durante il processo negoziale (scarsa durata del periodo di negoziazione, proposta

¹⁹ SANTIAGO REDONDO K.M., *Antisindicalidad por mejora unilateral de condiciones de trabajo con elusión de la negociación colectiva (Comentarios a la STC 107/2000, de 5 de mayo)*, in *RL*, 13/2000. GALA DURAN C., *Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y vulneración de la libertad sindical: revisión unilateral de los salarios por parte de la empresa, tras una negociación colectiva insuficiente, Sentencia 107/2000, de 5 de mayo*, in *AA.VV., Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XVIII, 2000.

²⁰ Come bene obietta GALA DURAN, *op. cit.*, p. 227.

“definitiva e irrevocabile”, immediatezza nella decisione di modificare il salario ...), per giungere a verificare l’esistenza di mala fede imprenditoriale e concludere che, con quel comportamento, si sono violati diritti e libertà sindacali.

In ogni caso, la sentenza 107/2000 “ha avuto il merito di porre in primo piano il dovere di contrattare secondo buona fede dotando la sua violazione di rilevanza giuridica”; sentenza che, peraltro, mantiene piena attualità, perché il dovere di buona fede “ha acquisito una rinnovata valenza ermeneutica essenziale per [valutare] un’ampia tipologia di decisioni imprenditoriali”, tra le quali spiccano, si sottolinea, le “consultazioni” che precedono il licenziamento collettivo²¹.

In effetti, la legge 3/2012 ha segnato un prima e un dopo nella storia del licenziamento collettivo, sopprimendo la tradizionale autorizzazione amministrativa, la quale valutava – in assenza di accordo con le rappresentanze sindacali – se la decisione imprenditoriale fosse o no giustificata, prevedendo, inoltre, la tutela reale. Quindi, se c’era accordo, o, in mancanza, autorizzazione amministrativa il licenziamento si poteva disporre; se non c’era accordo né autorizzazione amministrativa, non si poteva procedere con i licenziamenti. Venuta meno l’autorizzazione amministrativa, il periodo di consultazione diviene uno snodo essenziale di valorizzazione e verifica tanto degli interessi e dei diritti lavoratori (diritto al lavoro e protezione contro il licenziamento ingiusto *ex art. 35.1 Cost. Spagnola*, che sarebbe poi il diritto costituzionale violato dai licenziamenti invalidi) quanto di quelli degli imprenditori (il potere di direzione riconosciuto in capo all’imprenditore *ex art. 20 ET*, costituzionalmente fondato sulla libertà di impresa sancita dall’art. 38 Cost., cui può collegarsi la decisione di chiudere un’attività e di licenziare). E ciò perché alla soppressione dell’autorizzazione amministrativa, la nuova regolamentazione del licenziamento collettivo aggiunge due nuove norme: a) anche senza accordo l’imprenditore può dare luogo al licenziamento collettivo progettato, essendo demandato al giudice l’accertamento *ex post* del rispetto degli oneri e degli obblighi formali (compimento del dovere di informazione e realizzazione del periodo di consultazione) così come l’esistenza delle “ra-

²¹ Come ha di recente segnalato DE LA PUEBLA PINILLA, *El deber de negociar de buena fe: TC 107/2000, de 5 mayo*, in AA.VV. (dir. GARCIA MURCIA), *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 467 ss.

gioni” giustificatrici del licenziamento, nella vigenza – a partire dalla Legge 3/2012 – di un regime di tutela obbligatoria (art. 51.4 ET e l’art. 124.II della Legge che regola la giurisdizione sociale²²); b) si prevede che con “sentenza si dichiareranno nulli i licenziamenti collettivi unicamente quando l’impresario non abbia realizzato il periodo di consultazione o fornito la documentazione prevista dall’art. 51.2 ET”²³.

2. *Caso “Tenneco”: il carattere definitivo e inappellabile della scelta iniziale di chiudere l’azienda come presupposto di mala fede nel periodo di consultazioni ex art. 51 dello Statuto dei Lavoratori. Nullità dei licenziamenti e buone prassi sindacali*

L’insieme delle norme sommariamente descritto nel paragrafo precedente, specie alla luce della novella dell’art. 51 ET operata con la l. 3/2012, ha generato molti contrasti interpretativi in ordine alla ricostruzione della “regolarità del periodo di consultazioni”, dando luogo ad una notevole attività giudiziale in questa materia, già analizzata e studiato dalla dottrina²⁴. I Tribunali del lavoro competenti a conoscere dell’impugnativa dei licenziamenti²⁵ devono, infatti, colmare con i loro provvedimenti la carenza dei criteri legali sul principio di buona fede negoziale, così come l’assenza di previsioni sulle conseguenze provocate da un periodo di consultazioni realizzato senza osservare la buona fede legalmente imposta dall’art. 51.2 ET.

La via seguita dai Tribunali è la verifica del rispetto della finalità della consultazione, che impone all’imprenditore di agire “*in vista di giungere ad un accordo*”. Per far ciò i giudici investiti della questione conducono la disamina per accertare il soddisfacimento di due requisiti essenziali: che l’im-

²² L. 10 ottobre 2011 n. 36 regolatrice del processo del lavoro e della sicurezza sociale.

²³ Art. 124.II della Legge regolatrice del processo del lavoro e della sicurezza sociale.

²⁴ GOERLICH PESET J.M., *Desarrollo y contenido de las consultas*, in AA.VV., *Los periodos de consultas, XXVI Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, CCNCC, Informe y estudios, M^o. de Empleo y de Seguridad Social, Madrid, 2014. DE LA PUEBLA PINILLA A., *op.cit.*; MOLERO MARA ÒN M^a. L., *op. cit.*

²⁵ Le Alte Corti di Giustizia (regionali), in unica istanza, quando il licenziamento collettivo estende i suoi effetti in un ambito che non travalichi quello della Comunità Autonoma (art. 7 a) LRJS). La Corte nazionale, in unica istanza, quando il licenziamento collettivo estende i suoi effetti oltre gli ambiti della Comunità Autonoma (art. 8-1 LRJS).

prenditore compia il suo dovere di informare i rappresentanti sindacali nei termini imposti dalla normativa²⁶, e che il periodo di consultazioni “consista in un’ autentica negoziazione”²⁷, sostanziando un procedimento di negoziazione “effettivo”, come esige il TC nella sentenza 107/2000. Tale orientamento si rinviene, tra le altre, nella sentenza dell’Alta Corte Regionale di Valencia del 27 giugno 2013, esemplare per comprendere cosa possa significare realizzare un “vero procedimento di negoziazione” ovvero tenere i comportamenti che la buona fede nel periodo di consultazione esige²⁸.

Un Autore²⁹ partendo dal presupposto, condiviso con la giurisprudenza dell’Alta Corte, per cui la buona fede si presume ordina la casistica giudiziale secondo le diverse tecniche di formazione della prova, distinguendo tra indizi che si riferiscono alla dimensione esterna della negoziazione, quelli relativi all’ambiente nel quale si sviluppa la negoziazione e altri indizi riferiti al contenuto della negoziazione o alla dimensione “interna” della negoziazione. In tal modo, e tralasciando circostanze chiare e univoche di inosservanza del dovere di buona fede (come quello di effettuare licenziamenti senza una previa negoziazione di alcun tipo) sono indizi “esterni” di violazione del dovere di buona fede tutti quei casi nei quali le negoziazioni si realizzano in un ambiente sotto pressione dove sia impedito il dialogo e spicchino comportamenti illegittimi. Tale la pratica imprenditoriale di “braccare” i rappresentanti cercando accordi individuali, o pretendere che i rappresentati pressino i propri rappresentanti in favore dell’accordo.

D’altra parte, sono casi di indizi “interni” di condotta non conforme a buona fede negoziale: le proposte iniziali “sovradimensionate”; l’adozione di decisioni “a sorpresa” rispetto ai propositi iniziali; la ritrattazione di una proposta prima che l’altra parte abbia avuto la possibilità di accettarla. Il più problematico di tutti gli indizi “interni” resta la mancanza di flessibilità da parte dell’impresa che ha promosso la consultazione. In concreto, occorre stabilire se è coperta dal principio di buona fede negoziale una decisione imprenditoriale non negoziabile, qual è la scelta di chiudere l’impresa, che lascia aperta la “negoziabilità” delle sole ricadute econo-

²⁶ Art. 51-2 del EdT e art. 4 e 5 del Real Decreto 1483/2012.

²⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*, p. 485.

²⁸ La sentenza dell’Alta Corte di Giustizia di Valencia 27 giugno 2013 (Rec. 24/2013).

²⁹ GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 106 ss.

niche e sociali. E anche a qualificare una tale vicenda come condotta in malafede occorre stabilire quali conseguenze giuridiche derivano da essa e, in concreto, se essa invalida o meno il periodo di consultazioni; in caso affermativo, se essa provoca la nullità dei licenziamenti collettivi effettuati.

Su entrambe le questioni esistono già pronunce delle Alte Corti Regionali e della Corte Suprema variegate, come rileva la dottrina³⁰, in ragione delle circostanze del caso concreto. In alcuni casi si sostiene che la posizione inamovibile dell'impresa equivale a "non negoziare" e, pertanto, stante l'inesistenza del periodo di consultazioni, i licenziamenti sono nulli. In altri casi si è invece ritenuto compatibile con la regola della buona fede un tal comportamento, quand'anche la proposta imprenditoriale risulti definitiva e inamovibile.

La sentenza in commento – che a partire da ora indichiamo come Caso "Tenneco" – si inserisce nel primo orientamento menzionato: la posizione iniziale e inamovibile dell'impresa consistente nella chiusura delle imprese di Gijón al fine di ampliare e trasferire la relativa produzione a favore dell'impresa di Gliwice (in Polonia) (delocalizzazione) comprova una "non negoziazione" ovvero una negoziazione fraudolenta: ne consegue l'inesistenza del periodo di consultazioni e quindi la nullità del licenziamento collettivo totale ovvero della chiusura dell'impresa.

In effetti, l'Alta Corte Regionale delle Asturie, si pone in accordo con una posizione espressa dalla Suprema Corte in una pronuncia del 27 maggio 2013 e da parte della giurisprudenza (come la Sentenza della Suprema Corte dei Paesi Baschi dell'11 dicembre 2012). In sintesi, secondo tali giudici, è necessario un "autentico procedimento di negoziazione" per adempiere all'esigenza legale di buona fede nel periodo di consultazioni *ex art. 51.2 ET*. Dunque lungo questa linea interpretativa la sentenza in commento, sulla scorta degli atti di causa, rileva che:

a) in nessun caso l'impresa ha contemplato possibilità di soluzioni diverse dalla chiusura;

b) la decisione di chiudere l'impresa era stata assunta prima dell'avvio del periodo di consultazioni, "per cui non si è svolta una contrattazione reale nel periodo di consultazioni in presenza di una circostanza definitiva e non suscettibile, in quanto tale, di negoziazione alcuna";

c) la ripetuta richiesta dei rappresentanti dei lavoratori dell'intervento

³⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, *op. cit.*, p. 488.

di un esperto indipendente – al quale fa riferimento la direttiva 2009/38 nel suo Allegato I – è stata accolta dall'impresa solo alle ultime riunioni, evidenziando un atteggiamento “niente affatto orientato a giungere a un accordo, e non perché si rifiutassero altre offerte ma perché non si creavano proprio le condizioni per giungere a formulare controfferte, tali da poter dire che si stesse svolgendo un processo di negoziazione” (FJ 3° [paragrafo 3 della motivazione]). Ciò porta a dire che “l'impresa non abbia dato luogo ad una negoziazione in buona fede nel periodo di consultazioni, iniziato con una ferma e stabile volontà di non smuoversi dalla pretese contenute sin dall'origine della procedura di licenziamento avviata dall'impresa (...); il che implica una assenza di buona fede nel dovere di negoziare che l'*Estatuto de los Trabajadores* impone all'art 51.2 e una frode di legge perché non ha avuto propriamente luogo un periodo di consultazioni” (FJ 3°).

Nell'FJ 4° [paragrafo 4 della motivazione], l'Alta Corte Regionale fa riferimento alla dottrina giurisprudenziale sulla frode alla legge, sulla necessità della sua prova e sulla sua definizione “come condotta intenzionale di ricorso deviato a una norma dell'ordinamento giudico per la copertura di un risultato antiggiuridico”, concludendo nel FJ 5° con il riferimento alla giurisprudenza sul dovere di negoziare in buona fede, conseguentemente applicando la soluzione adottata nella sentenza del 21 novembre 2012 della Corte Suprema nella quale si segnala che “se la negoziazione è stata inesistente, limitandosi l'impresa ad esporre la sua inamovibile posizione, il licenziamento deve dichiararsi nullo. La negoziazione viene effettivamente espletata se si accreditano proposte e controproposte, il che avverrà normalmente quando si accettano parzialmente alcune delle controproposte”.

La conseguenza è la dichiarazione di nullità del licenziamento collettivo impugnato, in applicazione dell'art. 124.11 della “Legge di regolamentazione del processo del lavoro”: nulla, in quanto fraudolenta, la consultazione, i licenziamenti sono per l'effetto nulli, in quanto privi di tale essenziale requisito di legittimità (FJ 5°).

3. *Valutazione critica della sentenza e considerazioni conclusive sul tema trattato*

L'Alta Corte Regionale delle Asturie nel caso "Tenneco" si è dunque confrontata con la difficile interpretazione di una vicenda in cui la negoziazione ha riguardato solo le conseguenze di una chiusura aziendale ma non la decisione stessa di chiudere. E ha valutato se la chiusura sia o meno contraria alla buona fede *ex art. 51.2 dell'ET*, per procedere inoltre a definire gli effetti giuridici, non espressamente previsti dalla legge, di una tale fattispecie concreta. Essa giunge al suo esito sulla base di una valutazione dei fatti allegati e provati nel giudizio. Vi è stata infatti negoziazione sugli effetti del licenziamento collettivo totale, con tanto di proposte di miglioramenti economici e sociali, nel mentre che le trattative procedevano; si è compiuto il dovere di informazione; si sono svolte riunioni, proroghe del periodo di consultazioni per proseguire nel negoziato, però in nessun momento, e ciò è stato provato, nella negoziazione si è posta in discussione l'opzione della chiusura in quanto tale. Sul perché, in definitiva, della delocalizzazione (Gijón si chiude e si amplia l'impresa in Polonia).

Il ragionamento della Corte è condivisibile per la sua difesa di una negoziazione reale e non meramente formale come espressione di buona fede. Ma si sarebbe auspicato, da un lato, una maggiore attenzione nel modo di argomentare, giacché la Corte non dispiega apertamente, in modo espresso e diretto, l'iter logico argomentativo seguito per la risoluzione del caso, limitandosi a ricostruire la giurisprudenza e il quadro normativo; d'altro lato un maggior approfondimento del tema giuridico di fondo: la mancata negoziazione sulla chiusura dell'impresa e la sola negoziazione dei suoi effetti è comportamento contrario alla buona fede e, di conseguenza, devono dichiararsi nulli i licenziamenti effettuati? La sentenza non fornisce una spiegazione chiara, né analizza la relazione tra la chiusura e le ragioni giustificatrici allegate: in questo la si trova non del tutto congruente. La Corte si concentra sulla posizione inamovibile dell'impresa e ne ricava un comportamento fraudolento nel periodo di consultazioni che sfocia nella nullità dei licenziamenti.

Così, la Corte, dopo aver rimarcato che è stato provato che l'impresa mai fosse stata disposta a rivedere l'opzione della chiusura, che tale decisione già era stata assunta molto prima che si giungesse al periodo di con-

sultazioni, senza intenzione alcuna di evitare i licenziamenti e senza offrire alternativa alla chiusura, considera tale comportamento imprenditoriale fraudolento, contrario a buona fede negoziale, e allineandosi ad altre pronunce dichiara nulli i licenziamenti frutto di una negoziazione inesistente: senza effettività non può dirsi adempiuto l'obbligo di consultazione.

La fattispecie scrutinata dal giudice delle Asturie si fonda su una questione giuridica di gran rilievo inerente alla possibile limitazione della libertà di impresa nei casi di chiusura imprenditoriale per delocalizzazione: problema che senza dubbio non viene sollevato nella sentenza, forse perché non evidenziato dall'impresa. E in questa sede si ritiene che la natura delle ragioni allegate dal datore di lavoro rappresenti un dato decisivo per la risoluzione della questione esaminata. Ci si deve domandare, in pratica, se il giudice sarebbe giunto alle stesse conclusioni qualora l'impresa avesse motivato adducendo non ragioni produttive e organizzative ma economiche, tali da incidere sulla realizzabilità stessa del programma imprenditoriale. Bene ragiona la Corte valutando come malafede negoziale l'esclusione di principio di alternative alla chiusura perché dai fatti provati appare chiaramente che l'impresa è redditizia, che ci sono alternative, che l'obiettivo della multinazionale è "guadagnare di più" e che, se Gijón non era tanto produttiva il problema non era imputabile ai lavoratori quanto alla provata assenza di investimenti economici e tecnologici, a differenza di altri centri, come quello in Polonia sul quale, invece, è provato che si investisse continuamente. Per cui occorre interrogarsi sul se, di fronte al presupposto di una ragione economica giustificatrice della chiusura, e non la delocalizzazione, vi fosse stato titolo per esigere di negoziare alternative quando alternative non vi potessero essere. Personalmente si ritiene che innanzi alla chiusura dell'impresa per crisi economica sia possibile negoziare soltanto gli effetti di essa, cioè eventuali indennizzi e il piano di sicurezza sociale; mentre pretendere il mantenimento in vita di un'impresa quando non può essere realizzato, là dove si prova l'assenza di alternative alla chiusura, potrebbe violare il diritto alla libertà di impresa *ex art. 38 Cost.*

Merita invece un positivo riscontro la condotta tenuta dai lavoratori e dai rappresentanti sindacali nella vicenda. Durante tutto il procedimento sono rimasti uniti con l'obiettivo di mantenere aperta l'impresa, difendendo i propri posti di lavoro e i propri diritti costituzionali al lavoro (art. 35.1 Costituzione Spagnola). L'azione dei rappresentanti durante il pe-

riodo di consultazioni è in tutto e per tutto un esempio di buona pratica sindacale, che ha meritato l'esito favorevole della sentenza. Impeccabile nel garantire il diritto all'informazione, spingendosi più in là del mero aspetto formale per dimostrare la produttività e la redditività del progetto imprenditoriale; essa ha sostenuto con professionalità gli argomenti a favore di maggiori investimenti economici, formativi e tecnologici nell'impresa come elemento decisivo per aumentarne la produttività. In definitiva essa ha saputo portare il negoziato sulle ragioni della chiusura e non sui suoi effetti.

Che i lavoratori avessero "ragioni e non solo sentimento" lo dimostrano i fatti accaduti in seguito alla sentenza, riportati da molti giornali. La sentenza dell'Alta Corte Regionale delle Asturie non è stata impugnata. L'impresa ha eseguito l'ordine giudiziale riaprendo l'impresa il 28 luglio 2014 e investendo in tecnologie, formazione dei lavoratori e presentando un "nuovo piano" che presuppone una ristrutturazione ma non la chiusura. Con il risultato che 117 lavoratori sono stati reintegrati e 99 lavoratori in esubero sono stati accompagnati al prepensionamento e hanno aderito a forme di esodo volontario.

Il felice esito sindacale dimostra, quindi, che c'è un'altra maniera di "organizzare" il lavoro e il capitale, in modo da conciliare il diritto alla libertà di impresa con il diritto al lavoro, ricavandone una maggiore giustizia e ricchezza sociale. In definitiva, applicando il Diritto del lavoro in massima armonia con i valori e i diritti contenuti nella carta fondamentale spagnola, che, all'art. 1.1, sancisce: "la Spagna si costituisce in uno Stato sociale e democratico di diritto, che difende come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico".

Key words

Informazione e consultazione sindacale, obbligo di negoziare secondo buona fede, licenziamenti collettivi e chiusura dell'impresa.

Union's information and consultation, Duty of fair bargaining, Collective dismissal and company closure.

Juzgado de lo Social de Toledo, n. 1, 27 novembre 2014, n. 00667/2014 – Giudice Pilar Elena Sevilleja Luengo

Contratto di sostegno agli imprenditori – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

La giudice di Toledo ritiene illegittimo il licenziamento di una commessa, assunta mediante contratto di sostegno all'imprenditoria in quanto contrario all'art. 4.4 della Carta Sociale Europea.

Juzgado de lo Social de Mataró, n. 1, 29 aprile 2014, n. 492/2013 – Giudice Clarisa González Fernández

Contratto di sostegno agli imprenditori – Periodo di prova di un anno – Licenziamento per mancato superamento della prova – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

Il Tribunale di Mataró ritiene illegittimo il licenziamento di un lavoratore non qualificato per il quale la legge del 2012, che istituisce il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori, prevede un anno di prova. La giudice disapplica la norma nazionale e applica l'art. 4.4 della Carta Sociale Europea gerarchicamente superiore e vincolante per la giudice.

Juzgado de lo Social de Barcelona, n. 2, 19 novembre 2013, n. 412/13 – Giudice Maria Luisa Sanz Anchuela

Contratto di sostegno agli imprenditori – Periodo di prova di un anno – Licenziamento per mancato superamento della prova – Carta Sociale Europea – Contrasto con legge nazionale – Prevalenza del Trattato internazionale ratificato – Disapplicazione norma interna – Illegittimità del licenziamento.

Il Tribunale di Barcellona ritiene il contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori, che consente un periodo di prova di un anno, in contrasto con la Carta Sociale Europea di 1961. La Carta Sociale è gerarchicamente superiore a quella nazionale, in particolare l'art. 4.4 che riconosce il diritto dei lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro. La norma nazionale non tutela il lavoratore contro questo rischio, perciò la giudice ritiene illegittimo il recesso per mancato superamento del periodo di prova.

★ ★ ★

Maria Dolores Santos Fernández

**Applicazione della Carta Sociale Europea in Spagna:
eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro**

Sommario: **1.** L'eccessivo periodo di prova del contratto de *apoyo a los emprendedores*. **2.** Il periodo di prova di un anno viola la Carta Sociale Europea. **3.** L'incompetenza dell'Unione Europea.

1. *L'eccessivo periodo di prova del contratto de apoyo a los emprendedores*

La sentenza di primo grado pronunciata dal *Juzgado de lo Social* di Toledo 27 novembre 2014 ha dichiarato illegittimo un licenziamento per mancato superamento del periodo di prova, disapplicando la norma nazionale in quanto incompatibile con l'art. 4.4 della Carta Sociale Europea (CSE)

del 1961, ratificata dalla Spagna nel 1980, che riconosce il diritto di tutti i lavoratori ad un ragionevole periodo di preavviso in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Si tratta della più recente tra le pronunce di alcune magistrature del lavoro spagnole¹ che cercano di bloccare uno degli aspetti maggiormente criticati della riforma del diritto del lavoro del 2012 del *Partido Popular*². La sentenza di Toledo risolve positivamente la questione promossa dall'ufficio vertenze del sindacato *Comisiones Obreras*, che aveva sollevato davanti al tribunale l'illegittimità del licenziamento di una commessa, assunta mediante il contratto *indefinito de apoyo a los emprendedores* ("contratto di sostegno all'imprenditoria"), di cui all'art. 4.3, l. 6 luglio 2012, n. 3; l'unica peculiarità della fattispecie introdotta dalla riforma rispetto al contratto *standard* risiede nell'abnorme ampliamento del periodo di prova, fino a un anno per le imprese che occupano meno di cinquanta dipendenti, in deroga all'art. 14 dello *Estatuto de los Trabajadores*³. Solo queste imprese, che però costituiscono ben il 99,23% delle aziende spagnole come spudoratamente segnalato dallo stesso *Preámbulo* della legge 3/12, possono stipulare contratti *de apoyo a los emprendedores* e quindi godere di tale agevolazione nell'assunzione dei lavoratori⁴. Sebbene si tratti di una logica – quella della modulazione della durata della prova in rapporto all'organico aziendale – già contenuta nell'*Estatuto*, la deroga operata dalla riforma del 2012 apre una crepa talmente profonda da poter far franare definitivamente il paradigma classico del contratto *standard*.

L'innalzamento generale della prova fino a un anno, infatti, va ben oltre il senso e la ragionevolezza della modulazione delle regole e rappresenta un eccesso normativo, come i fatti delle sentenze in commento mettono in luce. La lavoratrice licenziata a Toledo per mancato superamento dell'anno di prova lavorava come commessa in un supermercato della città, attività per la quale la verifica delle qualità e capacità della lavoratrice ben

¹ Durante la correzione delle bozze una magistrata del Juzgado de lo Social n. 2 de Toledo ha emesso una sentenza, datata 9 aprile 2015, che mantiene lo stesso orientamento della sentenza in commento.

² Per una sintesi critica degli aspetti più rilevanti di tale riforma, v. SANTOS FERNÁNDEZ, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, I, p. 615.

³ L'art. 14 dello *Estatuto* prevede, in mancanza di contratto collettivo, un periodo di prova che può arrivare fino a sei mesi per i tecnici qualificati e fino a due o tre mesi per gli altri lavoratori, a seconda delle dimensioni dell'impresa (più o meno di 25 dipendenti).

⁴ V. ancora il *Preámbulo* della legge 3/12.

si poteva esaurire nei due/tre mesi che l'*Estatuto* prevede per chi non è tecnico qualificato, o addirittura in trenta giorni, come previsto dal contratto collettivo applicabile⁵.

La *ratio* dell'istituto della prova viene completamente stravolta dalla nuova disciplina, non essendo più la natura e/o complessità dell'attività a giustificare la lunghezza del periodo di verifica, bensì la dimensione dell'organico dell'impresa e la modalità contrattuale che lega le due parti del rapporto, determinando anche un duplice *status* giuridico, che però sembra nel tempo destinato a scomparire a favore del generalizzato ampliamento progressivo del periodo di prova di un anno a tutti i lavoratori.

La riforma non ha trovato un argine sistemico nell'ordinamento interno, in quanto la Corte Costituzionale spagnola ha ritenuto legittima tale modalità contrattuale utilizzando l'argomento, di scarsa consistenza giuridica, secondo cui essa contribuirebbe a creare occupazione stabile⁶. Tale orientamento della Corte è stato confermato qualche mese dopo in una nuova sentenza nella quale essa aggiunge la considerazione per cui la fattispecie determinerebbe un sacrificio, per le garanzie del lavoratore, proporzionato rispetto ai benefici individuali e collettivi che essa può comportare⁷. Quest'ultima sentenza, peraltro, è stata strategicamente pubblicata subito dopo il parere del Comitato europeo dei diritti sociali⁸ per distogliere l'attenzione degli addetti ai lavori da un documento nel quale la Spagna viene considerata inadempiente (per il triennio 2010-2013) rispetto a molteplici norme contenute nella CSE, in particolar modo per il lungo periodo di prova del citato contratto che vulnererebbe le garanzie sul recesso contenute nell'art. 4.4 della Carta stessa.

⁵ Art. 11 del Contratto collettivo provinciale del settore alimentare del 21 febbraio 2013 (BOP 21 febbraio 2013), che contiene comunque una deroga per i contratti *de apoyo a los emprendedores* ai quali si applica la nuova disciplina.

⁶ C. Cost. 16 luglio 2014 n. 119 (BOE 15 agosto 2014), che ha respinto il ricorso presentato dal Parlamento di Navarra contro la legge 3/12.

⁷ C. Cost. 22 gennaio 2015 n. 8 (BOE 24 febbraio 2015), che ha respinto il ricorso presentato dal PSOE e *Izquierda Plural* contro la legge 3/12.

⁸ Conclusions XX-3 (2014) di gennaio 2015, in www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Conclusions/State/SpainXX3_en.pdf.

2. *Il periodo di prova di un anno viola la Carta Sociale Europea*

Il caso proposto alla giudice di Toledo si inquadra in un conflitto fra legge nazionale, rafforzata dalla sua conformità alla Costituzione spagnola secondo il giudice delle leggi, e la norma internazionale ratificata, e quindi a tutti gli effetti parificata a quella nazionale, che invece ostacolerebbe tale normativa a parere del Comitato europeo dei diritti sociali. La giudice spagnola prova a mettere ordine in questo conflitto, facendo riferimento alla Costituzione. Infatti, il principio di gerarchia normativa contenuto negli artt. 10.2 e 96 della norma fondamentale determina che la CSE, trattato internazionale vincolante, abbia un rango normativo superiore alla legge nazionale e, su questa premessa di metodo, mette a confronto l'art. 4.3 della legge del 2012 con la Carta Sociale e l'interpretazione da essa fatta dal Comitato. Tale scelta metodologica trova conferma sia nella recente legge 27 novembre 2014 n. 25 sui Trattati e altri Accordi internazionali, il cui art. 31 prevede che le norme giuridiche contenute nei Trattati internazionali, validamente stipulati e pubblicati ufficialmente, prevalgono su qualsiasi norma dell'ordinamento interno in caso di conflitto tra di loro, fatta eccezione per le norme di rango costituzionale, sia nella dottrina dei *Tribunales Superiores de Justicia* (secondo grado di giudizio) e della Corte Costituzionale spagnola⁹; in particolare, secondo questi ultimi, le Decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali costituiscono giurisprudenza applicabile dai giudici nazionali, legittimati pertanto a disapplicare la norma interna, che cede il passo di fronte ad una di rango superiore, in questo caso l'art. 4.4 della CSE, con il risultato finale di dover preferire la norma dell'*Estatuto de los Trabajadores*, che rinvia al contratto collettivo applicabile.

La magistrata indaga le potenzialità della CSE in un momento di attacco progressivo alla tutela dei diritti sociali da parte delle istituzioni nazionali¹⁰, confrontando la norma nazionale – che prevede un periodo di prova di un anno – con i contenuti della CSE relativi al diritto di tutti i lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro (art. 4.4), non potendo fare riferimento al più pertinente diritto

⁹ Si veda, per tutte, C. Cost. 8 aprile 1981 n. 11 (BOE 25/04/1981) sul diritto di sciopero.

¹⁰ In questo senso anche FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La Carta Sociale Europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale*, in RGL, 2014, II, pp. 543-544.

ad una tutela in caso di licenziamento (art. 24), in quanto la Spagna non rientra tra i paesi firmatari della versione della CSE riveduta nel 1996, che introduce tale ultima norma. La giudice fonda la propria decisione su tutele, come il periodo di preavviso, che verrebbero meno durante il lungo periodo di prova e potrebbero svuotare nella sostanza i diritti a tutela dei lavoratori, traendo espressamente ispirazione da un caso simile greco¹¹; in esso una norma aveva determinato l'innalzamento generalizzato da 2 a 12 mesi del periodo di prova ed era stata considerata contraria all'art 4.4 della CSE dal Comitato europeo dei diritti sociali, con la Decisione del 23 maggio 2012, perché non consentiva di osservare le garanzie su notificazione e indennizzo previste in caso di cessazione del rapporto.

Tale percorso argomentativo era stato già seguito da altre due sentenze emesse da due diverse magistrature catalane. La prima è la sentenza del *Juzgado de lo Social* di Barcellona del 19 novembre 2013, in cui la giudice ritiene illegittimo il recesso per mancato superamento del periodo di prova di un lavoratore, assunto con il citato contratto creato dalla riforma del 2012 e adibito alle mansioni di spostare i pneumatici da un posto ad un altro per il loro riciclaggio. Per queste mansioni il contratto collettivo applicabile prevedeva un periodo di sole due settimane di prova¹². La seconda è la sentenza del *Juzgado de lo Social* di Mataró del 29 aprile 2014, che affronta un caso di un lavoratore non qualificato per il quale la legge avrebbe previsto al massimo tre mesi di prova ma, essendo stato assunto con contratto *de apoyo a los emprendedores*, esso viene allungato fino a un anno e, qualche giorno prima della scadenza del termine, riceve una lettera di licenziamento per mancato superamento del periodo di prova.

Ciò che accomuna i tre casi è che riguardano mansioni piuttosto elementari, che non richiedono un periodo di un anno per la verifica del loro corretto apprendimento ma pochi mesi o addirittura qualche settimana, come previsto dalla contrattazione collettiva, e le tre magistrature del lavoro hanno provato a riavvicinare le norme ai fatti e a dare senso all'istituto del patto di prova, riconducendo la situazione normativa entro margini di ragionevolezza.

A differenza di quella di Toledo, le due sentenze di merito catalane sono anteriori rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale sopra ci-

¹¹ Nemmeno la Grecia ha ratificato la revisione del 1996.

¹² Art. 10 del Contratto Collettivo nazionale di recupero di residui e materie prime secondarie, del 9 ottobre 2013 (BOE 25 ottobre 2013).

tate, che hanno avallato l'intera riforma del diritto del lavoro spagnolo del 2012. Forse nella speranza di ispirare una risposta diversa da parte della Corte Costituzionale, o comunque a fronte dell'assenza di pronunce di tale rango, entrambe si erano sentite legittimate nel loro percorso argomentativo a riportare dei ragionamenti giuridici di più ampio respiro rispetto alla più stringata sentenza di Toledo. La sentenza di Barcellona, in particolare, riproducendo parte della citata Decisione del Comitato europeo dei Diritti Sociali del 23 maggio 2012 sull'ordinamento greco, ricorda in alcuni suoi passaggi che la durata del periodo di prova deve essere conseguenza delle condizioni richieste dal tipo di lavoro svolto e deve comunque trattarsi di un termine accettabile. In ogni caso, il periodo di prova, che permette all'imprenditore di verificare le qualifiche dei lavoratori e se questi possiedono i requisiti richiesti dalle mansioni attribuite, non può subire un'estensione tale da determinare che le garanzie relative alla notifica e all'indennizzo in caso di recesso diventino inefficaci.

La sentenza di Mataró¹³ aggiunge a tali argomentazioni anche dei riferimenti alla normativa dell'Unione Europea partendo dalla considerazione che un periodo di prova di un anno potrebbe essere interpretato come la creazione surrettizia di un nuovo contratto a termine acasuale¹⁴; esso sarebbe contrario non solo all'equilibrio esistente a livello europeo tra contratti a tempo determinato e indeterminato ma potrebbe anche portare ad un abuso delle assunzioni a termine, vietato appunto dalla Direttiva 99/70, nella misura in cui tale disposizione normativa supporrebbe una violazione del principio di stabilità nell'impiego – o comunque di tutela di fronte all'instabilità – che ispira la Direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia¹⁵. Infine, la sentenza di Mataró ricorda che la

¹³ La sentenza è stata recentemente revocata dalla sentenza di appello del *Tribunal Superior de Justicia* de Cataluña, del 2 dicembre 2014, che accoglie la tesi della Corte Costituzionale senza tener presente l'art. 4 della CSE e, in particolare, la necessità di un ragionevole periodo di preavviso.

¹⁴ La sentenza 9 aprile 2015 del *Juzgado de lo Social* di Toledo considera espressamente che un anno di prova equivale alla conclusione di un contratto a tempo determinato acasuale. Questa è la prima sentenza di merito dopo la pronuncia della Corte Costituzionale del gennaio scorso. Come tra l'altro già anticipato da PÉREZ REY, *El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo*, in *RDSoc*, 2012, n. 57, pp. 52 ss.

¹⁵ Tra le prime: C. Giust. 4 luglio 2006, *Adelener*, causa C-212/04; C. Giust. 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, causa C-53/04; C. Giust. sentenza 7 settembre 2006, *Vassallo*, causa C-

norma nazionale disapplicata – l'art. 4.3 della legge 3/2012 – violerebbe il divieto di discriminazione tra lavoratori assunti con contratto *de apoyo a los emprendedores* e tutti gli altri, richiamando a tale proposito gli artt. 20 (principio di eguaglianza), 21 (divieto di discriminazione) e 30 (tutela contro il licenziamento ingiustificato) della Carta di Nizza.

3. *L'incompetenza dell'Unione Europea*

Il richiamo alle norme dell'ordinamento dell'UE non è stato, però, accolto dalla Corte di Giustizia che, con la sentenza 5 febbraio 2015, causa Nisttahuz Poclava (C-117/14), ha risposto alla questione pregiudiziale sollevata dal *Juzgado de lo Social* di Madrid sulla compatibilità, appunto, del periodo di prova di un anno previsto da questa fattispecie contrattuale sia con l'art. 30 della Carta di Nizza sia con gli obiettivi e la disciplina della Direttiva 99/70. La Corte ricorda che l'ambito di applicazione della Carta di Nizza è limitato all'azione degli Stati quando applichino il Diritto dell'Unione e in esso non rientra né l'utilizzo del *contrato de apoyo a los emprendedores* – contratto a tempo indeterminato e perciò escluso dalla Direttiva 99/70 – né il periodo di prova e, pertanto, non può pronunciarsi al riguardo. In questo modo, la Corte continua ad applicare in campo sociale il criterio del collegamento tra diritto nazionale e diritto dell'UE in maniera rigida e formalistica, ovvero solamente quando esista una norma di recepimento di una direttiva¹⁶. Per tale motivo l'art. 30 della Carta di Nizza citato dal giudice spagnolo non può essere utilizzato dalla Corte, proprio a causa dell'assenza di direttive in materia di licenziamento individuale e, infatti, la Corte non l'ha mai usato¹⁷.

L'argomentazione, anche se rigida e formalistica, sarebbe risultata più convincente se solo un anno prima, rispetto a una controversia invece chiaramente rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione secondo i parametri sopra accennati¹⁸, la Corte non avesse ritenuto l'art. 27

180/04, con la mia nota: *Riflessioni comparate sulla recente giurisprudenza della CGCE in materia di successione di contratti a termine*, in questa rivista, 2006, pp. 689 ss.

¹⁶ ORLANDINI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa, 17 luglio 2014, pp. 5-6.

¹⁷ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 5.

¹⁸ Il caso riguardava la possibilità di disapplicare una norma francese che esclude i lavora-

della Carta – informazione e consultazione – di per sé insufficiente a conferire un diritto invocabile “in una controversia tra privati al fine di disapplicare, se del caso, la norma nazionale non conforme alla citata direttiva”¹⁹.

La ragione sembrerebbe essere che mentre il principio di non discriminazione per età costituirebbe principio generale dell’ordinamento europeo, pertanto, di per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale²⁰ ed applicabile a controversie fra privati (insorte dinanzi a giudici nazionali), l’art. 27 della Carta, invece, non potrebbe essere invocato in una controversia fra privati.

Tornando al caso del contratto di sostegno all’imprenditoria spagnolo, la Corte sostiene che nemmeno l’art. 151 del TFUE, che fissa gli obiettivi dell’Unione e degli Stati membri in materia di politica sociale, impone alcun obbligo particolare riguardo ai periodi di prova nei contratti di lavoro. A tale proposito, la Corte ricorda che anche nell’esame del «contratto di nuovo impiego» francese²¹ si era espressa nello stesso modo; essa, infatti, aveva ritenuto che, sebbene la tutela dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro fosse uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati dall’articolo 151 TFUE e il legislatore dell’Unione sia competente in tale settore, in base all’articolo 153. 2 TFUE, le situazioni che non sono state oggetto di misure adottate sul fondamento di tali articoli non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione²². La Corte, utilizzando argomentazioni formalistiche, si dichiara nuovamente incompetente e sceglie di non fare ricorso agli strumenti giuridici a propria disposizione per farvi rientrare una materia che, invece, ben potrebbe collegarsi al più generale equilibrio che la direttiva del ’99 intende stabilire fra temporaneità e

tori con un contratto speciale di inserimento dalla base di calcolo per costituire rappresentanze sindacali titolari dei diritti di informazione e consultazione previsti dalla direttiva 2002/14, in applicazione dell’art. 27 della Carta di Nizza. C. Giust. 15 gennaio 2014, *AMS*, causa C-176/12.

¹⁹ C. Giust. 15 gennaio 2014, *AMS*, causa C-176/12, par. 48-49. Con nota di DORSSEMONT, *The right to information and consultation in article 27 of the charter of fundamental rights of the European Union*, in *Current Issue MJ*, 2014-4, p. 704 ss.

²⁰ V. ad es. C. Giust. 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, causa C-555/07.

²¹ Modalità contrattuale introdotta in Francia nel 2005 che prevedeva un periodo di “consolidamento” di due anni durante il quale il lavoratore minore di 26 anni poteva essere licenziato senza necessità di giustificazione e che fu dichiarata dalla Corte di Cassazione francese (sentenza 1° luglio 2008 n. 1210) in contrasto con la normativa internazionale, in concreto con la Convenzione OIL n. 158, del 22 giugno 1982, sulla tutela contro il licenziamento ingiustificato.

²² Ordinanza della Corte 16 gennaio 2008 - *Polier/Najar*, causa C-361/07.

stabilità sul lavoro oppure – come espressamente richiesto dal giudice nazionale – alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30 della Carta), che resta priva di impatto normativo diretto nonostante le sue notevoli potenzialità²³.

La Corte di Giustizia mantiene la stessa posizione astensionista anche rispetto alla possibilità di utilizzo della Carta Sociale Europea in quanto ritiene sinteticamente che, alla luce dell'art. 267 TFUE, si tratta di norme internazionali che vincolano gli Stati membri ma che rimangono escluse dalla sfera dell'UE. Così, mentre la Corte di giustizia sceglie di tirarsi fuori dal dibattito, il Comitato europeo dei diritti sociali analizza, invece, con attenzione la normativa nazionale riguardante il periodo di prova di un anno, a conferma dell'esistenza di due differenti livelli europei di tutela, in alcuni casi "addirittura" opposti²⁴. Le sentenze spagnole che disapplicano il diritto nazionale e applicano la Carta Sociale europea riaprono un dibattito già molto acceso in Spagna²⁵ dove sempre più spesso il livello di tutela dei diritti sociali non raggiunge neanche i minimi garantiti dal diritto internazionale.

Key words

Periodo di prova, Politiche occupazionali, Tribunali nazionali, Carta Sociale Europea, Carta di Nizza, Corte di Giustizia Europea.

Trial period, Employment policies, National Courts, European Social Charter, Nice Charter, European Court of Justice.

²³ Come ricorda ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, pp. 642-643.

²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 545.

²⁵ Come dimostrano anche gli studi recenti al rispetto, tra i quali: ALFONSO MELLADO (et alt.), *La Jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014; SALCEDO BELTRÁN, *Negociación colectiva, conflicto social y Carta social europea*, Bomarzo, Albacete, 2014; TEXEIRA ALVÉS, *El cumplimiento de la Carta Social europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugueses, español e italiano*, Atelier, Barcelona, 2014.

Marco Marazza

Dalla *fiction* (*House of cards*) alla realtà:
un immaginario raffronto tra l'*America Works*
di Frank Underwood e il *Jobs Act* di Matteo Renzi

Il protagonista della serie televisiva “*House of cards*” è Frank Underwood (Kevin Spacey), politico del partito democratico americano che sostiene la candidatura presidenziale di Garret Walker. Quando Walker diventa il 45° Presidente degli Stati Uniti Frank Underwood inizia la sua ascesa al potere e riesce prima ad assumere la carica di Vice Presidente degli Stati Uniti e, poi, a subentrare al Presidente in corso di mandato. Raggiunta la presidenza senza passare per una competizione elettorale Underwood ha il problema di superare le resistenze del suo partito a sostenerlo come candidato democratico per le successive elezioni presidenziali ed è dunque costretto ad affrontare, da Presidente in carica, elezioni primarie dall’esito molto incerto.

È in questa delicata fase politica che Frank Underwood decide di puntare tutta la sua campagna elettorale su una radicale riforma dello stato sociale denominata “*America Works*”.

L’ambiziosa idea di Underwood è quella di mobilitare le risorse destinate al sistema di sicurezza sociale per finanziare l’obiettivo di dieci milioni di nuovi posti di lavoro. Lo slogan della riforma è chiaro: ogni americano che lo desidera avrà un lavoro. Il mezzo per raggiungere lo scopo è la spesa pubblica, sotto forma di massicci incentivi alla assunzione, che dovrebbe essere coperta a regime dalla smobilitazione delle risorse destinate al *welfare* (sicurezza sociale, medicare, medicaid, ecc. ...). Da Presidente in carica Underwood lancia nella città di Washington un progetto sperimentale dell’America Work destinando per le nuove assunzioni di quell’area le risorse stanziati per la copertura di costi straordinari ed imprevedibili connessi ad eventuali

calamità naturali. Ciò con la speranza che, visti i primi risultati concreti della sperimentazione, il Paese si faccia persuadere della bontà del progetto e della convenienza di un così strutturale progetto di rivisitazione dei criteri di distribuzione della spesa pubblica destinata al sociale.

Negli Stati Uniti questo dettaglio della trama della *fiction* viene letto come una sorta di estremizzazione delle politiche sociali di Obama, che lanciò un programma di sostegno all'occupazione per la creazione di "green jobs". Ma la radicale ricetta proposta da Underwood è soprattutto commentata da chi esprime perplessità sugli effetti di un così drastico ridimensionamento della spesa destinata alla sicurezza sociale, anche dal punto di vista della probabile perdita di posti di lavoro che deriverebbe dallo smantellamento dei servizi sociali.

Esiste un parallelismo tra il *Jobs Act*, la riforma del lavoro del Governo Renzi, e l'*America Works* di Frank Underwood? Le due riforme non sono ovviamente comparabili, perché la radicalizzazione della proposta avanzata nella *fiction* appartiene, per l'appunto, alla finzione. Eppure lo stimolo per una riflessione resta comunque forte e, in fin dei conti, i punti di contatto ci sono eccome.

L'*America Works* è una proposta lontana dai nostri *standards* culturali. Uno stato che smette di erogare servizi sociali per finanziare occupazione è uno stato che guarda i problemi sociali in una prospettiva prettamente individualistica. Una prospettiva, a ben vedere, antitetica rispetto ai modelli di sicurezza sociale prevalenti in Europa. Basti pensare al fondamentale principio di inderogabilità che qualifica l'intera legislazione giuslavoristica italiana al fine di tutelare l'individuo dalla sua stessa autonomia negoziale. Nell'*America Works* il cittadino non è sostenuto nel bisogno di assistenza sociale da uno stato che eroga servizi ma è fortemente agevolato nella ricerca di un posto di lavoro affinché, con il suo reddito da lavoro, possa personalmente provvedere alle sue esigenze. Scegliendo il come e il dove. Il punto, oltre alle questioni sull'assetto più o meno individualista di una riforma sociale, è più che altro quello di capire se il reddito è poi veramente sufficiente a proteggere la persona dal bisogno e se, da un punto di vista macroeconomico, un indirizzo così radicalmente selettivo della spesa pubblica sia realmente efficiente.

Il *Jobs Act*, oggi, è indubbiamente lontano da questo modello. Le finanze necessarie a sostenere le nuove assunzioni a tempo indeterminato effettuate nel 2015 non hanno richiesto misure straordinarie di finanza pubblica e non lasciano prevedere uno smantellamento dello stato sociale. A ben vedere, ne-

anche possiamo registrare un significativo cambiamento dei criteri di distribuzione della spesa pubblica, salvo non volere rimarcare qualche aumento dei *ticket* per prestazioni sanitarie che si intravede nelle pieghe del DEF o le modalità di tassazione del TFR anticipatamente liquidato in busta paga.

Semmai si potrebbe dire che lo stanziamento degli incentivi all'assunzione (e lo stesso vale per la copertura degli ottanta euro) è stato possibile anche grazie all'innalzamento dell'età pensionabile varata dal Governo Monti. Ma resta il fatto che la loro controprestazione non ha nulla a che vedere con il modello, estremo, dell'*America Works*. Il motivo è semplice. Nel *Jobs Act* la contropartita di quegli incentivi è essenzialmente contrattuale e si misura quasi esclusivamente in termini di flessibilità in uscita: sono le nuove tutele contro i licenziamenti del contratto a tutele crescenti. Uno scambio forse neanche immaginabile per la cultura anglosassone dello sceneggiatore di *House of cards*, che probabilmente da tempo ha dimenticato le questioni sulla flessibilità in uscita dal rapporto di lavoro che ancora affannano parte del vecchio continente.

Piuttosto da questo punto di vista il raffronto tra realtà e *fiction* si potrebbe fare più interessante nel medio e lungo periodo. Ed infatti non è da escludere che della questione di fondo posta dalla *fiction* non si debba discutere, in concreto, già a partire dal 2016, almeno nel caso in cui il Governo dovesse avere difficoltà a trovare le risorse per rinnovare gli incentivi per gli assunti a partire dal 2016. Perché in tal caso un Governo che crede a questo tipo di utilizzo della spesa pubblica dovrà inevitabilmente porsi il problema di spiegare se per incentivare con le finanze pubbliche nuovi posti di lavoro sia giusto rinunciare a parti, piccole o grandi che siano, del sistema di protezione sociale. Non a tutele contrattuali. Ma a servizi e prestazioni pubbliche, a partire da quelle sanitarie.

Considerati i problemi di copertura di cui già si discute per gli incentivi triennali destinati dal Governo Renzi agli assunti nel 2015, è lecito dire che un confronto delle forze politiche su questo tema sia realisticamente possibile. E tutti, così, ci troveremmo dinanzi alla necessità di dover rispondere a questa difficile domanda: quali voci della attuale spesa pubblica meriterebbero di essere dirottate per finanziare la stabile incentivazione di nuova occupazione o, più in generale, per abbattere il cuneo fiscale di lavoratori già occupati o nuovi assunti?

È interessante, poi, raffrontare *America Works* e *Jobs Act* anche su un terreno più strettamente politico, perché (sempre tra *fiction* e realtà) in entrambi

i progetti di riforma è indubbiamente forte la finalità elettorale, la volontà di ricercare consenso nel breve periodo.

Frank Underwood per ottenere un consenso elettorale immediato dirotta le coperture per eventuali calamità naturali con la convinzione che la creazione di nuovi posti di lavoro a Washington possa spianargli la competizione elettorale. La strategia è quella di vincere le primarie del partito democratico grazie a questa sperimentazione e di iniziare, in vista delle elezioni presidenziali vere e proprie, ad impiegare sull'*America Works* le risorse destinate ai servizi sociali. Ogni posto di lavoro creato dalla riforma è un moltiplicatore di voti, e questa è una verità valida un po' ovunque. Matteo Renzi interviene nel 2015 in modo decisamente più delicato nella individuazione della copertura finanziaria del *Jobs Act*, ma è il modo in cui le rende disponibili al mercato che fa insorgere il legittimo sospetto che uno degli obiettivi di questa riforma sia anche quello di acquisire consenso politico da spendere nel breve periodo.

Gli incentivi economici, uniti alle nuove tutele crescenti, determineranno senza dubbio un incremento dei contratti di lavoro a tempo indeterminato. È inevitabile che verso la fine del 2015 gli effetti di queste misure saranno oggetto di duro confronto politico sui numeri, perché resterà da verificare e documentare in che misura il maggior numero di contratti a tempo indeterminato produca veramente nuova occupazione o, semplicemente, a saldo sostanzialmente invariato, sostituzione di altre tipologie contrattuali temporanee (lavoro a termine, somministrazione, ecc.), speciali (apprendistato) o autonome (collaborazioni coordinate e continuative, con o senza progetto). Ma una cosa è comunque certa. Il maggior numero di contratti a tempo indeterminato verrà invocato dal Governo per sostenere l'avvenuta creazione di occupazione di qualità, a tempo indeterminato e quindi, nell'immaginario collettivo, stabile.

Ma è veramente così? Per le professionalità intermedie il valore degli incentivi è superiore al costo di risoluzione del rapporto di lavoro a tutele crescenti al compimento del terzo anno di anzianità. Ciò vuol dire, anzitutto, che la spesa pubblica destinata agli incentivi di cui ci stiamo occupando tende a trasferire sulla collettività il costo di risoluzione di rapporti di lavoro attivati nel 2015. Bene inteso, non è scritto da nessuna parte che il lavoratore assunto nel 2015 venga poi licenziato in coincidenza con la fine degli sgravi. Ma il rischio concreto che ciò accada, il rischio cioè che questo rapporto di lavoro non soddisfi le attese pur non configurandosi una giusta causa o un giustifi-

cato motivo di licenziamento, è comunque trasferito dal datore di lavoro alla collettività. L'opzione è pienamente legittima ma non è possibile trascurarne le conseguenze pratiche.

In primo luogo va considerato che per quantificare in modo puntuale l'ammontare di risorse richieste dal *Jobs Act* non è sufficiente guardare solo l'ammontare degli incentivi concessi per gli assunti nel 2015. Se pensiamo ad un lavoratore autonomo assunto con contratto a tutele crescenti nel 2015, e licenziato dopo tre anni allo scadere degli incentivi, il costo che la collettività sosterrà per accompagnare questo percorso è dato dalla perdita dei contributi versati dal lavoratore autonomo alla gestione separata (dal momento della assunzione a tutele crescenti, in avanti), dalla minore contribuzione per i primi tre anni di rapporto di lavoro a tutele crescenti, con connessa contribuzione figurativa, e dal costo del trattamento NASPI che dovrà eventualmente essere erogato al momento della cessazione del rapporto. È per questa ragione che lo schema di decreto sul riordino delle tipologie contrattuali, pur approvato dal Consiglio dei Ministri, ha atteso più di un mese prima trasmesso alle Camere.

Un costo complessivamente elevato. Ma per cosa?

Per alcuni sarà facile rispondere che il costo è giustificato dalla necessità di creare nuova occupazione di qualità. Per altri, però, sarà altrettanto agevole controbattere che la spesa pubblica destinata agli incentivi sta finanziando, in verità, solo l'illusione di una stabilizzazione contrattuale. E ciò per via del contenuto costo di licenziamento nei primi anni di rapporto e dell'infinita posizione del lavoratore a tutele crescenti nel mercato, ad esempio per quanto riguarda le sue potenzialità di accesso al credito.

C'è da chiedersi, in sostanza, se il beneficio della creazione di nuovi posti di lavoro a tempo indeterminato (quantomeno) "semistabili" sia tale da giustificare il costo che la collettività sta sostenendo. E questa valutazione bisognerà farla anche considerando gli effetti sulla concorrenza tra imprenditori che inevitabilmente produce un sistema di incentivi che guarda solo ai nuovi assunti, con il serio rischio di spiazzare le imprese già operative nel 2014 con un organico di dipendenti a pieno costo, senza sconti.

E da qui torniamo al punto di partenza. Se l'incentivo (come oggi è previsto) dovesse rimanere circoscritto ai soli assunti nel 2015 la misura è probabilmente destinata a produrre un ritorno elettorale in vista delle prossime elezioni politiche e, cioè, prima che sia consentita una concreta valutazione della sua efficacia. Valutazione, questa, che avrebbe un senso fare solo

dopo la scadenza del triennio. Ciò, dopo aver verificato il tasso di mortalità dei contratti a tempo indeterminato incentivati.

Se gli incentivi fossero destinati a proseguire nel tempo, nella convinzione che la via per creare occupazione di qualità è quella della spesa pubblica necessaria per la riduzione del cuneo fiscale, si porrà invece il problema delle coperture e delle conseguenti variazioni di destinazione della spesa pubblica. Uno scenario politicamente ben più complesso e incerto. A quali servizi saremmo disposti a rinunciare per incentivare nuova occupazione? È una questione che per ora non si è posta, forse anche per ragioni di consenso elettorale.

Come detto, i punti di contatti tra finzione e realtà ci sono, almeno sembra.

notizie sugli autori

Ana Murcia Clavería

Professoressa di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Università di Valladolid

Maria Teresa Díaz Aznarte

Professoressa di Diritto del lavoro e della Sicurezza sociale, Università di Granada

Maria Dolores Santos Fernández

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Siena

Antonella Durante

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro europeo, Università di Catania

Marco Marazza

Professore Ordinario di Diritto del lavoro, Università Telematica “Universitas Mercatorum”

Giuseppe Meli

Dottore di ricerca in Teoria e prassi della regolazione sociale nell’U.E., Università di Catania

Federica Minolfi

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università G. d’Annunzio di Chieti (Pescara)

Marco Peruzzi

Ricercatore a tempo determinato di Diritto del lavoro, Università di Verona

Umberto Romagnoli

Professore Emerito di Diritto del lavoro, Università di Bologna

Anna Trojsi

Professore associato di Diritto del lavoro, Università “Magna Graecia” di Catanzaro

Lorenzo Zoppoli

Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

Normativa

| | |
|------------------------|---|
| <i>ai</i> | accordo interconfederale |
| <i>cnc</i> | contratto collettivo nazionale di comparto |
| <i>cnl</i> | contratto collettivo nazionale di lavoro |
| <i>cnq</i> | contratto collettivo nazionale quadro |
| <i>cod. civ.</i> | codice civile |
| <i>cod. pen.</i> | codice penale |
| <i>cod. proc. civ.</i> | codice di procedura civile |
| <i>cod. proc. pen.</i> | codice di procedura penale |
| Cost. | Costituzione |
| <i>d.d.l.</i> | disegno di legge |
| <i>d.g.r.</i> | delibera giunta regionale |
| <i>d.i.</i> | decreto interministeriale |
| <i>dir.</i> | direttiva della Comunità europea |
| <i>dir. P.C.M.</i> | direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri |
| <i>d.l.</i> | decreto legge |
| <i>d.lgs.</i> | decreto legislativo |
| <i>d.lgs.lgt.</i> | decreto legislativo luogotenenziale |
| <i>d.m.</i> | decreto ministeriale |
| <i>d.P.C.M.</i> | decreto Presidente del Consiglio dei Ministri |
| <i>d.P.R.</i> | decreto Presidente della Repubblica |
| <i>gu</i> | Gazzetta Ufficiale |
| <i>guce</i> | Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee |
| <i>gue</i> | Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea |
| <i>jo</i> | Journal Officiel |
| <i>l.</i> | legge |
| <i>l.cost.</i> | legge costituzionale |
| <i>l.d.</i> | legge delega |
| <i>l.p.</i> | legge provinciale |
| <i>l.r.</i> | legge regionale |
| <i>pl</i> | Public Law |
| <i>racc.</i> | raccomandazione della Comunità europea |

| | |
|------------------|------------------------------------|
| <i>r.d.l.</i> | regio decreto legge |
| <i>reg.</i> | regolamento della Comunità europea |
| <i>St. lav.</i> | Statuto dei lavoratori |
| <i>Statutes</i> | Statutes at Large |
| <i>Supp.</i> | Supplement |
| <i>Tratt. ce</i> | Trattato delle Comunità europee |
| <i>t.u.</i> | testo unico |

Giurisprudenza e altre Autorità

| | |
|-------------------------------|--|
| <i>Caa</i> | Cour administrative d'appel |
| <i>Cass.</i> | Cassazione |
| <i>Cass. Pen.</i> | Cassazione penale |
| <i>Cass. Sez. Un.</i> | Cassazione Sezioni Unite |
| <i>App.</i> | Corte d'Appello |
| <i>C. Conti</i> | Corte dei Conti |
| <i>C. Cost.</i> | Corte Costituzionale |
| <i>Comm. Gar.</i> | Commissione di Garanzia |
| <i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i> | Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia |
| <i>Cons. St.</i> | Consiglio di Stato |
| <i>Cons. St., Ad. Plen.</i> | Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria |
| <i>C. Eur. Dir. Uomo</i> | Corte europea dei diritti dell'Uomo |
| <i>C. Giust.</i> | Corte di Giustizia delle Comunità europee |
| <i>Pret.</i> | Pretura |
| <i>Trib.</i> | Tribunale |
| <i>Ta</i> | Tribunal administratif |
| <i>Tar</i> | Tribunale amministrativo regionale |

Commentari, enciclopedie e trattati

| | |
|------------------------------|---|
| <i>Comm. Branca</i> | Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca |
| <i>Comm. Schlesinger</i> | Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger |
| <i>Comm. Scialoja-Branca</i> | Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca |
| <i>DDPCiv</i> | Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile |
| <i>DDPCom</i> | Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale |
| <i>DDP</i> | Digesto delle discipline pubblicistiche |
| <i>DI</i> | Digesto italiano |
| <i>ED</i> | Enciclopedia del diritto |
| <i>EGT</i> | Enciclopedia giuridica Treccani |

| | |
|----------------------------|--|
| <i>NDI</i> | Novissimo digesto italiano |
| <i>Tr. Bessone</i> | Trattato di diritto privato curato da M. Bessone |
| <i>Tr. Cicu-Messineo</i> | Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni |
| <i>Tr. contr. Rescigno</i> | Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno |
| <i>Tr. Galgano</i> | Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano |
| <i>Tr. Iudica-Zatti</i> | Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti |
| <i>Tr. Rescigno</i> | Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno |
| <i>Tr. Vassalli</i> | Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli |

Riviste

| | |
|-----------------|---|
| <i>AB</i> | Arbeitsrecht im Betrieb |
| <i>ABS</i> | American Behavioral Scientist |
| <i>AC</i> | Archivio civile |
| <i>ADL</i> | Argomenti di diritto del lavoro |
| <i>AER</i> | American Economic Review |
| <i>AGC</i> | Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali |
| <i>Ag. inc.</i> | Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore |
| <i>AgS</i> | Aggiornamenti sociali |
| <i>AI</i> | L'amministrazione italiana |
| <i>AJDA</i> | Actualité juridique, droit administratif |
| <i>AJFP</i> | Actualité juridique, fonctions publiques |
| <i>AJS</i> | American Journal of Sociology |
| <i>AJIM</i> | American Journal of Industrial Medicine |
| <i>AL</i> | Actualidad Laboral |
| <i>ALINC</i> | Accademia dei Lincei |
| <i>ALR</i> | Administrative Law Review |
| <i>Amm.</i> | Amministrare |
| <i>AOME</i> | Academy of Management Executives |
| <i>AP</i> | Archivio penale |
| <i>AR</i> | Arbeit und Recht |
| <i>Arb.</i> | Arbeitsrecht |
| <i>AS</i> | L'assistenza sociale |
| <i>ASI</i> | Affari sociali internazionali |
| <i>ASL</i> | Ambiente e sicurezza sul lavoro |
| <i>ASoc</i> | Le assicurazioni sociali |
| <i>ASQ</i> | Administrative Science Quarterly |
| <i>AVIO</i> | Actuele Voorinformatie Overlegoganen |

| | |
|--------------------|---|
| <i>Banca</i> | Banca, borsa e titoli di credito |
| <i>BB</i> | Betriebs-Berater |
| <i>BCE</i> | Bulletin des Communautés européennes |
| <i>BDGInfoutet</i> | Banche dati giuridiche Infoutet |
| <i>BJIR</i> | British Journal of Industrial Relations |
| <i>BL</i> | Biblioteca della libertà |
| <i>BRDA</i> | Bullettin rapide de droit des affaires |
| <i>BT</i> | Bollettino tributario |
| <i>Bull. civ.</i> | Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles |
| <i>Bull. crim.</i> | Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle |
| <i>Bull. Joly</i> | Bullettin Joly sociétés |
| <i>Bund</i> | Bundesarbeitsblatt |
| <i>C&CC</i> | Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro |
| <i>CA</i> | Corriere amministrativo |
| <i>CC</i> | La civiltà cattolica |
| <i>CDE</i> | Cahiers de droit européen |
| <i>CDI</i> | Comuni d'Italia |
| <i>CDS</i> | Chroniques de Droit Social |
| <i>CG</i> | Corriere giuridico |
| <i>CI</i> | Contratto e impresa |
| <i>CIL</i> | Contemporary issues in law |
| <i>CIS</i> | Cuadernos de informacion sindical |
| <i>CJE</i> | Cambridge Journal of Economics |
| <i>CJEL</i> | Columbia Journal of European Law |
| <i>CJF</i> | Courrier juridique des finances |
| <i>CLJ</i> | Cambridge Law Journal |
| <i>CLLPJ</i> | Comparative Labor Law & Policy Journal |
| <i>CLP</i> | Current Legal Problems |
| <i>CLR</i> | Columbia Law Revue |
| <i>CLR</i> | Connecticut Law Review |
| <i>CM</i> | Critica marxista |
| <i>CMLR</i> | Common Market Law Review |
| <i>CNS-EP</i> | cns-Ecologia Politica |
| <i>Contr.</i> | Contrattazione |
| <i>CP</i> | Corti pugliesi |
| <i>CPen</i> | Cassazione penale |
| <i>CPS</i> | Comparative Political Studies |
| <i>CRL</i> | Cuaderno de Relaciones Laborales |
| <i>CS</i> | Consiglio di Stato |

| | |
|--------------------|--|
| <i>CSoc</i> | La critica sociologica |
| <i>CTrib</i> | Corriere Tributario |
| <i>CU</i> | Il corriere dell'Unesco |
| <i>CYE</i> | Cambridge Yearbook of European Law |
| <i>D&L</i> | Rivista critica di diritto del lavoro |
| <i>DA</i> | Diritto amministrativo |
| <i>DC</i> | Disciplina del commercio |
| <i>DCS</i> | Diritto comunitario e degli scambi internazionali |
| <i>DD</i> | Democrazia e diritto |
| <i>DDPen</i> | Digesto delle discipline penalistiche |
| <i>DE</i> | Diritto dell'economia |
| <i>DEcl.</i> | Il diritto ecclesiastico |
| <i>DeS</i> | Diritto e società |
| <i>D&G</i> | Diritto e giustizia |
| <i>DG</i> | Diritto e giurisprudenza |
| <i>DGA</i> | Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente |
| <i>DI</i> | Il Diritto industriale |
| <i>DIC</i> | Diritto immigrazione e cittadinanza |
| <i>DL</i> | Il diritto del lavoro |
| <i>DLab</i> | Derecho laboral |
| <i>DLMarche</i> | Diritto e lavoro nelle Marche |
| <i>DLRI</i> | Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali |
| <i>DM</i> | Il diritto marittimo |
| <i>DML on-line</i> | Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro" |
| <i>DML</i> | Il diritto del mercato del lavoro |
| <i>DO</i> | Droit ouvrier |
| <i>DP</i> | Diritto pubblico |
| <i>DPA</i> | Diritto processuale amministrativo |
| <i>DPCE</i> | Diritto pubblico comparato ed europeo |
| <i>DPL</i> | Diritto e pratica del lavoro |
| <i>DPLOro</i> | Diritto e pratica del lavoro Oro |
| <i>DPP</i> | Diritto penale e processo |
| <i>DPS</i> | Diritto e pratica delle società |
| <i>DPTr</i> | Diritto e pratica tributaria |
| <i>DR</i> | Danno e responsabilità |
| <i>DRI</i> | Diritto delle relazioni industriali |
| <i>DS</i> | Droit social |
| <i>DSoc.</i> | Diritto e società |
| <i>DT</i> | Derecho del trabajo |
| <i>DU</i> | I diritti dell'uomo |

| | |
|---------------------|--|
| <i>DUE</i> | Il diritto dell'Unione europea |
| <i>EDP</i> | Europa e Diritto privato |
| <i>EGI</i> | Enciclopedia giuridica italiana |
| <i>EGL</i> | Enciclopedia giuridica del lavoro |
| <i>EHRLR</i> | European Human Rights Law Review |
| <i>EI</i> | European Integration on line |
| <i>EID</i> | Economic and Industrial Democracy |
| <i>EIRR</i> | European Industrial Relations Review |
| <i>EJIR</i> | European Journal of Industrial Relations |
| <i>EJLE</i> | European Journal of Law & Economics |
| <i>EJPR</i> | European Journal of Political Research |
| <i>EJSS</i> | European Journal of Social Security |
| <i>EJWST</i> | the European Journal of Women's Studies |
| <i>EL</i> | Economia e lavoro |
| <i>ELJ</i> | Employment Law Journal |
| <i>ELLJ</i> | European Labour Law Journal |
| <i>ELR</i> | European Law Review |
| <i>EM</i> | Environmental Management |
| <i>EP</i> | Economic Policy |
| <i>EPI</i> | Economia e politica industriale |
| <i>EPL</i> | European Public Law |
| <i>ETUI-REHS WP</i> | European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety |
| <i>EuD</i> | Europa e diritto |
| <i>EULJ</i> | European Law Journal |
| <i>EurLR</i> | European Law Review |
| <i>FA CDS</i> | Foro amministrativo - Consiglio di Stato |
| <i>FA TAR</i> | Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale |
| <i>FA</i> | Foro amministrativo |
| <i>FD</i> | Famiglia e diritto |
| <i>FI</i> | Foro italiano |
| <i>FP</i> | Foro padano |
| <i>FSS</i> | Foro de Seguridad Social |
| <i>GA</i> | Giurisdizione amministrativa |
| <i>GADI</i> | Giurisprudenza annotata di diritto industriale |
| <i>GAI</i> | Giurisprudenza agraria italiana |
| <i>GASicilia</i> | Giurisprudenza amministrativa della Sicilia |
| <i>GC</i> | Giustizia civile |
| <i>GCC</i> | Nuova giurisprudenza civile commentata |
| <i>GcCc</i> | Giurisprudenza completa della Cassazione civile |

| | |
|-------------------|--|
| <i>GCom</i> | Giurisprudenza commerciale |
| <i>GCost</i> | Giurisprudenza costituzionale |
| <i>GD</i> | Guida al diritto - Il Sole 24 ore |
| <i>GDA</i> | Giornale di diritto amministrativo |
| <i>GEL</i> | Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore |
| <i>GI</i> | Giurisprudenza italiana |
| <i>GL</i> | Guida al lavoro - Il Sole 24 ore |
| <i>GM</i> | Gewerkschaftliche Monatshefte |
| <i>GME</i> | Giurisprudenza di merito |
| <i>GN</i> | Guida normativa - Il Sole 24 ore |
| <i>GNap</i> | Giurisprudenza napoletana |
| <i>Governance</i> | Governance: An International Journal of Policy and Administration |
| <i>GP</i> | Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore |
| <i>GPE</i> | La Giustizia penale |
| <i>GS</i> | Gaceta Sindical |
| <i>Hand</i> | Handelsblatt |
| <i>HBR</i> | Harvard Business Review |
| <i>HLR</i> | Harvard Law Review |
| <i>HRMJ</i> | Human Resource Management Journal |
| <i>LAJ</i> | Les informations administratives et juridiques |
| <i>IC</i> | Industria e Cultura |
| <i>ID</i> | Informatica e diritto |
| <i>IF</i> | Le istituzioni del federalismo |
| <i>IJCL</i> | The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations |
| <i>IJDL</i> | International Journal of Discrimination and the Law |
| <i>IJPL</i> | Italian Journal of Public Law |
| <i>ILJ</i> | Industrial Law Journal |
| <i>ILLEJ</i> | Italian Labour Law e-Journal |
| <i>ILMRT</i> | Iab Labour Market Research Topics |
| <i>ILO, CWES</i> | ILO, Conditions of Work and Employment Series |
| <i>ILP</i> | Impresa lavoro e previdenza |
| <i>ILR</i> | International Labour Review |
| <i>LRR</i> | Industrial and Labour Relations Review |
| <i>IMWP</i> | Jean Monnet Working Paper |
| <i>IP</i> | Informazione previdenziale |
| <i>IPen</i> | Indice penale |
| <i>IRJ</i> | Industrial Relations Journal |
| <i>IRLJ</i> | Industrial Relations Law Journal |

| | |
|-------------------|--|
| <i>IS</i> | Industria e sindacato |
| <i>ISE</i> | Istituzioni e sviluppo economico |
| <i>ISL</i> | Igiene e sicurezza del lavoro |
| <i>ISoc</i> | Impresa sociale |
| <i>ISV</i> | Informatore Svimez |
| <i>ITI</i> | Itinerari di impresa |
| <i>IU</i> | Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003 |
| <i>JAB</i> | Journal of Asian Business |
| <i>JAR</i> | Jurisprudentie Arbeidsrecht |
| <i>JBE</i> | Journal of Business Ethics |
| <i>JCM</i> | Journal of Common Market Studies |
| <i>JCP</i> | Juris-Classeur Périodique |
| <i>JEL</i> | Journal of Economic Literature |
| <i>GNap</i> | Giurisprudenza napoletana |
| <i>Governance</i> | Governance: An International Journal of Policy and Administration |
| <i>GP</i> | Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore |
| <i>GPE</i> | La Giustizia penale |
| <i>GS</i> | Gaceta Sindical |
| <i>Hand</i> | Handelsblatt |
| <i>HBR</i> | Harvard Business Review |
| <i>HLR</i> | Harvard Law Review |
| <i>HRMJ</i> | Human Resource Management Journal |
| <i>LAJ</i> | Les informations administratives et juridiques |
| <i>IC</i> | Industria e Cultura |
| <i>ID</i> | Informatica e diritto |
| <i>IF</i> | Le istituzioni del federalismo |
| <i>IJCL</i> | The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations |
| <i>IJDL</i> | International Journal of Discrimination and the Law |
| <i>ILJ</i> | Industrial Law Journal |
| <i>ILLEJ</i> | Italian Labour Law e-Journal |
| <i>ILMRT</i> | Iab Labour Market Research Topics |
| <i>ILO, CWES</i> | ILO, Conditions of Work and Employment Series |
| <i>ILP</i> | Impresa lavoro e previdenza |
| <i>ILRR</i> | Industrial and Labour Relations Review |
| <i>IMWP</i> | Jean Monnet Working Paper |
| <i>IP</i> | Informazione previdenziale |
| <i>IPen</i> | Indice penale |
| <i>IRJ</i> | Industrial Relations Journal |

| | |
|----------------|---|
| <i>IRLJ</i> | Industrial Relations Law Journal |
| <i>IS</i> | Industria e sindacato |
| <i>ISL</i> | Igiene e sicurezza del lavoro |
| <i>ISoc</i> | Impresa sociale |
| <i>ISV</i> | Informatore Svimez |
| <i>ITI</i> | Itinerari di impresa |
| <i>IU</i> | Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003 |
| <i>JAB</i> | Journal of Asian Business |
| <i>JAR</i> | Jurisprudentie Arbeidsrecht |
| <i>JBE</i> | Journal of Business Ethics |
| <i>JCM</i> | Journal of Common Market Studies |
| <i>JCP</i> | Juris-Classeur Périodique |
| <i>JEL</i> | Journal of Economic Literature |
| <i>JEP</i> | Journal of Economic Perspectives |
| <i>JEPP</i> | Journal of European Public Policy |
| <i>JIE</i> | Journal of International Economics |
| <i>JJ</i> | JJurimetrics Journal |
| <i>JLS</i> | Journal of Legal Studies |
| <i>JME</i> | Journal of Monetary Economy |
| <i>JMWP</i> | Jena Monnet Working Paper |
| <i>JO</i> | Journal Officiel |
| <i>JPE</i> | Journal of Political Economy |
| <i>JPP</i> | Journal of Political Philosophy |
| <i>JSP</i> | Journal Social Policy |
| <i>JSWFL</i> | Journal of Social Welfare and Family Law |
| <i>JTI</i> | Juristischer Teil |
| <i>KJ</i> | Kritische Justiz |
| <i>L80</i> | Lavoro '80 |
| <i>Labour</i> | Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations |
| <i>LD</i> | Lavoro e diritto |
| <i>L&G</i> | Legge&Giustizia: www.legge-e-giustizia.it |
| <i>LG</i> | Il lavoro nella giurisprudenza |
| <i>LI</i> | Lavoro informazione |
| <i>LIEI</i> | Legal Issues of European Integration |
| <i>LP</i> | Lavoro e previdenza oggi |
| <i>LPA</i> | Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni |
| <i>LPR</i> | Low Pay Review |
| <i>LQR</i> | Law Quarterly Review |
| <i>LR</i> | Le Regioni |

| | |
|-----------------|--|
| <i>LRI</i> | Lavoro e relazioni industriali |
| <i>LS</i> | Labour and Society |
| <i>Mass. FI</i> | Massimario del Foro italiano |
| <i>Mass. GC</i> | Massimario di Giustizia Civile |
| <i>Mass. GI</i> | Massimario della Giurisprudenza italiana |
| <i>MCG</i> | Materiali per una storia della cultura giuridica |
| <i>Mer</i> | Il Merito |
| <i>MGCP</i> | Massimario della giurisprudenza civile patavina |
| <i>MGL</i> | Massimario giurisprudenza del lavoro |
| <i>MJECL</i> | Maastricht Journal of European and Comparative Law |
| <i>MLR</i> | Monthly Labor Review |
| <i>MLR</i> | Modern Law Review |
| <i>MoLR</i> | Monthly Labor Review |
| <i>MS</i> | Le Mouvement Social |
| <i>NA</i> | Nuove autonomie |
| <i>NGCC</i> | Nuova giurisprudenza civile commentata |
| <i>NGL</i> | Notiziario della giurisprudenza del lavoro |
| <i>NI Cgil</i> | Note informative Cgil |
| <i>NIER</i> | National Institute Economic Review |
| <i>NJIL</i> | Nordic Journal of International Law |
| <i>NJW</i> | Neue Juristische Wochenschrift |
| <i>NL</i> | Notiziario del lavoro |
| <i>NLCC</i> | Le nuove leggi civili commentate |
| <i>NLCGS</i> | Newsletter CgS |
| <i>NLR</i> | New Left Review |
| <i>NLT</i> | Notiziario del lavoro Telecom |
| <i>NOT</i> | Notariato |
| <i>NR</i> | Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni |
| <i>NRL</i> | Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza |
| <i>NT</i> | Nuove tutele |
| <i>NTSR</i> | Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht |
| <i>NZA</i> | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| <i>OA</i> | Office Automation |
| <i>OE</i> | Orizzonti economici |
| <i>OGI</i> | Orientamenti della giurisprudenza del lavoro |
| <i>PC</i> | Public Choice |
| <i>PD</i> | Politica del diritto |
| <i>PE</i> | Politica e economia |
| <i>PI</i> | Politica internazionale |

| | |
|-----------------|--|
| <i>PL</i> | Personale e lavoro |
| <i>PLaw</i> | Public Law |
| <i>PR</i> | Personnel Review |
| <i>PS</i> | Previdenza sociale |
| <i>PSA</i> | La previdenza sociale nell'agricoltura |
| <i>PSI</i> | Prospettiva sindacale |
| <i>PSL</i> | Psicologia e lavoro |
| <i>PSS</i> | Prospettive sociali e sanitarie |
| <i>QBT</i> | Quaderni Banca Toscana |
| <i>QC</i> | Quaderni costituzionali |
| <i>QDLRI</i> | Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali |
| <i>QDPE</i> | Quaderni di diritto e politica ecclesiastica |
| <i>QEL</i> | Quaderni di Economia e Lavoro |
| <i>QF</i> | QQquaderni fiorentini |
| <i>QFA</i> | Quaderni della Fondazione Aristeia |
| <i>QFPC</i> | Quaderni della Funzione pubblica Cgil |
| <i>QFSPGM</i> | Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno |
| <i>QG</i> | Questione giustizia |
| <i>QI</i> | Quaderni Isfol |
| <i>QIS</i> | Quaderni di industria e sindacato |
| <i>QISv</i> | Quaderni di informazione Svimez |
| <i>QL</i> | Questione Lavoro |
| <i>QP</i> | Quaderni del Pluralismo |
| <i>QR</i> | Quaderni regionali |
| <i>QS</i> | Quale Stato |
| <i>QRIDL</i> | Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro |
| <i>QRS</i> | Quaderni di Rassegna sindacale |
| <i>RA</i> | Rivista amministrativa |
| <i>Racc. CG</i> | Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce |
| <i>RADC</i> | Rassegna di diritto civile |
| <i>RADP</i> | Rassegna di diritto pubblico |
| <i>RAE</i> | Revue des affaires européennes |
| <i>RArb</i> | Rivista dell'arbitrato |
| <i>RArbeit</i> | Recht der Arbeit |
| <i>RASDPE</i> | Rassegna di Diritto pubblico europeo |
| <i>Rase</i> | La responsabilità amministrativa delle società e degli enti |
| <i>RCD</i> | Rivista critica del diritto privato |
| <i>RCI</i> | Responsabilità Comunicazione Impresa |
| <i>RCCG</i> | Rivista della cooperazione giuridica internazionale |

| | |
|------------------|---|
| <i>Rcoop</i> | Rivista della cooperazione |
| <i>RCP</i> | Responsabilità civile e previdenziale |
| <i>RCS</i> | Rassegna del Consiglio di Stato |
| <i>RD</i> | Raccueil Dalloz |
| <i>RDA</i> | Rivista di diritto agrario |
| <i>RDC</i> | Rivista di diritto civile |
| <i>RDCom</i> | Rivista di diritto commerciale |
| <i>RDE</i> | Rivista di diritto europeo |
| <i>RDI</i> | Rivista di diritto industriale |
| <i>RDICL</i> | Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro |
| <i>RDInt</i> | Rivista di diritto internazionale |
| <i>RDIPP</i> | Rivista di diritto internazionale privato e processuale |
| <i>RDL</i> | Rivista di diritto del lavoro |
| <i>RDN</i> | Rivista del diritto della navigazione |
| <i>RDP</i> | Rivista di diritto processuale |
| <i>RDPC</i> | Rivista di diritto e procedura civile |
| <i>RDPE</i> | Rassegna di diritto pubblico europeo |
| <i>RDPU</i> | Rivista di diritto pubblico |
| <i>RDS</i> | Rivista di diritto sportivo |
| <i>RSDI</i> | Rivista di storia del diritto italiano |
| <i>RDSoc</i> | Revista de derecho social |
| <i>RDSS</i> | Rivista del diritto della sicurezza sociale |
| <i>RDT</i> | Revue de droit de travail |
| <i>RDT</i> | Rivista di Diritto tributario |
| <i>RDUE</i> | Revue du droit de l'Union européenne |
| <i>RE</i> | Rassegna economica |
| <i>RECONWP</i> | RECON Online Working Papers, www.reconproject.eu |
| <i>REDT</i> | Revista española de derecho del trabajo |
| <i>Rep. FI</i> | Repertorio del Foro italiano |
| <i>Rep. GC</i> | Repertorio della Giustizia civile |
| <i>Rep. GI</i> | Repertorio della Giurisprudenza italiana |
| <i>RevDP</i> | Revue de droit public |
| <i>RevE</i> | Revue Europe |
| <i>Rev. soc.</i> | Revue des sociétés |
| <i>RFDA</i> | Revue française de droit administratif |
| <i>RFDUC</i> | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense |
| <i>RG</i> | Redazione Giuffrè |
| <i>RGA</i> | Rivista giuridica dell'ambiente |
| <i>RGCT</i> | Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti |

| | |
|-----------------------|---|
| <i>RGE</i> | Rassegna giuridica dell'Enel |
| <i>RGL</i> | Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale |
| <i>RGL Veneto</i> | Rassegna giuridica lavoro Veneto |
| <i>RGM</i> | Rivista giuridica del Mezzogiorno |
| <i>RGPolizia</i> | Rivista giuridica della Polizia |
| <i>RGQServ.Pubbl.</i> | Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici |
| <i>RGS</i> | Rivista giuridica della scuola |
| <i>RGSanità</i> | Rassegna giurisprudenziale della Sanità |
| <i>RGSar.</i> | Rivista giuridica sarda |
| <i>RIDL</i> | Rivista italiana di diritto del lavoro |
| <i>RIDPC</i> | Rivista italiana di diritto pubblico comunitario |
| <i>RIDPP</i> | Rivista italiana di diritto e procedura penale |
| <i>RIDU</i> | Rivista internazionale dei diritti dell'uomo |
| <i>RIE</i> | Rivista italiana di economia |
| <i>RIFD</i> | Rivista italiana di filosofia del diritto |
| <i>RIMEDL</i> | Rivista italiana di medicina legale |
| <i>RIML</i> | Rivista degli infortuni e malattie professionali |
| <i>RINFD</i> | Rivista internazionale di filosofia del diritto |
| <i>RIPP</i> | Rivista italiana di previdenza sociale |
| <i>RIPS</i> | Rivista italiana di politiche pubbliche |
| <i>RIS</i> | Rassegna italiana di sociologia |
| <i>RISG</i> | Rivista italiana di scienze giuridiche |
| <i>RISP</i> | Rivista italiana di scienza politica |
| <i>RIT</i> | Revue internationale du travail |
| <i>RivPS</i> | Rivista delle politiche sociali |
| <i>RJS</i> | Revue de jurisprudence sociale |
| <i>RL</i> | Relaciones laborales |
| <i>RLav</i> | Rassegna lavoro |
| <i>RMC</i> | Revue du Marché commun et de l'Union européenne |
| <i>RP</i> | Ragion pratica |
| <i>RPA</i> | Rassegna parlamentare |
| <i>RPE</i> | Rivista di politica economica |
| <i>RPEc</i> | Rivista di diritto pubblico dell'economia |
| <i>RPP</i> | Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata |
| <i>RPS</i> | Revista de Política Social |
| <i>RQM</i> | Revue du Quart Monde |
| <i>RS</i> | Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale |
| <i>RSoc</i> | Rivista delle società |
| <i>RSPI</i> | Rivista di studi politici internazionali |
| <i>RT</i> | Revista de trabajo |

| | |
|----------------------|--|
| <i>RTDE</i> | Revue trimestrielle de droit européen |
| <i>RTDP</i> | Rivista trimestrale di diritto pubblico |
| <i>RTDPE</i> | Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia |
| <i>RTDPC</i> | Rivista trimestrale di diritto e procedura civile |
| <i>RTDPRc</i> | Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia |
| <i>RTSA</i> | Rivista trimestrale di scienza amministrativa |
| <i>RU</i> | Risorse Umane |
| <i>SC</i> | Social Compass |
| <i>SD</i> | Sociologia del diritto |
| <i>SE</i> | Studi emigrazione |
| <i>SI</i> | Studium iuris |
| <i>SJEG</i> | La Semaine Juridique Edition Générale |
| <i>SK</i> | Sociaalrechtelyke kroniken |
| <i>SL</i> | Sociologia del lavoro |
| <i>SM</i> | Stato e mercato |
| <i>SMR</i> | Sloan Management Review |
| <i>SO</i> | Studi Organizzativi |
| <i>Società</i> | Le Società |
| <i>SP</i> | Sanità pubblica |
| <i>SS</i> | Sicurezza sociale |
| <i>SU</i> | Studi urbinati |
| <i>TAR</i> | I tribunali amministrativi regionali |
| <i>ThIL</i> | Theoretical Inquiries in Law |
| <i>TE</i> | Travail et emploi |
| <i>Temi</i> | Temi |
| <i>TG</i> | Toscana giurisprudenza |
| <i>TL</i> | Temas Laborales |
| <i>TLG</i> | Toscana lavoro giurisprudenza |
| <i>TP</i> | Teoria politica |
| <i>Transfer</i> | Transfer, European Review of Labour and Research |
| <i>TVVS</i> | Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen |
| <i>UA</i> | Urbanistica e appalti |
| <i>UCLR</i> | University of Chicago Law Review |
| <i>UPLR</i> | University of Pennsylvania Law Review |
| <i>VN</i> | Vita Notarile |
| <i>Wb JCLS</i> | Web Journal of Current Legal Studies |
| <i>WD</i> | World Development |
| <i>WESoc.</i> | Work, Employment and Society |
| <i>WP</i> | World Politics |
| <i>WP C.S.D.L.E.</i> | |

“Massimo D’Antona” Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”,
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| <i>WP</i> | Olympus I Working Paper di Olympus |
| <i>WSIM</i> | wsi - Mitteilungen |
| <i>YEL</i> | Yearbook of European Law |
| <i>YLJ</i> | Yale Law Journal |
| <i>ZA</i> | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| <i>ZAF</i> | Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung |
| <i>ZIP</i> | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

Finito di stampare nel mese di giugno 2015
dalla Grafica Elettronica (Na)