

indice

editoriale

- 5 JEFF KENNER
Il potenziale impatto della Brexit sul Diritto del lavoro europeo e britannico

saggi

- 13 ALESSANDRO GARILLI
Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello
- 39 CARLA SPINELLI
La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act
- 61 MARIA DOLORES FERRARA
La ricerca a termine: problemi e prospettive del reclutamento dei ricercatori universitari
- 89 OMBRETTA DESSÌ
Riflessioni in tema di astensione collettiva dei notai

giurisprudenza

- 121 STEFANO BATTINI
Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale
(Commento a Corte cost. 25 novembre 2016 n. 251)

- 145 ANNA ALAIMO
La “Riforma Madia” al vaglio della Corte costituzionale. Leale collaborazione e intese possono salvare la riforma della pubblica amministrazione
(Commento a Corte cost. 25 novembre 2016 n. 251)
- 169 VALENTINA PASQUARELLA
*Assunzione a termine “necessariamente” causale per i soggetti disabili: un re-
virement della Cassazione nell’ottica di una tutela multilivello*
(Commento a Cass. 9 settembre 2016 n. 17867)

opinioni

- 189 ROBERTA CALVANO
*Il quesito referendario sull’art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissi-
bilità e politica*
- 195 CLAUDIO DE FIORES
Art. 18: un referendum inammissibile nonostante i precedenti

osservatorio

- 199 EMILIA D’AVINO
*Una riflessione sull’attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti giu-
slavoristici sudamericani*

lavoro e ... cinema

- 211 VALERIA NUZZO
Quei sette minuti che possono valere la dignità
- 215 *Notizie sugli autori*
- 217 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 JEFF KENNER
The Potential Impact of Brexit on EU and UK Labour Law

articles

- 13 ALESSANDRO GARILLI
Immigrants and Social Rights: Equality of Treatment and Multi-level Protection
- 39 CARLA SPINELLI
The Challenge of 'Reasonable Agreements' for Disabled Employees after Jobs Act
- 61 MARIA DOLORES FERRARA
The Fixed-Term Research: Problems and Perspectives of Recruitment of University Lecturers
- 89 OMBRETTA DESSI
Reflections on Collective Action of Notaries

case law

- 121 STEFANO BATTINI
Administrative Change, Policymaking Change, Constitutional Change. Brief Notes on Judgment no. 251 of 2016 of the Constitutional Court
(Comment to Constitutional Court 25 November 2016 no. 251)
- 145 ANNA ALAIMO
The 'Madia Reform' Under Review by the Constitutional Court. Loyal collaboration and Agreements Can Save the Public Administration Reform
(Comment to Constitutional Court 25 November 2016 no. 251)

169 VALENTINA PASQUARELLA

Disabled individuals Has to Be Necessarily Recruited through a Motivated Fixed-Term Contract. A Revirement of the Supreme Court in View of a Multi-level Protection

(Comment to Cass. 9 September 2016 no. 17867)

opinions

187 ROBERTA CALVANO

The Referendum Question on Article 18. Court and Promoters between Admissibility and Politics

195 CLAUDIO DE FIORES

Article 18: an Inadmissible Referendum Despite the Judicial Precedents

labour and... movies

199 EMILIA D'AVINO

A Reflection on the Implementation of Fundamental Rights in the Latin American Labour Law Legal Orders

labour and ... Movies

211 VALERIA NUZZO

Those Seven Minutes that Can Mean Dignity

215 Authors' information

217 Abbreviations

Jeff Kenner*

Il potenziale impatto della *Brexit* sul Diritto del lavoro europeo e britannico

1. Seguendo il risultato shock del referendum dell'anno scorso, il Regno Unito ha dato il via a due anni di procedura di recesso dall'Unione europea notificando tale intenzione al Consiglio europeo, così come previsto dall'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea. Il Regno Unito e l'Unione Europea stanno entrando in un territorio inesplorato. L'art. 50 non è mai stato applicato prima. È assolutamente possibile che il Regno Unito esca dall'Unione europea alla fine del marzo 2019 senza un accordo di recesso. Cambia tutto. In questo contesto, è molto discusso il potenziale impatto di Brexit sul Regno Unito e, in particolar modo, quanto il diritto del lavoro europeo sarà preservato dopo Brexit, ma è importante abbandonare questa prospettiva interna per valutare anche come Brexit possa influenzare il diritto del lavoro europeo. Entrambe le dimensioni sono importanti per il futuro del diritto del lavoro in Europa.

2. Partendo dal potenziale impatto dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, si può osservare come il diritto del lavoro europeo, senza l'ostruzionismo inglese, possa prosperare. La Gran Bretagna si è guadagnata la meritata reputazione di "partner scomodo", dissociandosi dall'Euro e dagli accordi di Schengen e beneficiando di un eccezionale sconto sul bilancio. Guardando al diritto del lavoro, ancor di più, l'euroscetticismo inglese è stato evidente come in nessun'altra area dell'integrazione europea. Il Regno Unito è stato decisamente ostruzionista: dall'opposizione alla Carta sociale di Maa-

* La traduzione dall'inglese è di Irene Zoppoli.

stricht alla resistenza alla Direttiva sull'orario di lavoro degli anni Novanta alla richiesta, insieme alla Polonia, di un Protocollo speciale nel Trattato che potesse contenere la giustiziabilità nel suo territorio dei diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali. Più recentemente, il Regno Unito è stato in prima linea nella spinta della Commissione europea verso diritti del lavoro più flessibili e verso la *deregulation*. Questi dati inducono a chiedersi come l'Unione europea a 27 Stati membri possa sviluppare il diritto del lavoro senza la partecipazione del Regno Unito. È possibile utilizzare i poteri derivanti dai Trattati per rafforzare il diritto del lavoro sovranazionale e, in caso di risposta affermativa, tali poteri potrebbero essere esercitati più liberamente o, di converso, si seguirà una linea di eccessiva prudenza per evitare una divergenza di regolazione dal Regno Unito? In ultimo, l'assenza britannica produrrà più coerenza o farà emergere le divisioni tra gli Stati membri finora nascoste?

3. Sicuramente tentare di rispondere a questi interrogativi è un esercizio di speculazione, ma è importante sottolineare come il Regno Unito non sia sempre stato un partner scomodo e come gli altri Stati membri abbiano perso entusiasmo nel far progredire i diritti del lavoro. Innanzitutto si registra una contrarietà della legislazione della nuova Europa allargata verso l'armonizzazione degli standard lavorativi sia nel breve sia nel lungo periodo. Dal 2005, sotto la Commissione guidata da Barroso, si è verificata un'effettiva battuta d'arresto nella crescita del diritto del lavoro europeo. Si sosteneva che un'eccessiva regolazione in materia di lavoro stesse frenando la crescita economica, l'imprenditorialità e la produttività stavano prendendo piede e la "flexicurity" era l'idea cruciale. Le proposte volte a fornire una tutela dei lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati, intesa come diritto fondamentale di ogni lavoratore *ex art. 30* della Carta dei diritti fondamentali, furono congelate dalla Commissione per paura che avrebbero irrigidito il mercato del lavoro. Perfino Barroso mise in dubbio il concetto di un modello sociale europeo. Negli anni, la presa di distanza del Regno Unito dalle misure previste nella Direttiva sull'orario di lavoro, che ha permesso ai singoli lavoratori di scegliere di acconsentire a lavorare più di 48 ore a settimana, è stata tollerata ed applicata in settori chiave come la salute e la sicurezza in parecchi Stati membri.

Nondimeno, c'è stato un visibile ritardo nella risposta, in primo luogo,

alla pubblica protesta contro le politiche di austerità imposte nell'area Euro dopo la crisi finanziaria globale, in secondo luogo, all'emersione dei partiti cosiddetti populistici di destra e di sinistra e, in terzo luogo, al grado di ottimismo derivante dal miglioramento della situazione economica e di impiego in Europa. Il comune sentire continua ad ispirare drammatiche riforme del diritto del lavoro, che sono state richieste ed implementate in Grecia e in Portogallo come una sorta di condizione per i programmi di abbandono dettati dalla "troika" della Commissione europea, della Banca centrale europea e del Fondo monetario internazionale, operanti secondo regole speciali di emergenza emanate in virtù del Meccanismo europeo di stabilità. Inoltre, nell'ambito del programma semestrale della Commissione europea, tutti gli Stati Membri sono stati incoraggiati a riformare i loro sistemi di diritto del lavoro dalle fondamenta, come accade, ad esempio, in Italia.

4. La prima indicazione sulla direzione di cambiamento proviene dal cosiddetto "Rapporto dei cinque Presidenti" del 2015 sul completamento dell'Unione economica e monetaria. Il rapporto ha riconosciuto il forte impatto delle politiche di austerità – con 18 milioni di disoccupati e il 50% e più di giovani disoccupati in alcuni Stati membri – e ha cercato di dare nuova linfa vitale all'UEM come progetto politico. Tale rapporto ha sottolineato l'importanza di promuovere un'economia sociale di mercato volta alla piena occupazione e al progresso sociale e ha dato origine alla proposta, avanzata nel 2016, di un Pilastro europeo dei diritti sociali, operante solo nell'area Euro. Le consultazioni sono in corso e il Pilastro europeo dei diritti sociali manca di dettagli, ma ha del potenziale per inserire, seppur tardivamente, una dimensione sociale nell'UEM e costruire un ponte nella principale divisione tra Nord e Sud all'interno delle politiche europee di austerità. Per essere efficace richiederà un miglioramento economico e l'abrogazione delle clausole di uscita al più presto possibile, così da conservare ed ampliare la sicurezza sul lavoro, specialmente per i lavoratori precari come quelli della cosiddetta *gig economy*. Con il Regno Unito fuori gioco, questo approccio necessita di essere esteso nell'Unione a 27 dopo il 2019, come indicato dalla rinnovata politica europea sociale del presidente Juncker che enfatizza l'importanza di rivitalizzare il dormiente dialogo sociale, ridefinendo il programma semestrale europeo, ponendovi al centro le priorità sociali e rivisitando la Direttiva sui lavoratori distaccati. L'assenza del Regno Unito potrebbe facilitare questo

“processo di cicatrizzazione”, ma la probabile procedura disordinata di uscita e la perdita del contributo economico del Regno Unito causerà una riduzione dei fondi di coesione europei, che potrebbe far deragliare questo mutamento di politica.

5. Guardando avanti, la proposta revisione della Direttiva sul distacco, per rendere gli accordi collettivi applicabili *erga omnes* ai lavoratori distaccati in tutti i settori e per prevedere norme più stringenti sull'incremento dei salari, è un banco di prova. Offre la possibilità di affrontare alcune preoccupazioni circa il ribasso dei diritti del lavoro derivanti dall'uso di lavoratori distaccati tramite una politica di dumping sociale spesso attuata attraverso l'esternalizzazione. Ciò che emerge è una chiara divisione, non tra Sud e Nord, come nel caso dell'austerità, ma tra Est e Ovest. Undici Parlamenti nazionali si sono opposti alla revisione, tutti Paesi dell'Europa centrale e dell'Est che hanno aderito all'UE dopo il 2004 e i cui lavoratori sono più frequentemente distaccati negli Stati membri occidentali. I Paesi, in particolare Francia e Italia, che hanno supportato la proposta della Commissione, sono destinatari dei lavoratori distaccati, come lo è anche il Regno Unito, che pure era favorevole alla revisione. La Commissione, come preannunciato, ha rifiutato di modificare la sua proposta, argomentando che l'azione dell'Unione è orientata a proteggere i diritti dei lavoratori distaccati nel mercato unico. La sorte della proposta è, comunque, incerta dato che, per ironia della sorte, con l'uscita di scena del Regno Unito e, di fatto, anche dal mercato unico post Brexit, è molto probabile che non si formerà la maggioranza qualificata nel Consiglio dell'Europa a 27 nella sua nuova configurazione se la misura non sarà adottata nei prossimi diciotto mesi. Ulteriori sviluppi si intravedono: come la tensione con la Polonia e l'Ungheria sulla pari dignità e sulla libertà di espressione, e le divisioni Est-Ovest emerse in relazione al Libro bianco sul Futuro dell'Europa recentemente presentato dalla Commissione in cui l'opzione di “fare di più insieme” non ha avuto fortuna e l’“Europa a più velocità” è stata promossa nonostante le ultime minacce alla coesione.

Ciò che emerge è che l'uscita di scena del Regno Unito dal piano europeo potrebbe condurre a maggiori divisioni sia con riferimento all'austerità sia sulla futura direzione dell'Europa, e potrebbe essere di poca rilevanza per le prospettive di più o meno Europa sociale negli anni 2020.

6. In secondo luogo, dobbiamo considerare il potenziale impatto della Brexit sulla futura direzione del diritto del lavoro britannico. Inaspettatamente, sei mesi dopo il referendum si è compreso qualcosa in più del vacuo mantra del Primo Ministro Theresa May “Brexit significa Brexit”. Qualche informazione in più sulla possibile direzione della politica britannica dopo Brexit si ricava dal discorso del Primo Ministro tenutosi a Lancaster House a Londra il 17 gennaio del 2017 e dal successivo Libro bianco, in cui la Signora May ha lanciato il suo “Piano per il Regno Unito”.

Nel suo discorso, la May ha offerto una visione della Gran Bretagna come un paese “più forte, più onesto, più unito e più aperto”. Se si analizza il discorso, si nota che il Governo della May, mentre si appresta a lasciare l’Unione europea, sta cercando di preservare alcuni valori europei condivisi, che includono soprattutto l’uguaglianza e i diritti umani. Nonostante qualche precedente campagna retorica in cui si faceva riferimento alle potenzialità del recesso dalla CEDU, è possibile che la Carta europea dei diritti fondamentali, come testo separato dai Trattati, possa rimanere un punto di riferimento per le Corti britanniche.

Due passaggi nel discorso sono di particolare rilevanza per ciò che attiene al diritto del lavoro. In primo luogo, in riferimento all’esigenza di aumentare la certezza del diritto, l’*European Communities Act*, che ha consentito l’ingresso del diritto dell’Unione europea nell’ordinamento giuridico britannico al tempo dell’adesione alla Comunità, sarà sostituito dal *Great Repeal Act* che rimuoverà tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal diritto unieuropeo vigente alla data della Brexit. Ciò, in applicazione del famoso detto del Gattopardo dello scrittore Di Lampedusa sul tempo del Risorgimento, “se vogliamo che tutto rimanga com’è, bisogna che tutto cambi”. Così, ben lungi dal rimuovere tutto il diritto europeo, il *Great Repeal Act* convertirà l’*acquis* – il corpo del diritto europeo esistente – in diritto britannico. L’effetto di questa legge consentirà al Regno Unito di sottrarsi al controllo di Bruxelles senza cambiare realmente il diritto europeo post Brexit, almeno nel breve periodo. Terminerà la giurisdizione della Corte di Giustizia europea, nei riguardi del Regno Unito, ma ciò non necessariamente metterà fine all’influenza della sua giurisprudenza sulle Corti britanniche. Ciò che davvero questo mutamento comporta, quindi, è che ogni evoluzione del diritto europeo d’ora in poi, nella forma di nuove direttive o emendamenti successivi alla Brexit, come la revisione della Direttiva sui lavoratori distaccati, se adottata, non sarà applicabile a meno che la Gran Bretagna non decida di emanare regole equivalenti per

rimanere nel mercato unico dell'UE. In secondo luogo, il "Piano per la Gran Bretagna", al punto 7, è rubricato "Tutela dei diritti dei lavoratori". Sorprendentemente, memore dell'eredità dell'euroscetticismo nel partito conservatore della May, impegna la Gran Bretagna post Brexit ad assicurare che i diritti dei lavoratori saranno pienamente tutelati e salvaguardati. Inoltre, afferma non solo che il diritto del lavoro europeo sarà conservato, ma anche che sarà costruito sia sul versante della tutela dei lavoratori, sia sul versante dell'accrescimento della partecipazione dei lavoratori nelle imprese. Perciò la Brexit non condurrà necessariamente ad una divergenza del diritto del lavoro tra Gran Bretagna e Unione europea. Con un completo capovolgimento della posizione di Margaret Thatcher, suo predecessore negli anni Ottanta, la signora May favorisce il diritto del lavoro europeo, ma rifiuta il mercato unico. Le politiche dettate in tema di controllo dell'immigrazione sono la più importante conseguenza per il Regno Unito dopo Brexit e ciò deve essere valutato insieme alla conservazione e all'ampliamento dei diritti dei lavoratori. Molto del diritto del lavoro europeo sull'uguaglianza sul posto di lavoro, sui limiti all'orario di lavoro, sulla garanzia di ferie retribuite e sull'aumento della partecipazione dei lavoratori, è avversato fortemente dai sostenitori di destra della Brexit, ma la May è determinata sia a ridurre l'immigrazione sia a occupare il territorio tradizionalmente detenuto dalla sinistra, dal Partito laburista, e dall'estrema destra, il partito per l'indipendenza del Regno Unito, così da ampliare la sua base politica.

7. L'impegno della May di conservare dopo la Brexit il diritto del lavoro europeo lascia alcune aree di incertezza. Una parte del diritto del lavoro europeo, come i Comitati aziendali europei, i diritti di informazione e consultazione in caso di licenziamenti collettivi e la tutela in caso di fallimento ha una dimensione transfrontaliera, non potrà più essere applicata. Altre norme sui lavoratori distaccati e sugli appalti pubblici dipendono dall'adesione al mercato unico e non rientrano nelle promesse della May. Inoltre non è certo che i diritti sociali fondamentali incorporati nella Carta europea saranno rispettati nella Gran Bretagna post Brexit.

Ancor più importante è che, al di fuori dell'ordinamento giuridico unieuropeo, non c'è nessuna garanzia che un Governo britannico possa vincolare un futuro Parlamento dall'abrogare il diritto del lavoro di derivazione eurounitaria erodendo gradualmente l'*acquis* sociale. Il metodo più efficace

di messa in sicurezza a lungo termine dell'influenza del diritto del lavoro europeo nel Regno Unito è l'incorporazione dello stesso in un accordo post-Brexit di libero commercio tra Regno Unito e UE. È quasi certo che un simile accordo non sarà stipulato nei due anni successivi al periodo di recesso e che nel frattempo sarà necessario un accordo transitorio per conservare l'accesso al mercato. In virtù dell'art. 218 TFUE, un simile accordo richiederà l'approvazione all'unanimità dei 27 Stati membri e la ratifica dei Parlamenti nazionali. Il procedimento durerà molti anni e sarà pieno di incertezze. Un tale accordo costituirebbe per l'Unione l'occasione di negoziare clausole con forti elementi essenziali per garantire l'adesione del Regno Unito ai diritti sociali fondamentali e la conservazione dell'*acquis* sociale, in modo da prevenire un dumping sociale all'interno di un continente con valori condivisi. Il Regno Unito avrà la necessità di accedere al mercato per proteggere settori chiave, come i servizi finanziari e i prodotti automobilistici, e questo accesso potrebbe dipendere dalla clausola che impedisce l'indebolimento dei diritti del lavoro a svantaggio dell'Unione a 27. La Gran Bretagna inoltre vorrà evitare il cosiddetto baratro di un recesso senza accordo, così sottoponendosi alle tariffe europee, ma sarà necessario gestire con accuratezza questi accordi per evitare di finire nelle mani dei più forti sostenitori della Brexit che si sono rafforzati in seguito al monito della May di Lancaster House, secondo cui se il Regno Unito è escluso dal mercato unico "noi saremo liberi di cambiare la base del modello economico britannico". In altre parole, la Gran Bretagna non ha escluso un ripensamento sul suo impegno di preservare i diritti dei lavoratori e il regime regolativo europeo, e potrebbe invece intraprendere una Brexit caotica che persegue una corsa verso il basso nella direzione della deregolamentazione fino a creare, al margine dell'Europa, un'economia simile a quella di Singapore. Qualsiasi cosa si dica sul fenomeno Brexit, su Trump e su aspetti simili, un fatto è certo: viviamo in tempi interessanti.

Alessandro Garilli
Immigrati e diritti sociali:
parità di trattamento e tutela multilivello

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Le fonti di diritto internazionale. Non discriminazione ed eguaglianza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte EDU e della Consulta. **3.** La dir. 00/43 CE del 29 giugno 2000 e il limite della nazionalità. **4.** La libera circolazione dei cittadini dell'Unione e i suoi limiti. **5.** Le tipologie di immigrati extracomunitari: titolari di permessi di soggiorno UE e rifugiati. **6.** *Segue:* Immigrati regolari e sicurezza sociale. **7.** Il principio di condizionalità e i vincoli di bilancio. Le Corti a confronto.

1. Introduzione

La tutela antidiscriminatoria non trova nei confronti degli immigrati una comune disciplina, in quanto è applicata secondo una scala graduata di diritti che dipende dalla posizione riconosciuta ai soggetti dalle norme dei trattati internazionali, comunitarie e dei singoli Stati¹. Non è infatti riscontrabile un'unica categoria di immigrati giacché gli ordinamenti (ai diversi livelli) attribuiscono loro *status* differenziati, che determinano una forma di stratificazione civica: clandestini, irregolari, titolari di permesso di soggiorno, di permesso di soggiorno (di lungo periodo) UE, rifugiati²; a cui occorre aggiungere i cittadini dell'Unione che soggiornano nel territorio degli Stati membri. Per quanto si debba registrare un significativo avvicinamento tra le diverse categorie grazie all'estensione a molte materie del principio di parità

¹ POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale*, in www.forumcostituzionale.it (25.7.2005); BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *IF*, 2008, p. 557 ss.

² VITIELLO, *Le dinamiche dell'integrazione degli immigrati nel mercato del lavoro italiano nell'ultimo decennio*, in *RPS*, 2015, n. 2-3, p. 45 ss.

di trattamento e all'inclusione dei diritti sociali tra i diritti fondamentali della persona ad opera delle Corti di Giustizia, EDU e Costituzionale italiana, restano infatti differenziati i requisiti richiesti per l'accesso e la permanenza negli Stati. Anzi, si può osservare che all'estensione delle tutele fa riscontro un inasprimento delle regole sugli ingressi e sulla libera circolazione non solo degli immigrati extracomunitari, ma anche dei cittadini dell'Unione.

All'origine di tale frammentazione sta una contraddizione di fondo che permea tutto il sistema su cui è edificata la regolamentazione del fenomeno dell'immigrazione: e cioè che al principio, affermatosi nel '900, del diritto dei popoli ad emigrare, vale a dire ad uscire dal proprio paese, non si è parimenti riconosciuto il diritto di ingresso in un altro paese³. Come dire che la cittadinanza, nella sua accezione giuridica consolidata e nelle sue diverse applicazioni (*ius soli*, *ius sanguinis* e sistemi misti), costituisce una discriminante fondamentale, nonostante l'affermazione a livello internazionale e dell'UE dei principi di eguaglianza, non discriminazione e parità di trattamento⁴. Ciò ha comportato che, a causa dell'intensificarsi dagli inizi di questo secolo dell'immigrazione nell'area dell'UE per molteplici ragioni (dalle crudeli guerre regionali, alla altrettanto crudele povertà di intere popolazioni dell'Africa e in parte del Medio oriente), la regolazione degli ingressi è divenuta sempre più rigida, senza peraltro che il fenomeno possa arrestarsi; e così determinando per un verso una disciplina comunitaria dei riconoscimenti e del diritto d'asilo fallimentare (e comunque di difficile applicazione) anche per l'impossibilità di distinguere (sul piano fattuale ed etico) tra profughi e bisognosi, per l'altro l'aumento della clandestinità e dell'irregolarità. Fallimentare è in particolare la politica di contingentamento degli ingressi sulla base delle opportunità occupazionali⁵, che la crisi economica rende poco praticabile, non solo per oggettive carenze di posti di lavoro (vi sono ancora settori produttivi e qualifiche rifiutati dai cittadini), ma soprattutto per una percezione sociale negativa dell'accoglienza alimentata da formazioni politiche populiste e nazionaliste.

³ ALLASINO, REYNERI, VENTURINI, ZINCONE, *La discriminazione dei lavoratori immigrati nel mercato del lavoro in Italia*, in *IMP*, 67 - I, 2004, in www.fieri.it.

⁴ BORDIGNON, CECCARINI, TURATO, *Migranti e cittadinanza al tempo delle crisi globali*, in *RPS*, 2015, n. 4, p. 185 ss.

⁵ Per l'Italia, v. *L'immigrazione in Italia all'inizio del 2014, Analisi e riflessioni del Centro Studi e Ricerche IDOS sulla base del Dossier Statistico Immigrazione 2014 Rapporto Unar*, in www.dossierimmigrazione.it.

Questo scenario mette in crisi il rapporto tra immigrazione e cittadinanza e minaccia l'effettività della tutela antidiscriminatoria e paritaria, specie per quanto riguarda il lavoro e i diritti sociali di protezione (sicurezza sociale), che vorrebbero negarsi, o quanto meno ridursi nei confronti degli immigrati e rispetto ai cittadini, utilizzando a mo' di grimaldello i vincoli di bilancio imposti agli Stati dalla nuova *governance* europea.

L'indagine si snoderà secondo il seguente itinerario: si prenderanno le mosse dalla dibattuta questione della valenza precettiva autonoma del principio di non discriminazione, quale espressione del canone dell'uguaglianza enucleabile dal complesso normativo costituito dalla Carta dei diritti fondamentali, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione italiana. Indi si esamineranno i punti qualificanti e l'ambito di applicazione della dir. 00/43/CE, emanata su impulso del Trattato di Amsterdam e dei principi espressi dalla Carta dei diritti fondamentali. Si procederà poi a passare in rassegna le principali direttive che regolano il soggiorno degli immigrati e dei cittadini degli altri Stati membri, mettendo in evidenza il processo di avvicinamento delle tutele. Infine si tratterà del problema della c.d. condizionalità delle prestazioni economiche, nell'ambito dell'assistenza sociale, ai vincoli di bilancio a cui gli Stati membri sono costretti dalla politica economico-finanziaria dell'Unione.

Nel complicato spartito della tutela multilivello dei diritti sociali è – come sempre ma qui più che altrove – l'interpretazione dei giudici ad assumere un ruolo determinante: operando su principi e su nozioni generali, che si arricchiscono di nuovi diritti sintonici con l'evoluzione sociale, per un verso si accentua la funzione creatrice della giurisprudenza, per l'altro aumentano le ipotesi di conflitti tra giurisdizioni. La giurisprudenza, analizzata attraverso il dialogo tra le Corti (di Giustizia, EDU, e Costituzionale), rappresenta pertanto il punto di osservazione privilegiato dell'analisi⁶.

⁶ Cfr. BRONZINI, *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in *www.europeanrights.eu*, n. 29/2011; D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2009.

2. *Le fonti di diritto internazionale. Non discriminazione ed eguaglianza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte EDU e della Consulta*

Il Trattato di Amsterdam apre una nuova e più ampia strada al principio di non discriminazione (originariamente circoscritto alla parità di genere) e alle azioni positive per l'inclusione sociale dei soggetti a rischio di discriminazione⁷. L'art. 10, con taglio programmatico, impegna l'Unione a combattere le diverse ipotesi ivi elencate di discriminazione attraverso le proprie "politiche e azioni". Più concretamente l'art. 13 – oggi art. 19 TFUE – prevede che "...il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo", possa "prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali". Il principio transita poi per la Carta di Nizza, in cui il decalogo viene ulteriormente incrementato attraverso un'elencazione peraltro sicuramente non tassativa ("in particolare..."), ed entra così, dopo Lisbona, *pleno iure* nel Trattato sull'Unione Europea (art. 6). I problemi di coordinamento tra queste norme si risolvono nella diatriba sul carattere chiuso o aperto della non discriminazione: che riconduce alla questione della enucleazione all'interno dell'ordinamento dell'Unione di un principio generale di eguaglianza. Secondo un'interpretazione letterale dei testi, la tutela contro le discriminazioni non è affermata come diritto originario e inviolabile della persona umana che l'Unione riconosce, ma come diritto la cui effettività necessita di interventi specifici da parte degli organismi comunitari. Ciò si desume, oltre che dal citato art. 19 del TFUE, anche dall'art. 52, par. 5, della Carta dei diritti fondamentali, laddove si demanda l'attuazione dei principi contenuti nella Carta ad atti legislativi ed esecutivi posti in essere dall'Unione e, nelle rispettive competenze, dagli Stati membri, e si aggiunge la precisazione che le disposizioni che contengono i principi "possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti". Dunque, una ridotta "efficacia *ex se*" del principio di non discriminazione, ad eccezione di quello di genere, declinato come parità di trattamento, ed espressamente menzionato sia nel TUE (art. 3), sia nel TFUE (artt. 8, 153, 157). Solo per quest'ultima la Corte di Giu-

⁷ Cfr. BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007.

stizia ha riconosciuto la diretta efficacia dell'art. 119 del Tratt. Ce (oggi 157 TFUE)⁸. Certo la questione è controversa: a seguito dell'inclusione della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, da parte di un'attenta dottrina si è sostenuto che i divieti specifici di discriminazione siano espressione (o specificazione) di un principio generale di uguaglianza (consacrato all'art. 20 della Carta come uguaglianza di fronte alla legge). Resta tuttavia il dubbio se detto principio abbia vita propria senza necessità di inverarsi in una direttiva: nella più clamorosa sentenza della Corte di Giustizia che ha ritenuto l'uguaglianza principio cardine del diritto comunitario, la direttiva resta comunque il parametro di riferimento per il giudice nazionale, anche se si afferma che essa, in quanto attuazione del "principio generale della parità di trattamento", ancorché non trasposta spiega un effetto simile all'efficacia diretta orizzontale⁹. Conclusivamente, sembra arduo ritenere che un principio di uguaglianza possa essere invocato per travalicare i limiti alla tutela antidiscriminatoria contenuti nelle direttive, cioè al di là di un mero (per quanto importante) ausilio interpretativo. La diversa opinione supererebbe i limiti della ripartizione di competenze normative, ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità "dispone tutt'al più di competenze parziali, ma più spesso complementari" e giurisdizionali tra istituzioni nazionali e sovranazionali¹⁰, con possibilità non solo di un (corretto) controllo, da parte della Corte, della conformità ai trattati della direttiva ai sensi dell'art. 263 TFUE (con riferimento a un principio generale di parità di trattamento contenuto nei trattati), ma anche di un diretto sindacato della Corte sulla legislazione dei singoli Stati, scavalcando la giurisdizione nazionale.

Un ruolo di grande interesse tra le fonti internazionali è quello assunto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non solo perché è dotata di un meccanismo giurisdizionale permanente che consente ad ogni individuo di richiedere la tutela

⁸ Cfr. C. Giust. 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber* e C. Giust. 6 ottobre 1993, C-109/91, *Gerardus Cornelis*, entrambe in <http://curia.europa.eu/> (come tutte le pronunce della Corte di Giustizia citate in seguito).

⁹ Cfr. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold* e il *revirement* in C. Giust. 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas*. Sul tema cfr. BARBERA M., *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, 2011, p. 63 ss.; LOY G., *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, in RGL, 2009, p. 517 ss.

¹⁰ Così nelle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa *Mangold*.

dei diritti ivi garantiti attraverso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a , ma anche perché i diritti da essa garantiti, “in quanto principi generali...fanno parte del diritto dell'Unione”, pur non modificando “le competenze...definite nei trattati” (art. 6, par. 2 e 3, TUE)¹¹. L'art. 14 della CEDU sancisce il divieto di discriminazione attraverso un'elencazione esemplificativa delle ipotesi, ma con riferimento al “godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente convenzione”. Il Protocollo 12 del 2000, che ne ha esteso l'ambito a tutti i diritti garantiti dalla legge, non è stato ratificato da molti Stati dell'Unione¹². Tuttavia la Corte EDU ha egualmente riconosciuto la tutela antidiscriminatoria con riguardo ai diritti sociali attraverso una lettura per così dire attualizzata della nozione di proprietà (*possession* come rispetto dei beni della persona) di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale. Così il più antico e discriminatorio dei diritti, simbolo dell'ideologia borghese individualista, assume un carattere marcatamente sociale, chiave di volta per affermare il diritto in condizione di parità ai trattamenti economici, specie di chi versi in situazione di bisogno¹³. Da notare che la Convenzione, secondo la Corte costituzionale italiana, non può trovare, al pari della Carta dei diritti fondamentali, applicazione diretta da parte dei giudici nazionali, nonostante il citato richiamo ad essa nel TUE, in quanto l'art. 10 concerne le sole consuetudini internazionali e l'art. 11 è applicabile solo alle norme del diritto UE (C. Cost. n. 80/2011)¹⁴. La Corte ritiene però

¹¹ Cfr. PUTATURO DONATI M.G., *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in www.europeanrights.eu; RANDAZZO (a cura di), *Lo straniero nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25-26 settembre 2008; GIUBBONI, *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, in *DLRI*, 2014, p. 269 ss.

¹² Cfr. SEATZU, *Protocollo n. 12 alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti dell'Uomo: uno strumento giuridico efficace per la tutela dell'eguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, in *Jus*, 2002, p. 483 ss.

¹³ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo 16 settembre 1996, *Gaygusuz v. Austria*, in *Reports* 1996-IV e, da ultimo, C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *Dhahbi v. Italia*, in *RIDL*, 2014, II, p. 888. In dottrina, CINELLI G., *I “diritti sociali” nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

¹⁴ Cfr. C. Cost. 7 marzo 2011 n. 80, in www.cortecostituzionale.it (come tutte le pronunce della Corte costituzionale citate in seguito), su cui RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum QC*, 23 marzo 2011; GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in www.gruppodipisa.it; PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in www.giurcost.org, 2015, p. 1 ss.

che i principi affermati dalla Convenzione costituiscano parametro di legittimità al fine della valutazione di incostituzionalità della norma interna. Attraverso il filtro dell'art. 117, co. 1, Cost. ("La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"), alla CEDU viene attribuito un duplice ruolo: da una parte essa diviene parametro interposto per vagliare la legittimità costituzionale delle norme interne; dall'altra essa rappresenta un criterio per l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni interne¹⁵.

Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea¹⁶.

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune – il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione – deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost., ovvero anche dell'art. 10, co. 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, co. 1, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali patizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

¹⁵ Cfr. C. Cost. 22 ottobre 2007 nn. 348 e 349 e C. Cost. 26 novembre 2009 n. 311.

¹⁶ Cfr. Cass. 20 maggio 2009 n. 10415, in *GC*, 2010, I, p. 2277; C. Eur. Dir. Uomo 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, in *Dejure Giuffrè*.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Corte costituzionale il compito di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo.

La CEDU, unitamente alla Carta dei diritti e alla Convenzione OIL 143 del 1975 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, assume pertanto una funzione integratrice della Costituzione e di controllo del diritto UE¹⁷. Stella polare di questo processo di adeguamento è il principio di uguaglianza che, al pari di quello di solidarietà sociale, è posto a presidio dei diritti fondamentali della persona. La Corte costituzionale, pur nel rispetto del dialogo con la Corte di Giustizia (a cui la prima rimette, anche nei giudizi incidentali di costituzionalità, le questioni pregiudiziali di interpretazione delle norme comunitarie¹⁸), si riserva di valutare se l'applicazione del diritto UE, come la sua interpretazione conforme, sia in contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e con la tutela dei diritti umani (c.d. controlimiti¹⁹), contrasto che solo la Corte può sindacare²⁰. Il principio di uguaglianza, declinato a livello nazionale, va letto in correlazione con l'art. 2 Cost., che riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo e con gli artt. 10, co. 2, che dispone che la condizione giuridica dello straniero è disciplinata dalla legge in conformità con le norme e i trattati internazionali, e 117, co. 1, che allarga la sfera degli obblighi internazionali. Tale principio, pur riferendosi espressamente ai soli cittadini, vale anche per lo straniero quando si tratti di rispettarne i diritti fondamentali. L'art. 2 della Costituzione si svuoterebbe di significato se il riconoscimento della titolarità dei diritti inviolabili dell'uomo non fosse accompagnata dall'affermazione dell'uguaglianza nel godimento di tali diritti²¹. Ciò certo mette in discussione

¹⁷ BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *altrodirittounifi.it*, 2011; BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, 2007.

¹⁸ Cfr. C. Cost. 13 febbraio 2008 n. 103, su cui GIOVANNETTI, in *www.aic.it* e C. Cost., 3 luglio 2013 n. 207, su cui GUASTAFERRO, in *Forum QC*, 2013, p. 1 ss.

¹⁹ Cfr. PANZERA, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta sociale europea*, in *DPCE*, 2016, p. 491 ss.

²⁰ Cfr. anche C. Cost. 23 marzo 2006 n. 129; C. Cost., ord., 13 dicembre 2006 n. 454; C. Cost. 4 luglio 2007 n. 284.

²¹ C. Cost. 23 novembre 1967 n. 120 e C. Cost. 26 giugno 1969 n. 104.

il *principe de primauté* del diritto dell'Unione, ma consente attraverso un giudizio di bilanciamento condotto dalla Corte costituzionale dal punto di vista del complesso sistema assiologico-normativo – non solo interno ma arricchito dalle norme del diritto internazionale pattizio – la massimizzazione delle tutele.

I diritti che le direttive conferiscono agli immigrati debbono pertanto essere letti nel più ampio sistema di protezione che le fonti sovranazionali e le costituzioni accordano ai diritti sociali, che compongono quelli fondamentali della persona e tutelano la dignità umana.

3. *La dir. 00/43/CE e il limite della nazionalità*

La dir. 00/43/CE attua, com'è noto, il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; essa va letta nel contesto delle altre direttive di seconda generazione e cioè la dir. 00/78 CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e la 02/73 CE del 23 settembre 2002 di modifica della 76/207 CEE del 9 febbraio 1976, relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale. Il combinato disposto delle tre direttive è rilevante in particolare per le discriminazioni doppie o multiple come combinazione dei diversi fattori di rischio e, per quanto ci interessa, del collegamento del genere alla razza o origine etnica (v. il 14° considerando della dir. 00/43/CE), ma anche tra queste e la religione²².

Come si è detto questa “età dell'oro della legislazione antidiscriminatoria” è figlia del processo di integrazione europea consacrato nel Trattato di Amsterdam e nella Carta dei diritti fondamentali del 2000²³ in un quadro politico-giuridico in cui si supera la radice economica-finanziaria dell'Unione portando a compimento l'idea di Europa sociale avviata con il Trattato di Maastricht del 1992. Emerge la consapevolezza che le discriminazioni sociali non possono racchiudersi soltanto nelle differenze di sesso e nazio-

²² GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in *DLRI*, 2003, p. 447 ss.

²³ BARBERA M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 2003, p. 399 ss.

nalità (questa tutelata solo per i cittadini dell'area comunitaria), ma che occorre tutelare in modo appropriato i diritti fondamentali delle persona e contrastare il razzismo e la xenofobia²⁴. Vi sono ragioni storiche che spinsero all'emanazione della dir. 00/43/CE. Il danno politico e sociale che questi atteggiamenti possono causare alla stessa coesione europea, come i recenti avvenimenti dimostrano, era già stato avvertito pochi mesi prima della promulgazione della dir. 00/43/CE quando il partito razzista e xenofobo di Haider vinse le elezioni politiche austriache del 1999. Inoltre, il necessario intervento del legislatore comunitario in tema di razzismo si profilava in concomitanza con l'imminente ingresso nell'Unione europea di 10 nuovi Paesi, molti dei quali afflitti, storicamente, da fenomeni di razzismo ed isolamento delle minoranze²⁵. Nel contempo – ne abbiamo fatto cenno in apertura – emergeva in modo sempre più pressante la necessità di affrontare il fenomeno dell'immigrazione in tutta la sua complessità; il che vuol dire coniugare la tutela contro le discriminazioni e l'integrazione con la disciplina degli accessi nella zona UE. L'obiettivo è quello di pervenire ad un approccio equilibrato che regoli la migrazione legale con garanzie di un trattamento equo, ma diversificato in ragione dei motivi e della permanenza del soggiorno, che contrasti quella illegale, e che sia in grado di gestire in modo efficace e umano i flussi migratori²⁶.

Un chiarimento terminologico è opportuno. La parola razza non è ovviamente usata nel significato di differenziazioni biologiche, giacché dal punto di vista scientifico la razza è una soltanto, quella umana (così il punto 6 dei considerando), ma dei caratteri. La direttiva fa proprio il significato comune della parola, usata per indicare un gruppo di uomini che presentano le stesse caratteristiche somatiche, come il colore della pelle, la forma del cranio, quella degli occhi, la statura, il tipo di capelli. Mentre per gruppo etnico si intende quel gruppo di persone che hanno in comune la stessa cultura e le stesse tradizioni (costumi, espressioni artistiche e letterarie, ecc.)²⁷.

²⁴ IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in www.europeanrights.eu.

²⁵ POLLICINO, *L'allargamento ad est dell'Europa e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, 2010.

²⁶ CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, 2013; CARUSO, *Immigration Policies in Southern Europe: More State, Less Market?*, in CONAGHAN, FISCHL, KLARE (eds.), *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Oxford University Press, 2004, p. 299 ss.

²⁷ Per l'applicazione della nozione alla comunità rom v. C. Giust. 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, che richiama l'art. 14 CEDU, e C. Eur. Dir. Uomo 6 luglio

I punti qualificanti della dir. 00/43/CE si rinvencono nelle nuove nozioni di discriminazione diretta e indiretta (identiche a quelle contenute nelle altre due coeve direttive), nell'ampiezza delle aree protette, nel campo di applicazione della tutela, nei rimedi processuali. Ci si soffermerà su alcuni di essi che riteniamo rilevanti ai fini della nostra analisi.

Anzitutto, in ordine alle nozioni, unanimemente da parte dei commentatori è stato messo in luce quale elemento di forte impatto innovativo l'affiancamento alla componente procedurale di matrice relazionale, connotata al giudizio di discriminazione, della prospettiva contenutistica e valoriale della discriminazione, sganciata da valutazioni di carattere comparativo. Come dire che "la nozione di discriminazione oggi positivizzata dalla direttiva comunitaria è riferita anche a situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non costituisce un elemento costitutivo necessario della fattispecie"²⁸. La Corte di Giustizia si è spinta oltre, ritenendo che il divieto e la sua giustiziabilità non dipendono necessariamente dagli effetti lesivi (già) prodotti, ma dalla potenzialità della situazione di svantaggio²⁹. Si può dunque affermare che la discriminazione è concepita nel senso più ampio di offesa della dignità della persona (come espressamente affermato nell'art. 3, punto 2, con riguardo alle molestie), individuata attraverso l'enucleazione di una serie di fattori la cui elencazione sconta però il limite della tassatività³⁰.

Quanto alle aree protette, la direttiva ha una copertura assai vasta, ben al di là della sfera lavoristica e previdenziale, in quanto estende la tutela alle prestazioni sociali, all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi incluso l'alloggio.

2005, *Natchova e a. c. Bulgaria*, cause nn. 43577/98 e 43579/98, nonché C. Eur. Dir. Uomo 22 dicembre 2009, *Sejdic e Finbci c. Bosnia-Erzegovina*, cause nn. 27996/06 e 34836/06, entrambe in <http://hudoc.echr.coe.int>, §§ da 43 a 45 e 50.

²⁸ BARBERA M., *Eguaglianza e differenza*, cit., p. 399 ss.

²⁹ C. Giust. 10 luglio 2008, C-54/07, *Centrumvoorgelijkheid*.

³⁰ Che però non comporta interpretazioni restrittive dell'ambito di applicazione soggettiva: v. la citata sentenza *Chez Razpredelenie Bulgaria AD*, C-83/14, al cui punto 56 si afferma: "...la sfera di applicazione della direttiva 2000/43 non può, considerato il suo oggetto e la natura dei diritti che si propone di tutelare, essere definita in modo restrittivo, è atta nella fattispecie a giustificare l'interpretazione secondo la quale il principio della parità di trattamento al quale si riferisce detta direttiva si applica non in relazione a una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo articolo 1, cosicché esso può giovare anche a coloro che, seppure non appartenenti essi stessi alla razza o all'etnia interessata, subiscono tuttavia un trattamento meno favorevole o un particolare svantaggio per uno di tali motivi". V., per analogia, C. Giust. 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*, punti 38 e 50.

La clausola di cui all'art. 3, punto 2, afferma che la direttiva “non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”.

L'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva degli ingressi e della residenza degli immigrati extracomunitari e degli apolidi risulta giustificata, in quanto la complessa materia è regolata sulla base degli artt. 78 e 79 TFUE da varie direttive (di alcune diremo tra poco) e da diversi documenti (Regolamento Dublino 3, Orientamenti strategici del Consiglio europeo per il periodo 2014-2020, Piano d'azione in dieci punti e Agenda europea della Commissione del 13 maggio 2015, tutti per tentare di gestire i flussi migratori), salvo però “il diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo” (art. 79, par. 5).

Punctum dolens è invece l'esclusione della nazionalità. Infatti, le norme degli Stati (a livello nazionale e regionale) che offrono protezione sociale quando escludono gli immigrati non lo fanno a motivo della loro razza o origine etnica, ma in quanto privi del requisito della cittadinanza. Pertanto, ogniquale volta la differenza di trattamento si basa sullo *status* di cittadino di un paese terzo si esula dall'area protetta dagli artt. 1 e 2, par. 1 e 2, della direttiva³¹. Si è detto che ciò sarebbe in contrasto con l'art. 18 TFUE (*ex* art. 12 TCE) e con l'art. 21, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, che vietano ogni discriminazione in base alla nazionalità. Ma la prima norma, come risulta dalla sua collocazione nella parte seconda rubricata “non discriminazione e cittadinanza dell'Unione”, riguarda la libera circolazione dei lavoratori comunitari e non di quelli provenienti da altri paesi; e la seconda fa salve le disposizioni specifiche dei trattati, consentendo così deroghe al principio.

Diversa è la disciplina italiana contenuta nel d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero): essa infatti, pur individuando la nozione di discriminazione secondo il modello anteriore alle direttive del 2000 – e de-

³¹ C. Giust., Grande Sezione, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

terminando dunque un concorso/conflitto tra la vecchia nozione mantenuta in vigore e quella nuova recepita nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215 – ricomprende espressamente nel divieto la nazionalità (art. 43), anche se, con riguardo alle regole di ingresso, fa salve “le disposizioni che prevedono il possesso della cittadinanza italiana per lo svolgimento di determinate attività” (art. 27, co. 3)³². Ciò però non ha impedito al legislatore italiano di mantenere a lungo un regime differenziato per l’accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni grazie a una regolamentazione di settore fortemente restrittiva³³. Solo dal 2013 il diritto di accesso alla P.A. è stato riconosciuto, oltre che ai cittadini degli Stati membri dell’Unione, anche ai soggetti ad essi equiparati (titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo CE, titolari dello *status* di rifugiati o di protezione internazionale)³⁴. Con discutibile prassi si è però continuato a limitare ai soli cittadini l’accesso a posti della P.A. anche se questi non riguardano – così come richiesto dalla disciplina italiana e dell’Unione – l’effettiva partecipazione a pubblici poteri o a funzioni poste a tutela dell’interesse nazionale³⁵.

La conclusione è che la direttiva non tutela in via generale gli immigrati, ma si inserisce nell’ambito delle politiche di contrasto al razzismo e alla xenofobia³⁶. È evidente che questi deprecabili atteggiamenti riguardano soprattutto gli immigrati dai paesi del c.d. terzo e quarto mondo, ma le discriminazioni contro questi soggetti hanno una portata ben più ampia e possono celarsi sotto il requisito della cittadinanza quale condizione necessaria per la titolarità dei diritti sociali. Si tratta allora di esaminare quando tale requisito possa ritenersi conforme ai principi di non discriminazione e quando invece non appaia ragionevole.

³² MC BRITTON, *La legge italiana sull’immigrazione e l’inclusione sociale*, in *RGL*, 2007, I, p. 569 ss.; NAPPI, *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, p. 78 ss.; TURSI, *La nuova disciplina dell’immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in ID. (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, 2005, p. 9 ss.

³³ MAMMONE, *L’accesso al lavoro pubblico dei cittadini stranieri fra divieto di discriminazioni e restrizioni all’accesso degli extracomunitari*, in *RIDL*, 2003, II, p. 278.

³⁴ L. 6 agosto 2013 n. 97, art. 7, co. 1, lett. a) e b), che ha modificato il d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 38.

³⁵ Con un’interpretazione *lata* dell’art. 45, par. 4, TFUE, seccamente smentita da C. Giust. 10 settembre 2014, C-270/13, *Casilli*.

³⁶ GOTTARDI, *op. cit.*, p. 447 ss.

4. *La libera circolazione dei cittadini dell'Unione e i suoi limiti*

Abbiamo detto nell'*incipit* di queste note che con riguardo alla tutela degli immigrati la protezione contro le discriminazioni non è generale, ma differenziata a seconda degli *status* loro attribuiti. Certo la Carta dei diritti fondamentali nel riaffermare nel preambolo “i diritti derivanti...dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali...dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa”, contiene un decalogo di principi e un'elencazione di diritti la cui importanza non può essere sottaciuta. Ma, come abbiamo osservato, la loro attuazione è in molti casi, per espressa disposizione, filtrata dagli atti normativi dell'Unione degli Stati membri. Emblematico è al riguardo l'art. 34 sulla sicurezza sociale e assistenza sociale, materie su cui avremo modo di tornare. Si può tuttavia a ragione sostenere che per alcuni diritti la Carta è direttamente precettiva: così, per esempio, oltre alla tutela della dignità e della libertà della persona, la parità di genere, la protezione dei minori e dei disabili, i diritti dei lavoratori indicati negli artt. 31, 32 e 33, devono essere riconosciuti anche agli immigrati clandestini e irregolari (che cioè siano privi del permesso di soggiorno o questo non sia stato rinnovato). Cosicché la nullità del contratto di lavoro per l'illecita assunzione di un immigrato privo di permesso di soggiorno fa salvi tutti i diritti del lavoratore prodotti durante la sua esecuzione³⁷.

Fuori da tali ipotesi entrano in gioco le differenziazioni tra le diverse categorie di immigrati, che procediamo a riassumere brevemente.

In apicibus vi sono gli immigrati interni, cioè i cittadini dell'area dell'Unione che soggiornano in Stati diversi da quello di appartenenza. Sottolineo che il tema della parità di trattamento e della libera circolazione dei cittadini comunitari è divenuto bollente dopo l'ingresso nell'Unione dei Paesi dell'Est Europa. I Paesi del Nord hanno manifestato grande preoccupazione di fronte all'ondata di immigrati bulgari e rumeni. E ciò ha senza dubbio concorso a determinare l'esito positivo del referendum sull'uscita del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione. Il TFUE

³⁷ Nell'ordinamento italiano anche ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., la cui interpretazione confermativa della tutela a favore del contraente debole è attestata da Cass. 26 marzo 2010 n. 7380, in *RIDL*, 2010, II, p. 778 e Trib. Brescia 25 settembre 2009, in *D&L*, 2009, p. 681.

agli artt. 18 e 20 (e 21) sancisce in via generale il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. A tali principi dà oggi attuazione la dir. del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, “relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE”. La parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante viene collegata al diritto di libera circolazione e di soggiorno, garantito attraverso la semplificazione delle formalità amministrative, ed ha uno spettro ampio, in quanto si estende al campo di applicazione del Trattato, ricomprendendo quindi, accanto ai diritti sociali alla tutela e alla parità nel lavoro (anche pubblico salva la ricordata eccezione relativa all’esercizio di pubblici poteri), alla sicurezza e assistenza sociale, anche alcuni diritti politici (voto ed eleggibilità alle elezioni comunali). Non si creda però che la tutela sia libera da condizionamenti: ché la direttiva anzitutto consente agli Stati membri di non erogare alcuna prestazione sociale nei primi tre mesi di soggiorno; in secondo luogo subordina il diritto di soggiorno (per i primi cinque anni, dopo si ha la carta di soggiorno permanente: art. 16) alla condizione che la persona svolga un lavoro dipendente o autonomo o, in caso contrario, disponga di risorse proprie sufficienti per sé e per i propri familiari per non divenire un onere a carico del sistema di assistenza sociale dello Stato ospitante³⁸. Parimenti è possibile l’allontanamento quando i beneficiari del diritto di soggiorno, che non siano lavoratori autonomi o subordinati o richiedenti lavoro, diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello stato ospitante, da valutarsi in concreto con riguardo alla durata del soggiorno, alla situazione personale, all’ammontare dell’aiuto, alla temporaneità o meno delle difficoltà del soggetto (punto 16 considerando).

³⁸ BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, in RGL, 2008, p. 565 ss.; CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione. Una rassegna critica della giurisprudenza nazionale ed europea*, in DLRI, 2008, p. 101 ss.; DI STASI, *Il diritto alla tutela previdenziale dei lavoratori immigrati extracomunitari*, in AA.Vv., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, 2007.

5. *Le tipologie di immigrati extracomunitari: titolari di permesso di soggiorno UE e rifugiati*

Nei confronti dell'ampio *genus* degli immigrati extracomunitari la tutela più incisiva è attribuita dalla dir. 03/109 CE del 25 novembre 2003 ai cittadini di paesi terzi che soggiornano da lungo periodo, cioè “legalmente e ininterrottamente per cinque anni...immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda” (rivolta appunto ad ottenere il permesso di soggiorno UE). La parità di trattamento con i cittadini nazionali, finalizzata a favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e a titolo duraturo negli Stati membri, riguarda una serie di materie elencate all'art. 11; tra queste vanno ricordate l'esercizio di un'attività lavorativa (subordinata o autonoma) ma che non comporti (nemmeno in via occasionale, e quest'inciso sembra contenere una restrizione non prevista negli altri casi) la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri; l'istruzione e la formazione professionale; le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale; l'accesso a beni e servizi e alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; i diritti sindacali. Tuttavia il principio di parità di trattamento non è pieno in quanto si concede agli Stati membri di fissare limitazioni all'accesso al lavoro nei casi di attività riservate ai cittadini dello Stato della UE o dello SEE (Spazio Economico Europeo), ai sensi della legislazione nazionale o della normativa comunitaria; nonché di limitare la parità in materia di assistenza e protezione sociale alle sole “prestazioni essenziali” (art. 11, par. 4). Queste, alla luce dell'articolo 34, par. 3, della Carta, secondo cui l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, ricomprendono le prestazioni di assistenza sociale o di protezione sociale concesse dalle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, che contribuiscono a permettere all'individuo di soddisfare le sue necessità elementari, come il vitto, l'alloggio e la salute, consentendo di lottare contro l'emarginazione sociale. L'elenco contenuto nel tredicesimo considerando della direttiva non è esaustivo di tutte le ipotesi di prestazioni essenziali, di guisa che la deroga al principio generale della parità di trattamento deve essere interpretata restrittivamente³⁹.

³⁹ C. Giust. 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaje* e le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot presentate il 13 dicembre 2011.

La sentenza *Kamberaj* dichiara contraria all'art. 11, par. 1, lett. d), della dir. 03/109/CE una legge della Provincia autonoma di Bolzano che, con riguardo alla concessione di un sussidio per l'alloggio, riserva ad un cittadino di un paese terzo, beneficiario dello *status* di soggiornante di lungo periodo conferito conformemente alle disposizioni di detta direttiva, un trattamento diverso da quello riservato ai cittadini nazionali residenti nella medesima provincia o regione nell'ambito della distribuzione dei fondi destinati ad un sussidio per l'alloggio.

Sostanzialmente analoga è la tutela riconosciuta ai profughi dalla dir. 11/95 UE del 13 dicembre 2011 (che ha sostituito la direttiva 04/83 CE del 29 aprile 2004) che ha regolato in modo tendenzialmente uniforme la disciplina per i rifugiati e i beneficiari di protezione sussidiaria. Entrambi hanno diritto al rilascio del permesso di soggiorno, tranne che non ostino “imperiosi motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico” o sentenza di condanna passata in giudicato per reati di particolare gravità (artt. 24 e 21), godono, assieme al nucleo familiare, della parità di trattamento e di opportunità particolari con riguardo all'accesso all'occupazione (compresi gli impieghi nella P.A.), all'istruzione e alla formazione, al riconoscimento dei titoli di studio e professionali stranieri, all'assistenza sociale (che, per i beneficiari di protezione sussidiaria, può essere limitata alle prestazioni essenziali), all'assistenza sanitaria.

6. Segue: *immigrati regolari e sicurezza sociale*

La quarta categoria di immigrati è rappresentata da coloro che soggiornano regolarmente nel territorio degli Stati membri. La disciplina generale è oggi contenuta nella direttiva 11/98 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2011, che ha istituito il permesso unico di soggiorno e avviato il processo di parificazione delle tutele con le altre categorie. Ma, in primo luogo la direttiva – e quindi la parità di trattamento – riguarda soltanto i lavoratori (e i familiari che ad essi si ricongiungono o che già soggiornano regolarmente nello Stato membro) con la precisazione che ai singoli Stati è conferito il potere di limitare l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai sussidi familiari a coloro la cui attività lavorativa sia stata autorizzata o sia durata per un periodo minimo di sei mesi e dopo siano registrati come disoccupati. Il limite più vistoso all'applicazione sta in ciò che è fatta “salva la competenza degli Stati a regolamentare l'ingresso, anche in termini

di volumi, di cittadini di paesi terzi ammessi a fini lavorativi” (punto 6 del considerando e art. 1, par. 2, art. 8, par. 3; nello stesso senso del resto è la Carta dei diritti: cfr. art. 15, par. 3). Il collegamento con il mercato del lavoro comporta anzitutto la determinazione periodica di quote di ingresso per motivi di lavoro subordinato o autonomo e, quale condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno, la previa conclusione di un contratto di lavoro o, per il lavoro autonomo, la certificazione del possesso di vari requisiti rilasciata dalle rappresentanze diplomatiche o consolari⁴⁰. A ciò si aggiunge l’obbligo di sottoscrizione del c.d. accordo di integrazione (che assume diverse denominazioni a seconda degli Stati), contenente l’impegno dello Stato a fornire all’immigrato gli strumenti di lingua, cultura e principi fondamentali costituzionali e l’obbligo di quest’ultimo ad adempiervi sanzionato con la revoca del permesso e l’espulsione.

È importante sottolineare che la parificazione normativa con le altre categorie di immigrati – e quindi con i cittadini dello stato dove si svolge l’attività lavorativa – è estesa ai settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004 del 29 aprile 2004 (art. 12, par. 1, lett. e), il quale ha sostituito il regolamento (CEE) n. 1408/1971 del 14 giugno 1971 che in origine si applicava ai soli lavoratori cittadini europei che si spostano all’interno della Comunità. L’art. 3 del regolamento elenca i settori della sicurezza sociale oggetto della parità di trattamento: a) le prestazioni di malattia; b) le prestazioni di maternità e di paternità assimilate; c) le prestazioni d’invalidità; d) le prestazioni di vecchiaia; e) le prestazioni per i superstiti; f) le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; g) gli assegni in caso di morte; h) le prestazioni di disoccupazione; i) le prestazioni di pensionamento anticipato; j) le prestazioni familiari.

Tale elencazione non risolve però i problemi relativi all’individuazione concreta, con riguardo ai singoli Stati, delle prestazioni dovute, in quanto il regolamento non si applica all’assistenza sociale (art. 3, par. 5)⁴¹. Questa ma-

⁴⁰ BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Sezione I, Profili generali e costituzionali*, in NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004.

⁴¹ NICOTRA, *Diritto degli immigrati alla non discriminazione nell’accesso alle prestazioni di assistenza sociale*, in *DU - cronache e battaglie*, n. 1/2006; PAGGI, *Prestazioni di assistenza sociale e parità di trattamento*, in *DIC*, 1999; CHIAROMONTE, *Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie*, in *LD*, 2009, p. 607; TORSSELLO, *I diritti sociali degli stranieri nella legislazione italiana tra previdenza e assistenza*, in DI STASI (a cura di), *I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa*, Ediesse, 2008.

teria è perciò esclusa dalla tutela paritaria, a differenza di quanto previsto per le altre categorie di immigrati. Tuttavia lo stesso regolamento fa salve altre prestazioni non contributive, tra cui quelle familiari (cioè tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, esclusi gli assegni speciali di nascita o di adozione). Il problema dipende dalla carenza a livello comunitario di un criterio distintivo tra previdenza e assistenza. Tant'è che nell'allegato X al regolamento CE n. 988/2009 del 16 settembre 2009 (che modifica quello base del 2004) vengono elencate le prestazioni in danaro speciali di carattere non contributivo a cui sono tenuti i singoli Stati⁴².

Ma l'allegato non è risolutivo in quanto esso postula il suo continuo aggiornamento da parte degli Stati membri. Da qui l'intervento delle tre Corti che hanno seguito percorsi argomentativi differenti giungendo a conclusioni parzialmente discordanti.

Anzitutto la Corte di Giustizia⁴³ ha affermato che “in assenza di una netta distinzione tra i regimi legislativi che riguardano, rispettivamente, la previdenza e l'assistenza sociale, non si può escludere l'eventualità che, in ragione del campo d'applicazione soggettivo, degli scopi perseguiti e delle modalità d'attuazione talune legislazioni nazionali possono rientrare al tempo stesso nell'una e nell'altra categoria (punto 9 della motivazione)”. In concreto, la Corte riconosce il diritto a prestazioni assistenziali quando vi sia un loro collegamento funzionale con trattamenti previdenziali e quindi venga garantito non solo un minimo di mezzi di sussistenza a persone in stato di bisogno, ma anche un reddito complementare ai beneficiari di prestazioni previdenziali insufficienti. La circostanza che una stessa legge contempli altresì “benefici che possono qualificarsi assistenziali non altera, sul piano del diritto comunitario, il carattere intrinsecamente previdenziale di un assegno connesso ad una pensione di invalidità, vecchiaia o reversibilità, di cui esso

⁴² Per l'Italia l'elenco comprende: a) pensioni sociali per persone sprovviste di reddito (l. 30 aprile 1969 n. 153); b) pensioni, assegni e indennità per i mutilati e invalidi civili (l. 30 marzo 1971 n. 118, l. 11 febbraio 1980 n. 18 e l. 23 novembre 1988 n. 508); c) pensioni e indennità per i sordomuti (l. 26 maggio 1970 n. 381 e l. 23 novembre 1988 n. 508); d) pensioni e indennità per i ciechi civili (l. 27 maggio 1970 n. 382 e 23 novembre 1988 n. 508); e) integrazione delle pensioni al trattamento minimo (l. 4 aprile 1952 n. 218, l. 11 novembre 1983 n. 638 e l. 29 dicembre 1990 n. 407); f) integrazione dell'assegno di invalidità (l. 12 giugno 1984 n. 222); g) assegno sociale (l. 8 agosto 1995 n. 335); h) maggiorazione sociale (l. 29 dicembre 1988 n. 544 e successive modifiche, art. 1, co. 1 e 12).

⁴³ C. Giust. 12 luglio 1990, C-236/88, *Commissione v. Francia*; C. Giust. 9 ottobre 1974, C-24/74, *Biason*; C. Giust. 24 febbraio 1987, C-93/86, *Giletti*.

costituisce, di diritto, una prestazione accessoria” (punto 11 della motivazione).

7. *Il principio di condizionalità e i vincoli di bilancio. Le Corti a confronto*

A questa parziale apertura si contrappone però una linea interpretativa prevalentemente rigorosa del contestato principio di condizionalità dei diritti sociali alle esigenze di bilancio del complessivo sistema assistenziale. Invero, un primo orientamento aveva escluso che l'eccessiva onerosità potesse presumersi nei confronti di coloro che non avessero redditi sufficienti, ma essa doveva essere suffragata da prove portate dallo Stato che negava l'accesso a prestazioni sociali di carattere non contributivo⁴⁴. Nel subordinare il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi alla circostanza che l'interessato non divenga un onere “eccessivo” per il “sistema” di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, l'art. 7, par. 1, lett. b), della dir. 04/38/CE, come interpretato alla luce del decimo considerando della stessa, implica pertanto che le autorità nazionali competenti dispongono del potere di valutare, tenuto conto di un insieme di fattori e in considerazione del principio di proporzionalità, se la concessione di una prestazione sociale possa rappresentare un onere per l'insieme dei regimi di assistenza sociale di tale Stato membro. La dir. 04/38/CE ammette quindi una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri, in particolare se le difficoltà incontrate dal beneficiario del diritto di soggiorno sono temporanee⁴⁵.

Successivamente si è fatto strada un altro orientamento più restrittivo, per il quale la carenza dei requisiti per ottenere il diritto di soggiorno, e quindi accedere alle prestazioni sociali, è di per sé sufficiente per escludere l'accesso alle prestazioni assistenziali, senza che occorra valutare le ripercussioni sull'equilibrio finanziario del sistema. Il *revirement* della Corte di Giustizia, contenuto nella sentenza *Dano*⁴⁶, è stato determinato dall'esigenza di rispondere alle pressioni politiche esercitate da alcuni Stati membri preoc-

⁴⁴ C. Giust. 19 settembre 2013, C-140/12, *Brey*, punto 72.

⁴⁵ V., per analogia, C. Giust. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 44; C. Giust. 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, punto 56; C. Giust. 18 novembre 2008, C-158/07, *Förster*, punto 48.

⁴⁶ C. Giust. 11 novembre 2014, C-313/13, *Dano*.

cupati per gli accessi al loro sistema di *welfare* da parte di cittadini europei provenienti da altri Stati con protezione inadeguata (si tratta del c.d. “turismo sociale”). Esso sembra ormai consolidato⁴⁷, cosicché le aperture alla solidarietà sovranazionale rischiano di essere vanificate dall’esigenza di contenimento della spesa pubblica. Vi è una certa schizofrenia nelle decisioni: da una parte si allarga l’area della sicurezza sociale ricomprendendovi alcune forme di assistenza, dall’altra le prestazioni volte a tutelare bisogni essenziali vengono condizionate alle esigenze di contenimento della spesa.

Di diverso avviso è la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha ritenuto che solo considerazioni molto forti possono giustificare delle disparità di trattamento fondate esclusivamente sulla nazionalità (cittadinanza) e dunque sulla mera condizione giuridica di straniero, e a tali considerazioni non possono essere assimilati gli interessi di bilancio e di contenimento della spesa pubblica da parte degli Stati⁴⁸. Le ragioni di bilancio e di contenimento della spesa infatti, pur costituendo uno scopo legittimo, non rispondono ai principi di proporzionalità nel momento in cui trovino applicazione per escludere da prestazioni sociali di sostegno al reddito familiare immigrati stranieri che abbiano un sufficiente legame con lo Stato ospitante, in quanto vi soggiornino non in maniera irregolare o per ragioni di breve durata, bensì con regolare permesso di soggiorno e di lavoro⁴⁹. La Corte EDU offre dunque una lettura dell’art. 14 sintonica col principio di eguaglianza: il trattamento diviene discriminatorio – ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte – ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l’obiettivo perseguito⁵⁰.

La linea è approfondita dalla Corte costituzionale, la quale assume la ragionevolezza a criterio di temperamento tra perseguimento dei vincoli di bilancio e salvaguardia dei diritti sociali. Se è vero che il contesto di crisi economica e la conseguente introduzione di stringenti vincoli di bilancio

⁴⁷ C. Giust. 25 febbraio 2016, C-299/14, *Garcia-Nieto*; C. Giust. 15 settembre 2015, C-67/14, *Dano* 2.

⁴⁸ C. Eur. Dir. Uomo 19 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria*, cit. e C. Eur. Dir. Uomo 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia*, in *DULF*, 2007, p. 687.

⁴⁹ C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *Dhahbi v. Italia*, cit.

⁵⁰ Ad es. C. Eur. Dir. Uomo 25 ottobre 2005, *Niedzwiecki c. Germania*; C. Eur. Dir. Uomo 16 marzo 2010, *Carson ed altri c. Regno Unito*; C. Eur. Dir. Uomo 27 novembre 2007, *Luczak c. Polonia*, tutte in <http://hudoc.echr.coe.int>.

consentono di imporre sacrifici alle situazioni giuridiche facenti capo ai singoli, anche in virtù di un principio solidaristico, è altresì vero – afferma la Consulta – che tali sacrifici incontrano il limite del “nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana”⁵¹. Il nocciolo duro è costituito da quei diritti che ineriscono alla sfera di tutela della persona umana, quali la libertà personale, la vita e la salute. In particolare, la Corte afferma che, di fronte a bisogni primari che attengono alla salute, quali le esigenze di cure urgenti ed essenziali che debbono essere assicurate o proseguire (cicli terapeutici o riabilitativi), è irrilevante la posizione dello straniero rispetto alle norme che regolano l’ingresso e il soggiorno nello Stato⁵². Dunque la tutela si estende anche ai clandestini e irregolari (con problemi riguardo all’obbligo di comunicare il referto alle autorità di polizia, risolto con la prescrizione del rispetto dell’anonimato).

Al di là di tale nocciolo duro, e con riferimento alle prestazioni di assistenza sociale, la Corte ammette che possano introdursi discipline differenziate per il relativo accesso “al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili”⁵³; tuttavia “la legittimità della scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza, in quanto l’introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l’attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*”⁵⁴.

Ricco è l’elenco delle pronunce che applicano il principio con riguardo alle limitazioni disposte nei confronti degli immigrati. Tra queste vanno ricordate le numerose questioni di legittimità costituzionale affrontate con riferimento agli interventi di contenimento della spesa in una legge finanziaria (l. 23 dicembre 2000, art. 80, co. 19) che aveva ristretto le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali (l’assegno sociale e le provvidenze economiche in materia di servizi sociali) ai soli titolari di permesso UE, modificando in peggio la disciplina contenuta nell’art. 41 del d.lgs. n. 286/98

⁵¹ C. Cost. 3 giugno 2013 n. 116.

⁵² C. Cost. 17 luglio 2001 n. 252.

⁵³ Da ultimo cfr. C. Cost. 3 giugno 2013 n. 133.

⁵⁴ Cfr. C. Cost. 4 luglio 2013 n. 172; C. Cost. 7 giugno 2013 n. 133 e C. Cost. 18 gennaio 2013 n. 2; C. Cost. 9 febbraio 2011 n. 40 e C. Cost. 2 dicembre 2005 n. 432.

che riconosce il diritto a tutti gli immigrati regolarmente soggiornanti da almeno un anno. La Corte dichiara l'incostituzionalità della novella per violazione dell'art. 3 Cost., letto in correlazione con gli approdi ermeneutici cui la Corte EDU è pervenuta nel ricostruire il principio di non discriminazione (assunto a parametro interposto) e con le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. La Corte ammette che è possibile subordinare l'erogazione di determinate prestazioni – non indirizzate a rimediare gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione al soggiorno ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, ma, per un verso, tale requisito deve essere ragionevole, e tale non è il termine minimo di cinque anni, per l'altro verso vanno escluse le condizioni reddituali del soggetto, disapplicandosi quindi la prescrizione della dir. 04/38/CE⁵⁵.

La Corte è intervenuta inoltre per scrutinare diverse leggi regionali, che hanno ancorato il sistema di protezione sociale alla c.d. *residenza qualificata* nel territorio regionale, protrattasi per periodi più lunghi di quelli richiesti ai cittadini dello Stato. Si tratta di una linea politica che si è diffusa con accenti xenofobi specie nelle regioni governate dalla Lega e dal centro-destra, a cui la Corte ha risposto con fermezza, garantendo la tutela dei diritti sociali fondamentali in condizioni di parità. La Corte ha operato un distinguo tra bisogni primari dell'individuo che devono prescindere dalla dimensione territoriale, e provvidenze che invece richiedono, a seconda del contenuto della prestazione, o la *residenza semplice*, vale a dire la stabile dimora di cui all'art. 43 cod. civ., o un rapporto costante e duraturo con la comunità locale, pervenendo a soluzioni di grande equilibrio e che mostrano sensibilità all'integrazione sociale degli immigrati. Si possono qui ricordare alcuni casi paradigmatici. È manifestamente irragionevole, ed incongruo, negare l'accesso a un fondo per il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale a chi abbia la sola residenza nella Regione, riconoscendolo ai cittadini dell'Unione che risiedano da almeno cinque anni, posto che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell'essere umano, insediatisi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo di tale insedia-

⁵⁵ Cfr. C. Cost. 29 luglio 2008 n. 306 e C. Cost. 11 marzo 2013 n. 40, sull'indennità di accompagnamento; C. Cost. 12 dicembre 2011 n. 329, sull'indennità di frequenza scolastica per i minori stranieri con handicap; C. Cost. 14 gennaio 2009 n. 11, sulla pensione di inabilità; C. Cost. 26 maggio 2010 n. 187, sull'assegno sociale.

mento⁵⁶. Del pari un assegno di cura per gli immigrati non autosufficienti e una provvidenza economica per garantire il diritto allo studio non hanno alcun rapporto con la durata del permesso di soggiorno e della residenza⁵⁷. Il radicamento col territorio può essere invece richiesto per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica, ma va contenuto nel rispetto delle dir. 04/38/CE e 03/109/CE⁵⁸. Anche gli assegni di sostegno alla natalità, poiché non riguardano un bisogno primario dell'individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale, ma premiano, non arbitrariamente, il contributo offerto dalla famiglia al progresso morale e materiale della comunità costituita su base regionale, giustificano un'applicazione limitata a quelle formazioni sociali che non solo sono presenti sul territorio, ma hanno già manifestato, con il passare degli anni, l'attitudine ad agirvi stabilmente, così da poter venire valorizzate nell'ambito della dimensione regionale⁵⁹.

Da questa breve e non esaustiva rassegna emerge un dato significativo: il giudizio di ragionevolezza, ancorato al principio di eguaglianza, e applicato in sintonia con le interpretazioni evolutive della giurisprudenza internazionale sul divieto di discriminazione, si conferma quale tecnica di tutela sufficientemente adeguata per tutelare i diritti sociali degli immigrati. Esso integra la normativa comunitaria e consente di ridurre le differenze di *status*. Il cammino è però ancora lungo ed esso rischia di interrompersi a causa degli incerti scenari determinati dalle crisi politico-istituzionali, sociali ed economiche che caratterizzano la seconda modernità.

⁵⁶ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222; C. Cost. 7 febbraio 2011 n. 40; C. Cost. 28 maggio 2010 n. 187.

⁵⁷ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222; C. Cost. 1 luglio 2013 n. 172; C. Cost. 14 gennaio 2013 n. 2.

⁵⁸ C. Cost. 7 giugno 2004 n. 168.

⁵⁹ C. Cost. 16 luglio 2013 n. 222.

Abstract

Il saggio analizza la tutela antidiscriminatoria di cui godono i lavoratori immigrati all'insegna di una prospettiva multilivello: più in particolare viene descritto il complesso di strumenti normativi del diritto nazionale ed europeo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli immigrati (ad es., in materia di sicurezza sociale), per come interpretato dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU. Da ultimo, vengono analizzati i recenti orientamenti giurisprudenziali, che oscillano tra l'affievolimento del principio paritario in ragione di sempre più stringenti vincoli di bilancio, e la tendenziale parificazione tra *cives* e *non cives* alla luce del principio di eguaglianza.

The present work analyses the protection granted to immigrant workers in the light of the non-discrimination principle, according to a multilevel perspective: in particular, the essay focuses on the domestic and European legal framework protecting immigrants' labour rights (i.e., having regard to social security) in compliance with the interpretation of the Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Finally, this paper deals with the current judicial orientations, that wave between the weakening of the principle of equal treatment among citizens and immigrants because of the austerity programs, and the almost equalization between *cives* and *non cives*.

Key words

Immigrazione, diritti sociali, non discriminazione, tutela multilivello, libera circolazione, sicurezza sociale, vincoli di bilancio, eguaglianza.

Immigration, social rights, non-discrimination, multilevel protection, freedom of movement, social security, budgetary constraints, equality.

Carla Spinelli

La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il *Jobs Act*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La tutela antidiscriminatoria e le soluzioni ragionevoli nella Direttiva n. 2000/78/CE e nella Convenzione ONU 2006. **3.** La tutela antidiscriminatoria e le nuove regole per l’inserimento lavorativo delle persone disabili dopo il *Jobs Act*. **4.** Le soluzioni ragionevoli e le questioni interpretative ancora aperte. **5.** Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni. **6.** Accomodamenti ragionevoli, oneri sproporzionati e misure di finanziamento. **7.** Osservazioni conclusive.

I. Premessa

L’ampio disegno di riforma del mercato del lavoro concepito dal Governo Renzi, il c.d. *Jobs Act*, che è stato tradotto nelle norme della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 e dei relativi decreti attuativi, non ha mancato di interessare anche la disciplina dell’inserimento al lavoro delle persone disabili. In particolare, gli articoli da 1 a 11 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 hanno modificato in più parti le disposizioni della l. 12 marzo 1999, n. 68¹, che regola la materia² e, da ultimo, il decreto correttivo 24

¹ Per un’analisi approfondita della nuova disciplina si rinvia a GAROFALO D., *Le modifiche alla l. n. 68/1999: semplificazione, correttivi, competenze*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 23 ss.; LIMENA, *Il restyling della legge n. 68/1999 sul collocamento dei disabili in LG*, 2016, p. 429 ss.; PASQUALETTO, *Le novità dell’estate e dell’autunno 2015 in materia di collocamento mirato dei disabili*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla “Riforma Jobs Act”*, Cedam, Padova, 2016, 749 ss.

² Per un ampio commento alla legge 68/1999 nella versione antecedente alla recente riforma, si vedano: CINELLI, SANDULLI, (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000; SANTORO PASSARELLI G., LAMBERTUCCI (a cura di), *Commentario della legge n. 68 del 1999*, Cedam, 2000; PERA, *Disabili (diritto al lavoro dei)*, in EGT, Roma,

settembre 2016, n. 185 ha integrato tale quadro normativo con ulteriori previsioni³.

Le modifiche introdotte vanno certamente ricondotte nel più ampio contesto della riforma dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro disposta dal Governo (d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150), della quale condividono gli obiettivi di “razionalizzazione e semplificazione”.

D'altra parte, l'adozione di una nuova regolamentazione del diritto al lavoro delle persone con disabilità può annoverarsi, altresì, tra gli effetti dell'incidenza della normativa internazionale e dell'Unione Europea sull'ordinamento interno⁴, nel cui ambito si inquadra la nota vicenda che ha portato alla condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 4 luglio 2013⁵.

Ed è proprio nel solco di questa seconda prospettiva di indagine che si intende sviluppare il presente scritto.

Come è noto, la Commissione Europea aveva deferito la Repubblica italiana alla Corte di Giustizia, valutando inadeguata la trasposizione della direttiva 27 novembre 2000, n. 2000/78/CE⁶ in ordine alla previsione (art. 5) che impone, a carico dei datori di lavoro, l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli per le persone disabili, affinché queste possano avere accesso al lavoro, nonché svolgerlo, ricevere una formazione adeguata e ottenere progressioni di carriera.

La Corte europea non ha accolto le argomentazioni difensive presentate dal nostro Paese, fondate sull'interpretazione del quadro normativo comples-

2001, vol. XI; LIMENA, *L'accesso al lavoro dei disabili*, Cedam, 2004; GAROFALO D., *Disabili (lavoro dei)*, in *DDP*, Agg. V, Utet, Torino, 2009, p. 759 ss.

³ Tali previsioni di modifica, contenute nell'art. 5, co. 1, d.lgs. 185/2016, concernono i nuovi criteri di calcolo della quota di riserva e la revisione del sistema sanzionatorio.

⁴ Su tale normativa si leggano LOY, *La normativa internazionale, dell'Europa e degli Stati Uniti*, in LAMACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009, p. 33 ss.; PIETROGIOVANNI, *Disability and Work: the International and Supranational Legal Framework*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n. 1, aprile 2015, p. 30 ss.

⁵ Su cui si vedano le considerazioni critiche di CINELLI, *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, 2013, II, p. 935 ss.; CIMAGLIA, “Niente su di noi senza di noi”: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità, in *RGL*, 2013, I, 399 ss.; DANISI, *Disabilità, lavoro e “soluzioni ragionevoli”: l'inadempimento dell'Italia alla Corte di Giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, p. 1008 ss.; AGLIATA, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di handicap e “soluzioni ragionevoli” ai sensi della dir. 2000/78/CE*, in *DRI*, 2014, p. 263 ss.

⁶ La dir. 2000/78/CE stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

sivo posto a tutela delle persone con disabilità⁷. Pertanto, ha statuito che la normativa nazionale non aveva adeguatamente trasposto la direttiva, dal momento che si era limitata a prevedere misure pubbliche di sostegno per l'occupabilità delle persone disabili, escludendo, invece, oneri diretti a carico dei datori di lavoro. L'art. 5 della Direttiva, al contrario, è inteso proprio ad obbligare tutti i datori di lavoro ad adottare misure specifiche, in relazione ai vari aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro dei disabili, che siano funzionali rispetto alle esigenze che si presentano nelle situazioni concrete.

2. *La tutela antidiscriminatoria e le soluzioni ragionevoli nella Direttiva n. 2000/78/CE e nella Convenzione ONU 2006*

La previsione di soluzioni ragionevoli (*reasonable accommodation*) costituisce, nella normativa internazionale e sopranazionale, un tassello fondamentale della tutela antidiscriminatoria per ragioni di disabilità e si configura quale obbligo di contenuto positivo a carico dei datori di lavoro, coerente con il principio di eguaglianza sostanziale⁸.

A norma dell'art. 5 della dir. 2000/78/CE, infatti, “per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste misure di accomodamento ragionevole. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato”.

Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione ONU per i *Diritti delle persone con disabilità* del 2006⁹, per “accomodamento ragionevole” si intendono “le mo-

⁷ A tal riguardo sono state richiamate la l. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) e la l. 68/1999, ma anche la l. 8 novembre 1991, n. 381 (sulle cooperative sociali) e il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (testo unico sulla sicurezza sul lavoro).

⁸ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in EAD. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 82 ss.

⁹ La Convenzione rappresenta la prima significativa iniziativa in materia di diritti umani del XXI secolo. Essa non stabilisce nuovi diritti per le persone con disabilità, ma ribadisce, rinforza e aggiorna i diritti contenuti in altri strumenti internazionali. L'Italia ha sottoscritto tale Convenzione il 30 marzo 2007 e l'ha ratificata con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

difiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”.

Le soluzioni ragionevoli sono generalmente misure individualizzate, che si rendono necessarie per le particolari esigenze di un lavoratore disabile, al fine di metterlo in condizione di avere accesso ad una occupazione e di lavorare al pari degli altri. Pertanto, restano distinte dalle azioni positive, anch'esse strumento del diritto diseguale atto a realizzare l'eguaglianza sostanziale – quali ad esempio, per restare in questo medesimo ambito, le quote d'obbligo¹⁰ – che prevedono, invece, situazioni di vantaggio per gruppi specifici. Tanto le soluzioni ragionevoli quanto le azioni positive sono misure necessarie e, soprattutto, complementari per contrastare la discriminazione per disabilità, in quanto le prime tengono conto degli aspetti peculiari della condizione di ciascuna persona con disabilità e le seconde intervengono su esigenze che accomunano la generalità dei disabili¹¹.

La dir. 2000/78/CE, al considerando n. 20, fornisce alcune indicazioni esemplificative di soluzioni ragionevoli, quali “la sistemazione dei locali, l'adattamento delle attrezzature e dei ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, un'adeguata formazione”.

Il carattere non tassativo dell'elenco dei provvedimenti appropriati destinati ad adattare l'ambiente di lavoro in funzione della disabilità, contenuto nel suddetto considerando, è stato confermato dalla Corte di Giustizia del-

¹⁰ La nuova disciplina prevede, al riguardo, che i datori di lavoro sono tenuti ad avere alle loro dipendenze le seguenti quote di lavoratori disabili: il 7% dei lavoratori se il datore di lavoro occupa più di 50 dipendenti; 2 lavoratori se occupa da 36 a 50 dipendenti; 1 lavoratore se occupa da 15 a 35 dipendenti (art. 3, co. 1, l. 68/1999). Da gennaio di quest'anno, 2017, l'obbligo di assunzione sorge direttamente al raggiungimento di 15 dipendenti e non più, come in precedenza, solo in occasione dell'assunzione di un sedicesimo lavoratore. Ma il decreto milleproporoghe (d.l. 30 dicembre 2016 n. 244 conv. dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19) ha disposto il rinvio dell'entrata in vigore di questa previsione normativa a gennaio 2018.

¹¹ BARBERA, *op. cit.*, p. 99 ss. assume una posizione critica nei riguardi delle tesi che separano nettamente i profili individuali da quelli collettivi della discriminazione per disabilità, in quanto produrrebbero, nel caso di specie, l'effetto paradossale di “intendere la norma che stabilisce l'obbligo di soluzioni ragionevoli come una clausola che indebolisce la portata correttiva del divieto di discriminazioni indirette”, poiché si consentirebbe al datore di lavoro di predisporre unicamente soluzioni individuali, mantenendo per il resto un ambiente di lavoro ostile a chi è disabile.

l'UE nella sentenza *HK Danmark*¹², la quale ha altresì statuito che “pertanto, la riduzione dell'orario di lavoro, anche qualora non ricada nel concetto di «ritmi di lavoro», può essere considerata un provvedimento di adattamento ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva, ove la riduzione dell'orario di lavoro consenta al lavoratore di poter continuare a svolgere il suo lavoro, conformemente alla finalità perseguita da tale articolo” (punto 56).

Le soluzioni ragionevoli possono essere, quindi, non solo interventi di carattere materiale, atti a rendere le strutture esistenti accessibili e fruibili anche da parte di persone con disabilità, ad esempio acquisendo apparecchiature o dispositivi di assistenza, ma anche misure di carattere organizzativo, quali la modifica degli orari di lavoro, la distribuzione delle mansioni o le politiche di formazione. Tali misure, peraltro, possono essere di natura temporanea, ma più spesso dovranno essere previste per ciascun individuo per la durata del suo impiego, sicché potrebbero avere bisogno di interventi di adattamento e implementazione nel corso del tempo.

I datori di lavoro, tuttavia, hanno la possibilità di sottrarsi all'obbligo di prevedere accomodamenti ragionevoli, ove le modifiche e gli adattamenti necessari impongano loro un onere sproporzionato ed eccessivo, secondo quanto previsto sia dalla Direttiva europea che dalla Convenzione ONU, nelle norme prima richiamate.

Per valutare la gravosità di tale onere, come risulta dal considerando 21 della dir. 2000/78/CE, deve tenersi conto, tra l'altro, “dei costi finanziari o di altro tipo che tale misura comporta, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni”. A tal proposito, l'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE precisa che “tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”¹³.

La Corte di Giustizia europea, sempre nella sentenza *HK Danmark* (punto 60), ha affermato che spetta ai giudici nazionali verificare se una concreta misura, adottata quale provvedimento di adattamento, non costituisca un onere sproporzionato per il datore di lavoro.

¹² C. Giust., 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11.

¹³ Su tali aspetti si tornerà *infra*, par. 6.

3. *La tutela antidiscriminatoria e le nuove regole per l'inserimento lavorativo delle persone disabili dopo il Jobs Act*

A seguito della condanna inferta dalla Corte di Giustizia, il nostro legislatore ha provveduto a modificare il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216¹⁴, integrando il testo dell'art. 3 con il co 3 *bis*¹⁵, a norma del quale “al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori”.

L'introduzione dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli ha costituito di per sé un importante progresso per la tutela antidiscriminatoria per ragioni di disabilità nel nostro Paese. Tuttavia, l'obiettivo della parità di trattamento non può certamente essere raggiunto sulla scorta della mera previsione normativa di un obbligo, se non si dota tale regola di strumenti di effettività, come confermano, del resto, le vicende relative all'applicazione della l. 68/1999¹⁶.

In questa prospettiva si ritiene che possano essere interpretate le disposizioni contenute nell'art. 1, co. 1, d.lgs. 151/2015¹⁷, le quali: dettano criteri direttivi per la successiva adozione di un decreto ministeriale, che definisca “linee guida” in materia di collocamento mirato; promuovono la costruzione di un sistema-rete che coinvolga tutti i soggetti portatori di interesse, pubblici e privati¹⁸; prevedono l'istituzione della figura “del responsabile dell'inseri-

¹⁴ Il d.lgs. 216/2003 ha dato attuazione alla dir. 2000/78/CE.

¹⁵ Art. 9, co 4, d.l. 28 giugno 2013, n. 76 convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 99.

¹⁶ DI STASI, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del “collocamento mirato”*, in *ADL*, 2013, p. 880 ss.

¹⁷ Come si è avuto modo di argomentare in SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d.lgs. n. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'unione europea*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 11 ss. Merita segnalare anche la previsione dell'art. 9, co 6 *bis*, l. 68/1999 (come modificato dall'art. 8, d.lgs. 151/2015), secondo la quale le informazioni relative agli accomodamenti ragionevoli adottati dai datori di lavoro dovranno confluire nella specifica sezione relativa al collocamento mirato, istituita nell'ambito della Banca dati delle politiche attive e passive di cui all'art. 8, d.l. 76/2013 conv. dalla l. 99/2013.

¹⁸ La norma individua quali principali *stakeholders* i servizi sociali, sanitari, educativi e for-

mento lavorativo”; dispongono il ricorso a fondi regionali per il finanziamento delle soluzioni ragionevoli.

In particolare, rilevano in tal senso i criteri direttivi più specificamente orientati all’obiettivo di fornire, attraverso il decreto ministeriale, un supporto operativo ai datori di lavoro. È il caso di quelli previsti nelle lett. c) e d) dell’art. 1, co. 1, relativi alla “definizione dei criteri di predisposizione dei progetti di inserimento lavorativo che tengano conto delle barriere e dei facilitatori ambientali rilevati” e alla “analisi delle caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare alle persone con disabilità, anche con riferimento agli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare”.

Nella ricerca di strumenti di effettività per l’integrazione lavorativa delle persone disabili, poi, una scelta determinante e pienamente condivisibile è costituita dalla previsione della figura del responsabile dell’inserimento lavorativo, del quale il decreto ministeriale dovrà “promuovere” l’istituzione, non potendo evidentemente spingersi oltre una mera azione persuasiva. Si tratta di una previsione coerente con la strategia del *diversity management*, ovvero con quei modelli di gestione del personale che mirano alla valorizzazione delle differenze per migliorare la produttività del lavoro. I compiti del responsabile dell’inserimento lavorativo (previsti *sub* lett. e) dell’art. 1, co. 1, d.lgs. 151/2015) – che lo rendono assimilabile alla figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro¹⁹ – consistono nella predisposizione del progetto personalizzato e nella risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro della persona disabile. Non v’è dubbio che tali compiti si colleghino strettamente agli accomodamenti ragionevoli, che il datore di lavoro è tenuto ad adottare nell’assegnare al disabile il posto di lavoro, secondo quanto previsto dalla precedente lett. d). Le suddette attività di integrazione lavorativa, peraltro, dovranno essere svolte in raccordo con l’Inail, per le persone con disabilità acquisita nel contesto del rapporto di lavoro.

La legge di stabilità 2015²⁰, infatti, ha affidato all’Inail “le competenze in materia di reinserimento e di integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro, da realizzare con progetti personalizzati mirati alla con-

mativi del territorio, le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro, le cooperative sociali, il terzo settore, secondo la migliore tradizione concertativa a livello territoriale.

¹⁹ Profili di affinità con il tutor degli apprendisti e dei tirocinanti, pur nella diversità degli obiettivi, rileva, invece, GAROFALO D., *Jobs Act e disabili*, in *RDSS*, 2016, p. 89 ss.

²⁰ Art. 1, co. 166, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

servazione del posto di lavoro o alla ricerca di nuova occupazione, con interventi formativi di riqualificazione professionale, con progetti per il superamento e per l'abbattimento delle barriere architettoniche sui luoghi di lavoro, con interventi di adeguamento e di adattamento delle postazioni di lavoro. L'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma è a carico del bilancio dell'Inail, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".

L'Inail ha conseguentemente adottato il Regolamento per il reinserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro²¹, nel quale, in particolare: all'art. 4, si individuano le tipologie degli interventi atti a consentire la conservazione del posto di lavoro; all'art. 6, si disciplinano l'elaborazione del progetto di reinserimento lavorativo personalizzato e il relativo piano esecutivo e, agli artt. 7 e ss., si regola la procedura amministrativa per ottenere il finanziamento dei costi che il datore di lavoro deve sostenere per la realizzazione di tale progetto (*infra*, par. 6).

Il predetto Regolamento identifica gli accomodamenti ragionevoli per i disabili da lavoro con riferimento ad interventi quali: il superamento e l'abbattimento delle barriere architettoniche (ad es. interventi edilizi, impiantistici e domotici); l'adeguamento e l'adattamento delle postazioni di lavoro (ad es. adozione di dispositivi e ausili tecnologici, informatici e di automazione); l'"addestramento" all'utilizzo delle postazioni e delle attrezzature da lavoro; la formazione e il tutoraggio per lo svolgimento della medesima mansione; la riqualificazione professionale per l'adibizione ad altra mansione.

Il Regolamento fornisce, quindi, indicazioni su forme di accomodamento ragionevole, che possono costituire un utile riferimento per le possibili esigenze di integrazione lavorativa di tutti i lavoratori disabili, benché il suo ambito di applicazione e, quindi, i potenziali beneficiari delle disposizioni in esso contenute siano solo i lavoratori disabili da lavoro e iscritti all'Inail²².

²¹ Det. Pres. Inail dell'11 luglio 2016, n. 258. All'art. 1 del Regolamento l'Ente precisa che, in fase di prima applicazione, ha inteso disciplinare solo gli interventi mirati alla conservazione del posto di lavoro, rinviando gli interventi finalizzati alla ricerca di nuova occupazione ad una specifica regolamentazione, che potrà essere adottata solo a seguito della compiuta attuazione delle disposizioni in materia di politiche attive e servizi per il lavoro, di cui al d.lgs. 150/2015.

²² Ne consegue che sono esclusi "i dipendenti delle amministrazioni statali, anche a ordinamento autonomo, assicurati attraverso la speciale gestione per conto dello Stato", in quanto lavoratori non iscritti all'Inail, ma anche studenti e casalinghe, che pur iscritti all'Inail, non sono qualificati come lavoratori (art. 3 del Regolamento n. 258/2016; v. anche par. 2 della Circ. Inail 30 dicembre 2016, n. 51).

Questi ultimi sono identificati con “tutti i soggetti che, a causa di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale, abbiano riportato una menomazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che, indipendentemente dal grado della menomazione stessa, è causa di difficoltà motorie o sensoriali, di apprendimento e di relazione, tale da determinare problematiche di integrazione lavorativa nonché processi di svantaggio sociale o di emarginazione”.

Si tratta della definizione riportata nella Circ. Inail n. 51/2016, che espressamente rinvia all’articolo 2, co. 3, del Regolamento UE 17 giugno 2014, n. 651 (sulle categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE), che a sua volta definisce la persona disabile come “chiunque sia riconosciuto come lavoratore con disabilità a norma dell’ordinamento nazionale o, chiunque presenti durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che, in combinazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione all’ambiente di lavoro su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”.

Tale definizione è coerente con quella elaborata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea²³, che, se per un verso ha statuito che la dir. 2000/78/CE deve essere oggetto, per quanto possibile, di un’interpretazione conforme alla Convenzione ONU del 2006²⁴, d’altro canto ha adottato una concezione di disabilità più restrittiva di quella da quest’ultima prevista²⁵, nella misura in cui richiede che la condizione di svan-

²³ Per una puntuale rassegna delle pronunce della Corte europea sulla nozione di disabilità si rinvia a PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in RDSS, 2016, p. 199 ss.

²⁴ Così afferma C. Giust., 11 aprile 2013, cause C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark* (punto 32), in ragione del fatto che la Convenzione ONU sui diritti dei disabili è stata sottoscritta dall’Unione Europea, con decisione del Consiglio n. 2010/48/CE del 26 novembre 2009. In particolare, in questa pronuncia la Corte ha statuito che la nozione di disabilità ai sensi della dir. 2000/78/CE include anche una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia “comporti una limitazione di lunga durata, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che - interagendo con barriere di diversa natura - possa ostacolare la piena ed effettiva *partecipazione* della persona interessata *alla vita professionale* su base di uguaglianza con gli altri lavoratori” (corsivo nostro). Con la recente sentenza del 1° dicembre 2016, nella causa C-395/15, *M. Daoudi c. Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, i giudici europei hanno chiarito a quali condizioni la limitazione della capacità di una persona possa essere qualificata come “duratura”, ai sensi della definizione di disabilità contemplata dalla direttiva.

²⁵ La Convenzione ONU 2006 adotta a riferimento il modello sociale di disabilità, che pone l’accento sulla valorizzazione e l’inclusione dei disabili nella vita sociale, politica, econo-

taggio sia d'ostacolo alla partecipazione alla vita professionale²⁶ e non alla vita di relazione *tout-court*.

4. *Le soluzioni ragionevoli e le questioni interpretative ancora aperte*

Per quanto apprezzabili, per le ragioni fin qui esposte, le più recenti modifiche alla regolamentazione del diritto al lavoro delle persone con disabilità hanno, tuttavia, lasciato ancora irrisolte alcune questioni interpretative, che la previsione dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli, ormai accolta anche nel nostro ordinamento, solleva.

Queste attengono in primo luogo alla determinazione dei contenuti dell'obbligo e alla sua insorgenza, nonché agli aspetti procedurali connessi al suo assolvimento, quindi alla qualificazione della violazione di tale obbligo come discriminazione e alla conseguente tutela giurisdizionale esperibile.

La legislazione italiana al riguardo della maggior parte di tali questioni tace, ma neanche la normativa europea ed internazionale offre esplicite indicazioni²⁷.

L'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli grava, ai sensi dell'art. 3, co. 3 *bis* del d.lgs. 216/2003, su tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, dovendosi ritenere evidentemente compresi tra questi ultimi sia quelli soggetti alle quote d'obbligo, sia quelli che, pur non essendo obbligati, volontariamente procedano all'assunzione di una persona disabile.

mica e culturale. Ai sensi del suo art. 1, co. 2, infatti, “per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva *partecipazione nella società* su base di uguaglianza con gli altri” (corsivo nostro).

²⁶ Emblematica, al riguardo, la pronuncia del 18 marzo 2014, C-363/12 nel caso *Z.*, in cui la Corte UE ha negato che ricorresse una discriminazione per disabilità nei confronti di una lavoratrice alla quale era stata preclusa la fruizione dei congedi parentali. Secondo i giudici europei la donna, che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in quanto priva di utero per una rara patologia, non poteva qualificarsi come disabile, dal momento che la sua condizione fisica non era d'impedimento alla partecipazione alla vita lavorativa.

²⁷ Un recente Rapporto, curato per la Commissione Europea, che ha svolto un'analisi comparata sull'attuazione dell'obbligo di prevedere accomodamenti ragionevoli in 31 Paesi (oltre ai 28 Stati Membri dell'UE, Islanda, Liechtenstein e Norvegia), ha posto in luce un'ampia varietà di soluzioni adottate nei diversi ordinamenti. Cfr. FERRI, LAWSON, *Reasonable accommodation for disabled people in employment contexts. A legal analysis of EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016.

La stessa normativa antidiscriminatoria non fornisce, invece, indicazioni espresse in merito ai titolari del corrispondente diritto agli accomodamenti ragionevoli, che possono essere identificati solo indirettamente, cioè facendo rinvio ad altre fonti normative. Il nostro ordinamento, tuttavia, non prevede una definizione unitaria di disabilità, ma le disposizioni che se ne occupano la articolano variamente, in funzione delle finalità perseguite e delle tutele accordate. La nozione più ampia si rinviene nella legge 104/1992, che detta i principi dell'ordinamento “in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata”, definita come “colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione” (art. 3, co. 1). La legge 68/1999, invece, avendo “come finalità la promozione dell'inserimento e della integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro”, riconduce nel proprio ambito di applicazione: le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e i portatori di handicap intellettivo, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento; le persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento; le persone non vedenti o sordomute; gli invalidi di guerra, civili o per servizio (art. 1). Entrambe le richiamate definizioni riflettono ancora una concezione medica della disabilità²⁸, più restrittiva, dunque, di quella adottata dalle norme internazionali ed europee, finanche nell'interpretazione prospettata dalla Corte di Giustizia e prima ricordata (*supra*, par. 3). Quest'ultima, peraltro, trova spazi di penetrazione nell'ordinamento nazionale attraverso le pronunce dei giudici di merito, che vi fanno di frequente riferimento a sostegno delle proprie argomentazioni²⁹.

Come si è già avuto modo di precisare nel paragrafo precedente, il no-

²⁸ Si vedano, a tal proposito, le critiche espresse dal Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità nelle osservazioni conclusive sul rapporto presentato dall'Italia relativamente all'applicazione della Convenzione del 2006, CRPD/C/ITA/CO/1 del 6 ottobre 2016, in http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1052&Lang=en.

²⁹ Cfr., ad esempio, Trib. Bologna 18 giugno 2013, in <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/tribunale-di-bologna-18-giugno-2013-ordinanza-discriminazioni-fondate-sulla-disabilita-e-rapporto-di-lavoro/>; Trib. Pisa, 16 aprile 2015, in www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/category/sentenza/discrim-handicap/; Trib. Bari, 1 dicembre 2016, in www.wikilabour.it/GetFile.aspx?File=%2fAAA_Segnalaioni%2f2016%2fMerito%2f20161201_Trib-Bari.pdf. In tutti questi casi, tuttavia, i ricorrenti erano pacificamente ritenuti disabili anche ai sensi del diritto interno.

stro ordinamento riserva una particolare attenzione e, fondamentalmente, una maggior tutela ai disabili a causa del lavoro, i quali possono beneficiare dell'intervento di sostegno dell'Inail per il reinserimento e la conservazione del posto di lavoro attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli. A tal proposito merita segnalare che nella Circolare Inail n. 51/2016, al paragrafo 2, si chiarisce opportunamente che, ai fini dell'individuazione della platea dei destinatari degli interventi, non è rilevante la qualificazione giuridica del contratto di lavoro, che può essere subordinato, parasubordinato o autonomo. Desta, invece, perplessità la previsione, nella medesima Circolare, di una valutazione costi/benefici alla quale dovrebbe essere subordinata l'adozione di misure di reinserimento per i lavoratori disabili da lavoro assunti con contratti a tempo determinato o flessibili, "in relazione alla durata del rapporto di lavoro". Questa prospettazione, infatti, sembra suggerire un bilanciamento tra gli interessi del disabile e quelli del datore di lavoro che rimanda ad una valutazione delle soluzioni ragionevoli in termini di misure economicamente sostenibili per il datore.

Attenta dottrina ha, invece, evidenziato come per determinare la ragionevolezza delle misure da adottarsi per consentire l'integrazione lavorativa delle persone disabili sia necessario un doppio test, occorrendo valutare in primo luogo l'effettività della misura e, quindi, la sua idoneità a raggiungere lo scopo per cui deve essere adottata, e solo successivamente il costo economico per il datore di lavoro³⁰. Del resto, tanto la dir. 2000/78/CE quanto la Convenzione ONU del 2006 definiscono gli accomodamenti ragionevoli come misure e provvedimenti "appropriati"³¹ e, la prima più chiaramente della seconda, tiene distinte le nozioni di soluzioni ragionevoli e onere sproporzionato, riferendo solo a quest'ultimo i criteri di valutazione indicati nel considerando 21 (*supra*, par. 2)³².

Nel Rapporto predisposto dal Forum Italiano per la Disabilità e inviato al Comitato ONU per i diritti delle persone con disabilità³³, che si pone

³⁰ WADDINGTON, LAWSON, *Disability and non-discrimination law in the European Union*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 26 ss.

³¹ La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza di condanna dell'Italia 4.7.2013, C-312/11, afferma che "è compito degli Stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici" (punto 62).

³² BARBERA, *op. cit.*, pp. 107-109.

³³ FID, *Primo Rapporto alternativo del Forum Italiano sulla Disabilità al Comitato delle Nazioni Unite sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, 18 gennaio 2016, <http://www.supe-rando.it/files/2016/03/fid-rapporto-convenzione-marzo-2016.pdf>.

come alternativo a quello predisposto dal governo italiano³⁴, si segnalano le numerose carenze tuttora presenti nell’agenda politica del nostro Paese e si avanzano alcune proposte specifiche. Si chiede, tra l’altro, l’inserimento della definizione di “accomodamento ragionevole” nella legislazione nazionale e regionale.

In effetti, la dir. 2000/78/CE lascia ai legislatori nazionali il compito di specificare il contenuto dell’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Al riguardo, la scelta del legislatore italiano, come si è visto, (*supra*, par. 3) è stata quella di recepire per espresso rinvio la nozione contenuta nella Convenzione ONU (art. 3, co. 3 bis, d.lgs. 216/2003), demandando la definizione di indicazioni operative a un decreto ministeriale (art. 1, co. 1, d.lgs. 151/2015). D’altra parte, se si prendono in considerazione gli ordinamenti giuridici di altri Paesi, nei quali la tutela antidiscriminatoria ha una tradizione più risalente e radicata rispetto al nostro³⁵, è dato osservare come le linee guida per i datori di lavoro, che dettagliano i contenuti dell’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli, siano fornite da autorità *lato sensu* amministrative: in Francia e in Gran Bretagna, ad esempio, a tanto provvedono, rispettivamente, le delibere del *Defenseur des droits*³⁶ e il *Code of practice* 2011 (cap. 6) della *Equality and Human Rights Commission*³⁷.

Con riferimento, poi, alla determinazione del momento in cui l’obbligo di prevedere accomodamenti ragionevoli insorge, trattandosi come si è detto di misure individualizzate (*supra*, par. 2), dirette a sovvenire a specifiche esigenze del lavoratore disabile, occorrerà che di queste ultime il datore di lavoro abbia avuto conoscenza. Il che potrà avvenire, nel caso in cui la disabilità non sia evidente e riconoscibile, solo su espressa dichiarazione da parte del lavoratore, tenuto conto del divieto di accertamenti sanitari e dei limiti ai controlli di malattia e di idoneità fisica imposti ai datori di lavoro dall’art. 5 St. Lav. D’altro canto, l’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli si integra – ma non si esaurisce – nel sistema prevenzionistico di tutela della salute e si-

³⁴ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=968&Lang=en.

³⁵ SPINELLI, *The Right to Work of Disabled persons: a Comparative Study on Legal Framework and Policies in Some European Union Member States*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n. 1, aprile 2015, p. 340.

³⁶ LAULOM, *The Right to Work of Disabled Workers in France*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n. 1, aprile 2015, p. 69 ss.

³⁷ CARBY-HALL, *Access to, and Retention of, Employment of Disabled Persons – The British Legal Framework*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, Suplemento n. 1, aprile 2015, pp. 266–69.

curezza nei luoghi di lavoro regolato dal d.lgs. 81/2008, diretto all'individuazione, riduzione e controllo costante dei fattori di rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori³⁸.

Nella predisposizione delle soluzioni ragionevoli appare conforme ai principi di correttezza e buona fede sentire il lavoratore interessato, come del resto prevede espressamente l'art. 6 del Regolamento Inail n. 258/2016 per i disabili da lavoro, a proposito dell'elaborazione del progetto personalizzato di reinserimento lavorativo. Lì dove sarà istituito, un ruolo fondamentale al riguardo sarà svolto dal responsabile per l'inserimento lavorativo, che ha la precipua competenza di attendere alla risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro dei lavoratori con disabilità (art. 1, co. 1, lett. e), *supra* par. 3). D'altra parte, in sua assenza, è auspicabile il coinvolgimento delle rappresentanze aziendali e/o delle organizzazioni sindacali, perché gli interventi sull'organizzazione aziendale e sull'ambiente di lavoro atti a renderli compatibili con una condizione di disabilità non soddisfano solo l'interesse individuale del soggetto interessato o quelli comuni ai lavoratori disabili, ma realizzano l'interesse collettivo di tutti i lavoratori.

Il d.lgs. 216/2003 tace in merito alle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli; tuttavia, da un lato, la finalità di assicurare il rispetto del principio di parità di trattamento, alla quale viene ricondotta la previsione di tale obbligo e, dall'altro, il rinvio espresso alla Convenzione ONU 2006, per la determinazione del suo contenuto, appaiono idonei a qualificare la violazione di questo obbligo come un comportamento discriminatorio. L'art. 2 della Convenzione ONU, infatti, diversamente dalla dir. 78/2000/CE³⁹, dispone espressamente in tal senso, definendo il rifiuto di soluzioni ragionevoli come una forma di discriminazione per disabilità⁴⁰.

Per effetto di tale qualificazione dell'inadempimento dell'obbligo di

³⁸ V. anche BRUZZONE, *L'inclusione lavorativa e gli "accomodamenti ragionevoli": prime riflessioni*, in *Bollettino ADAPT*, 17 maggio 2016, pp. 4-5.

³⁹ Si veda tuttavia, al riguardo, la lettura sistematica del testo della Direttiva proposta da BARBERA, *op. cit.*, p. 99 ss., che ricostruisce i nessi tra divieti di discriminazione, diretta e indiretta, e soluzioni ragionevoli.

⁴⁰ Trib. Bologna 18 giugno 2013 cit. ha accertato la sussistenza di una discriminazione per disabilità per mancato rispetto dell'obbligo di soluzioni ragionevoli prima ancora che fosse adottata la modifica del d.lgs. 216/2003, utilizzando in via interpretativa i principi ricavabili dalla Convenzione ONU del 2006, sulla base della legge di ratifica.

prevedere accomodamenti ragionevoli, troveranno applicazione le misure per la tutela giudiziaria delle persone disabili vittime di discriminazioni disposte dalla legge 1° marzo 2006, n. 67⁴¹, come modificata dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. L'art. 28 di tale decreto regola gli aspetti procedurali delle controversie in materia di discriminazione, tra cui merita segnalare, in particolare, l'adozione del rito sommario di cognizione e il regime più favorevole per l'onere della prova⁴². Anche il sistema rimediale da applicare sarà quello tipico del diritto antidiscriminatorio e, quindi, il giudice ordinerà la cessazione della condotta e la rimozione dei suoi effetti⁴³ e disporrà la tutela risarcitoria. L'economia del presente lavoro non consente gli opportuni approfondimenti, tuttavia, essendo l'adozione di soluzioni ragionevoli un obbligo positivo a carico del datore di lavoro, andrebbe esplorata la possibilità che la giurisprudenza si attesti, a garanzia di maggiore effettività della tutela, sull'applicabilità nei casi di specie della tutela in forma specifica, come ha già fatto per l'illegittimo rifiuto datoriale di assumere il lavoratore disabile⁴⁴.

5. Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni

Alla luce della disamina svolta, appare evidente come l'effetto (potenzialmente) più dirompente dell'introduzione dell'obbligo di prevedere accomodamenti ragionevoli sia quello di aprire un varco nell'intangibilità del potere organizzativo del datore di lavoro, quando si tratti di tutelare il diritto al lavoro di una persona disabile⁴⁵.

Tale effetto si appalesa con maggior chiarezza nell'ipotesi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni.

⁴¹ TUCCI, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *DLRI*, 2011, p. 1 ss.

⁴² Il ricorrente potrà limitarsi a fornire in giudizio elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si possa presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spettando quindi al datore di lavoro provare l'insussistenza della discriminazione (art. 28, co. 4, d.lgs. 150/2011).

⁴³ Trib. Bari, 1° dicembre 2016 ha disposto la reintegrazione nelle precedenti mansioni, già rideterminate a seguito di accomodamenti ragionevoli e ritenute tuttora compatibili con il suo stato di salute, del lavoratore ricorrente che era stato posto forzatamente in aspettativa retribuita.

⁴⁴ FERRARESI, *La recente giurisprudenza sul collocamento delle persone disabili: assestamenti del “diritto diseguale”*, in *ADL*, 2012, p. 309 ss.

⁴⁵ Sul tema, si vedano le interessanti riflessioni di FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in LAMACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009, p. 335 ss.

Occorre richiamare, a tal proposito, l'orientamento interpretativo della giurisprudenza con riferimento alla previsione dell'art. 10, co. 3, l. 68/1999. Tale norma dispone che, nel caso in cui si verifichi una incompatibilità sopravvenuta tra lo stato di salute del disabile e le mansioni cui è adibito, per effetto di un aggravamento delle sue condizioni di salute o di modifiche nell'organizzazione del lavoro, è legittimo per il datore risolvere il rapporto di lavoro, una volta che gli organi tecnici competenti accertino la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda, "anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro".

Ebbene, per giurisprudenza consolidata, la Cassazione ha escluso finora che l'obbligo di porre in essere tali adattamenti implichi il dovere del datore di lavoro di modificare in modo sostanziale la propria organizzazione, riconoscendo la legittimità del licenziamento a fronte della prova dell'insussistenza in azienda di mansioni compatibili, anche di livello inferiore, alle quali adibire il lavoratore⁴⁶.

Tale opzione ermeneutica deve essere necessariamente rivisitata, dal momento che non risulta compatibile con l'avvenuta introduzione nel nostro ordinamento dell'obbligo di soluzioni ragionevoli a carico del datore di lavoro. È evidente che la previsione dell'art. 10, co. 3, l. 68/1999 e, in particolare, il richiamo ai possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, va letto ora in combinato disposto con l'art. 3, co. 3 *bis*, d.lgs. 216/2003, che rinvia espressamente alla nozione di accomodamento ragionevole contenuta nella Convenzione ONU del 2006, recependone così il contenuto in precedenza illustrato.

Prima di procedere al licenziamento, occorrerà, dunque, verificare la possibilità di adottare tutte quelle misure personalizzate che consentano al disabile di continuare a svolgere in azienda un'attività lavorativa compatibile, modificando anche in maniera sostanziale l'organizzazione, con il solo limite che ciò non comporti un onere sproporzionato per il datore di lavoro.

Questa interpretazione, peraltro, getta luce (e vi trova conforto) sulla vigente disciplina delle tutele applicabili in caso di illegittimità del licenziamento per inidoneità sopravvenuta allo svolgimento delle mansioni⁴⁷, pecu-

⁴⁶ Per un'ampia rassegna critica di questa giurisprudenza si rinvia a TOPO, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *GI*, 2014, n. 2, co. 436 ss.; DIGENNARO, *Il licenziamento del lavoratore disabile per giustificato motivo oggettivo tra modifiche normative e riscontri giurisprudenziali*, in *LG*, 2015, p. 859 ss.

⁴⁷ VOZA, *Soppravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo*

liare ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Infatti, tanto l'art. 18, co. 7, St. lav., come modificato dalla legge Fornero, quanto il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (art. 2), per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, prevedono che il giudice debba disporre la reintegrazione nel posto di lavoro, che è la tutela sempre riservata in via generale ai licenziamenti nulli per violazione dei divieti di discriminazione⁴⁸.

Nella giurisprudenza di merito si rinvergono già le prime decisioni che dispongono in tal senso, in coerenza con il percorso ermeneutico esposto⁴⁹. In particolare, i giudici, per accertare la sussistenza del presupposto giustificativo che legittima il licenziamento per sopravvenuta inidoneità della prestazione lavorativa, verificano che il datore di lavoro abbia fornito la prova di non poter operare quegli adattamenti organizzativi o di altra natura che consentirebbero la conservazione del posto di lavoro. Essi si addentrano, quindi, necessariamente nell'analisi dell'organizzazione aziendale, quanto meno per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, che ne legittimerebbero la mancata adozione.

6. *Accomodamenti ragionevoli, oneri sproporzionati e misure di finanziamento*

Come si è avuto modo di precisare (*supra*, par. 2), i datori di lavoro hanno la possibilità di sottrarsi all'obbligo di accomodamenti ragionevoli quando questi ultimi impongano loro “un onere sproporzionato o eccessivo”, secondo la Convenzione ONU del 2006, “un onere finanziario sproporzionato”, secondo la dir. 2000/78/CE,

I giudici nazionali, ai quali compete valutare la gravosità di tale onere, devono tenere conto, tra l'altro, dei costi – non solo finanziari – che tali misure comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'impresa,

delle ultime riforme, in ADL, 2015, I, p. 771 ss.; CASALE, *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in ADL, 2014, p. 401 ss.

⁴⁸ GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 261/2015, par. 4 e ID., *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in RGL, 2016, I, p. 637 ss.

⁴⁹ Trib. Pisa 16 aprile 2015 cit.; Trib. Ivrea 24 febbraio 2016, in <http://www.osservatorio-discriminazioni.org/index.php/2016/04/20/licenziamento-giustificato-motivo-oggettivo-consistente-nella-sopravvenuta-inidoneita-fisica-psichica-del-lavoratore-lobbbligo-datoriale-dei-ragionevoli-adattamenti-tribunale-ivrea-ordina/>, su cui v. la nota di CIMAGLIA, *Il sistema di protezione rafforzato delle persone con disabilità* in RGL, 2016, II, p. 367 ss.

nonché della possibilità per i datori di lavoro di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni (considerando 21 della Direttiva). L'esistenza di adeguati sistemi di finanziamento per l'adozione delle soluzioni ragionevoli, infatti, consente di escludere che l'onere sia sproporzionato (art. 5 della Direttiva).

In tale prospettiva assume rilievo, nell'ambito del sistema degli incentivi accordati ai datori di lavoro che procedono all'assunzione di persone con disabilità (disciplinato dagli artt. 13 e 14, l. 68/1999 e ampiamente riformato dal d.lgs. 151/2015), la regolamentazione relativa al Fondo regionale per l'occupazione dei disabili. In particolare, deve considerarsi la previsione che pone a carico di questi fondi, istituiti dalle regioni, l'erogazione di contributi alle aziende per il rimborso forfettario parziale delle spese necessarie all'adozione di accomodamenti ragionevoli a beneficio di lavoratori la cui capacità lavorativa residua sia inferiore al 50%. Nello specifico, il legislatore ha previsto che il contributo del Fondo regionale potrà essere utilizzato per l'introduzione del telelavoro, per l'abbattimento delle barriere architettoniche, nonché per l'istituzione del responsabile dell'inserimento lavorativo (art. 14, co. 4, lett. b).

La disposizione in esame si segnala, per un verso, perché limita l'erogazione del contributo ai casi in cui l'adozione di soluzioni ragionevoli sia destinata a fronteggiare situazioni di disabilità grave e, per altro verso, perché intende supportare specificamente misure di innovazione organizzativa, quali il ricorso al telelavoro e l'istituzione del responsabile per l'inserimento lavorativo dei disabili nei luoghi di lavoro. D'altra parte, il reale vantaggio del ricorso ai fondi regionali dipenderà certamente dalla disponibilità delle risorse.

Analoga considerazione può essere svolta con riferimento al supporto finanziario che potrà essere offerto ai datori di lavoro dall'Inail per i disabili da lavoro. L'ente, dovendo sostenere i relativi oneri a carico del proprio bilancio, ha previsto all'art. 5 del Regolamento n. 258/2016 i limiti massimi complessivi di spesa in relazione alle diverse tipologie di intervento. A ciò deve aggiungersi la farraginosità del procedimento burocratico da seguire per accedere a tali rimborsi, illustrato nella Circ. n. 51/2016.

Ancor più critica – e soprattutto criticabile – è la posizione del datore di lavoro pubblico, al quale il legislatore ha posto il limite di provvedere “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente” (art. 3, co. 3 *bis*, d.lgs. 216/2003), il che rischia di preconstituire un alibi e, quindi, depotenziare

l'adozione di soluzioni ragionevoli per favorire l'inserimento lavorativo delle persone disabili da parte delle pubbliche amministrazioni.

I sistemi di finanziamento per l'adozione degli accomodamenti ragionevoli rischiano, dunque, di rivelarsi tutt'altro che adeguati a causa della scarsità delle risorse pubbliche disponibili, e di non poter, pertanto, rappresentare uno strumento efficace allo scopo di escludere che i relativi oneri per i datori di lavoro risultino sproporzionati.

7. Osservazioni conclusive

L'analisi fin qui condotta ha consentito di constatare come il recepimento dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli (d.lgs. 216/2003) e la previsione di misure complementari e di sostegno alla sua attuazione (d.lgs. 151/2015), pur costituendo un significativo avanzamento della legislazione antidiscriminatoria per ragioni di disabilità nel nostro ordinamento, conservano ancora diversi profili di criticità, che si riflettono inevitabilmente sull'effettività delle tutele.

La principale di queste criticità riviene dall'impatto che l'adempimento dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli ha sull'esercizio delle prerogative datoriali inerenti la determinazione dell'organizzazione aziendale.

Il rischio di confinare alla fase patologica del rapporto il bilanciamento tra gli opposti interessi del datore di lavoro alla più conveniente conformazione dell'organizzazione produttiva e del lavoratore disabile alla piena integrazione lavorativa, affidandolo all'intervento del giudice e, quindi, alla sua interpretazione della “ragionevolezza” delle soluzioni e della “proporzionalità” degli oneri, è molto elevato.

In realtà, per un significativo progresso nella realizzazione dell'ambizioso obiettivo della parità di trattamento dei lavoratori disabili, fondamento della loro partecipazione alla vita politica, economica e sociale della comunità alla quale appartengono, secondo il disegno costituzionale degli artt. 3 e 4⁵⁰, non è sufficiente agire sul piano della definizione delle regole giuridiche, per quanto necessario e fondamentale.

⁵⁰ COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2010.

⁵¹ ALBANO, BALLOCCHI, CURZI, TORRIONI, *Mutamenti nel diritto al lavoro delle persone con disabilità. Un processo di civilizzazione incompiuto*, in *Osservatorio Mu.S.I.C.*, WP n. 3-2016.

Occorre intervenire anche su più complessi percorsi di sensibilizzazione e maturazione culturale, che investano la concezione stessa dell'organizzazione aziendale⁵¹, per la quale la sostenibilità del lavoro e il benessere di chi lavora diventino leve strategiche, così da strutturare processi e promuovere scelte organizzative coerenti con tali finalità.

Abstract

L'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per garantire l'accesso al lavoro e il mantenimento dell'occupazione delle persone con disabilità è stato recepito nell'ordinamento italiano a seguito della condanna della Corte di Giustizia UE. Il legislatore del *Jobs Act*, con alcune delle modifiche alla disciplina del diritto al lavoro dei disabili (l. 68/1999), introdotte con il d.lgs. 151/2015, è intervenuto a sostegno dell'effettività di tale obbligo. Nondimeno, permangono questioni interpretative aperte, sulle quali si rinvengono i primi riscontri giurisprudenziali.

The obligation to provide for reasonable accommodation to guarantee access to work and maintenance in employment of persons with disabilities was transposed into the Italian jurisdiction as a result of the conviction of the EU Court of Justice. The legislator of the so called *Jobs Act*, with some of the amendments to the regulation of the right to work of disabled persons (Law No. 68/1999), introduced by Legislative Decree No. 151/2015, has intervened to support the effectiveness of this obligation. Nevertheless, there are still unsolved interpretative issues, on which the first few interesting rulings can be found.

Key words

Disabilità, diritto al lavoro, discriminazione, soluzioni ragionevoli, oneri sproporzionati, fondi regionali.

Disability, Right to Work, Discrimination, Reasonable Accommodation, Disproportionate Burden, Regional Funds.

Maria Dolores Ferrara

**La ricerca a termine:
problemi e prospettive del reclutamento
dei ricercatori universitari**

Sommario: **1.** Il reclutamento dei ricercatori universitari a tempo determinato: premesse. **2.** Il finanziamento e la programmazione dei ricercatori universitari: limiti finanziari e stratificazione delle procedure. **3.** La ricerca a termine tra vincoli pubblicistici, assenza delle garanzie privatistiche e soluzioni *ad hoc*: cercando un paradigma. **3.1.** I concorsi e l'accesso alla posizione di ricercatore. **3.2.** Disciplina e fonti del rapporto di lavoro dei ricercatori a termine. **3.3.** Il termine e la compatibilità con il quadro normativo europeo: spunti di riflessione. **4.** Alla ricerca dello Spazio Europeo della Ricerca: prime riflessioni conclusive.

1. Il reclutamento dei ricercatori universitari a tempo determinato: premesse

L'analisi che segue verte sulla figura dei ricercatori universitari a tempo determinato regolata dalla c.d. riforma Gelmini (legge 30 dicembre 2010, n. 240)¹ allo scopo di approfondire i meccanismi di flessibilizzazione dei relativi rapporti di lavoro e le esigenze di stabilizzazione dei medesimi².

¹ La letteratura sugli aspetti ordinamentali della riforma Gelmini è significativa. Si vedano, in particolare, BROLLO, DE LUCA TAMAJO (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti. Analisi interdisciplinare della legge n. 240/2010*, Giuffrè, 2011; BARBATI, *Il governo del sistema universitario: soggetti in cerca di un ruolo*, in *RTDP*, 2, 2014, p. 337; PICOZZA, POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Giappichelli, 2013; ARCARI, GRASSO (a cura di), *Ripensare l'università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, Giuffrè, 2011; DELLA CANANEA, FRANCHINI (a cura di), *Concorrenza e merito nelle università: problemi, prospettive e proposte*, Giappichelli, 2009.

² Non sono oggetto di questo studio le norme sui ricercatori a tempo indeterminato, contenute nel D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, categoria per cui è stata sancita la messa in esauri-

Nel tentativo di fissare le coordinate teoriche di questo studio si ritiene utile, sin dalle prime pagine, porre in evidenza alcune considerazioni preliminari ricavabili da una sommaria disamina delle fonti, ossia l'assoluta peculiarità dello *status* del ricercatore universitario a termine e, quindi, la difficoltà di collocare questa tipologia contrattuale nel quadro delle categorie in cui si è soliti classificare i lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Le specificità sono rinvenibili sin dalla fase della programmazione e del reclutamento, caratterizzata da un'intrinseca conflittualità non solo generazionale, ma anche di fascia, di ruolo, di tipologia di contratto a termine, di tipo di assegno di ricerca e così via scorrendo. La contrapposizione nasce, infatti, da una sovrapposizione di regole che introducono distinzioni, oppure che sono apparentemente neutre ma che in realtà hanno ricadute sul reclutamento poiché vincolano le modalità di finanziamento e di ripartizione delle risorse e, quindi, del *budget* per le nuove assunzioni e per le progressioni di carriera³.

In coerenza con l'impianto sistematico generale, anche sul piano delle assunzioni la grande riforma del 2010 pare caratterizzarsi da marcati dualismi: non solo autonomia e responsabilità delle università, differenziazione tra obiettivi e semplificazione, competitività e qualità dei risultati, programmazione scientifica (senato accademico) e gestione amministrativa (consiglio di amministrativo), rettore e direttore generale⁴, ma anche abilitazione scientifica nazionale e reclutamento locale, e ancora ricercatori a tempo indeterminato e a termine, ricercatori a tempo determinato di tipo a) e di tipo b) (art. 24, co. 3, l. 240/10), ricercatori e assegnisti di ricerca e così via dicendo. Questo elenco è solo un breve riepilogo della moltiplicazione delle procedure e della possibile conseguente frantumazione tipologica della figura del ricercatore.

mento del ruolo dal 2013 ai sensi della legge 4 novembre 2005, n. 230, ma anticipata al 2011 dalla l. 240/10. Si veda, tra gli altri, DE ANGELIS, MARTIGNONI, *Principi generali del reclutamento del personale docente e ricercatore nelle università: analisi della giurisprudenza*, CLUEB, 2005; DE ANGELIS, *Il reclutamento del personale docente e ricercatore nelle Università: DPR 117/2000: novità e profili applicativi*, CLUEB, 2001; CAPOGROSSI COLOGNESI, CERULLI IRELLI (a cura di), *La riforma universitaria: d.P.R. n. 382 dell'11 luglio 1980*, Giuffrè, 1981.

³ Sul punto cfr. anche BELLAVISTA, *Abilitazione scientifica nazionale e reclutamento dei professori delle Università dopo la legge n. 240/2010*, in *LPA*, 2, 2012, p. 312.

⁴ Cfr. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in 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*, Bonomia University Press, 2013, p. 16.

Il reclutamento universitario dopo la rivoluzione del 2010 pare fondarsi, infatti, su due pilastri: da un lato, le procedure di immissione nei ruoli di professore associato e professore ordinario (art. 16 e 18, l. 240/10) e, dall'altro, le assunzioni di ricercatori a termine attraverso contratti di lavoro triennali prorogabili per due anni (art. 24, co. 3, lett. a), l. 240/10) oppure attraverso contratti triennali originariamente non rinnovabili (art. 24, co. 3, lett. b), l. 240/10)⁵. La regolamentazione dettagliata anche delle altre figure investite di funzioni didattiche e di ricerca, come assegnisti di ricerca (art. 22, l. 240/10), professori a contratto (art. 23, l. 240/10), testimonia che esiste un pilastro implicito nella riforma a cui spesso è legata la sopravvivenza dei corsi di laurea a causa dell'insufficiente finanziamento degli altri due pilastri.

Il primo pilastro consta di una procedura a più stadi che, come è noto, consiste nella fase dell'abilitazione scientifica nazionale per le funzioni di professore di prima e seconda fascia (d'ora in poi ASN), in cui il candidato è giudicato da un'unica commissione a livello nazionale per settore concorsuale (art. 16, l. 240/10), a cui segue una seconda fase (art. 18, l. 240/10) che si svolge presso le singole università dove i candidati in possesso dell'ASN possono partecipare con riferimento ai posti da ricoprire⁶.

Pur se storicamente il reclutamento universitario ha conosciuto meccanismi selettivi caratterizzati da pluralità di regimi, in passato si è cercato di

⁵ I ritocchi del 2016 alla legge Gelmini hanno interessato vari profili del contratto di cui all'art. 24, co. 3, lett. b), l. 240/10 e, in particolare, il profilo dei requisiti di ammissione al concorso e la proroga. Sul punto si rinvia ai successivi paragrafi 2 e 3.3.

⁶ In tema di reclutamento universitario e abilitazione scientifica nazionale la bibliografia è cospicua. Si vedano, tra gli altri, MAINARDI, CASALE, *I concorsi e le conferme dei professori di prima fascia, tra passato e futuro*, in *Percorsi di carriera: i convegni, i concorsi e le conferme*, in *QADL*, 10, 2011, p. 31 ss. ed ivi anche OLIVELLI, *Concorsi universitari*, p. 115 ss. e PASCUCCI, *Alla ricerca delle regole dei concorsi universitari*, p. 121 ss.; MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie, ma sufficienti?*, in *GDA*, 4, 2011, p. 360 ss.; BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 308; RICCI, *Il reclutamento dei professori universitari a livello locale: vincoli finanziari e riparto di competenze tra gli organi collegiali*, in *ADL*, 2, 2012, p. 261; il volume curato da CARINCI E, BROLLO, *Abilitazione scientifica nazionale. Legge n. 240/2010 e decretazione attuativa*, Ipsoa, 2013; BORZAGA, *Reclutamento e rapporto di lavoro del personale docente e ricercatore nelle più recenti riforme dell'università italiana: vero una reale ed efficace valorizzazione del merito?*, in PIPERATA (a cura di), *L'Università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 139 ss.; MONZANI, *L'evoluzione dell'ordinamento e la "riforma Gelmini"*, in PALEARI (a cura di), *Il futuro dell'università italiana dopo la riforma*, Giappichelli, 2014, p. 66 ss. Per i primi commenti sul contenzioso relativo alle prime due tornate dell'abilitazione scientifica nazionale si vedano, tra gli altri, CARLONI, *Le procedure di abilitazione di fronte al giudice amministrativo*, in *GDA*, 7, 2013, p. 778 ss.; BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *GDA*, 5, 2015, p. 605 ss.

mantenere una certa uniformità nelle procedure, in un'alternanza tra sistemi di selezione decentrati⁷ e sistemi di reclutamento centralistici⁸. L'oscillazione del pendolo è stata per lo più dettata dalla convinzione che il passaggio da modelli centralistici a quelli decentrati e, viceversa, poteva essere utile a eliminare le disfunzioni: disomogeneità delle commissioni, tempi lunghi, logiche patologiche della cooptazione endogamica nel caso dei sistemi centralistici, pressioni delle corporazioni accademiche e localismi nel caso delle procedure decentralizzate. Di fronte a questa situazione già nel 2005, con la c.d. riforma Moratti⁹, si insinua la convinzione che il modello misto poteva essere una soluzione ai problemi dei precedenti meccanismi di reclutamento. La successiva riforma Gelmini del 2010 è andata ben oltre questi propositi, poiché il sistema misto a due fasi è in realtà un modello a strati, in cui alle procedure principali si aggiungono e si sovrappongono correttivi vari, sicché, nell'impossibilità di capire se le disposizioni vigenti hanno corretto i problemi dei precedenti modelli, si ha l'evidenza di un'avvenuta moltiplicazione procedurale.

Per quello che interessa l'oggetto di questo studio, il reclutamento universitario deve essere analizzato unitamente alle norme che introducono i ricercatori a tempo determinato, che costituiscono il secondo pilastro del sistema, generando la destinazione ad esaurimento del ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato. In favore dei ricercatori a termine c.d. di tipo b) (art. 24, co. 3, lett. b), l. 240/10), che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore associato, è sancita una procedura "agevolata" di accesso al ruolo di professore di seconda fascia, poiché le università, previa valutazione positiva del ricercatore e senza alcuna procedura comparativa, possono inquadrare questi ricercatori nel ruolo dei professori associati (art. 24, co. 5, l. 240/10)¹⁰. Questo meccanismo rappresenta la caratteristica

⁷ Un'utile sintesi di questa evoluzione è fatta da FRANCHINI, *La disciplina dei concorsi per professore universitario*, in ROVERSI-MONACO (a cura di), *op. cit.*, p. 139 ss.

⁸ Sul punto si veda anche CARINCI F., BROLLO, *La legge n. 240/2010 alla prova dei fatti: le procedure di valutazione*, in Carinci F., BROLLO (a cura di), *Abilitazione scientifica nazionale. Legge n. 240/2010 e decretazione attuativa*, Ipsoa, 2013, p. 2.

⁹ Cfr. l. n. 230/2005.

¹⁰ Si tratta della c.d. *tenure track* all'italiana; così BELLAVISTA, *Abilitazione scientifica nazionale e reclutamento dei professori delle Università dopo la legge n. 240/2010*, cit., p. 310. Secondo l'A. questo sistema presenta molteplici rischi, tra cui il possibile incapiente stanziamento di risorse per la chiamata a professore associato e il rischio di una non positiva valutazione da parte dell'ateneo che può vanificare i lunghi anni di apprendistato precario.

principale che distingue le due tipologie di contratto a termine nel sistema della ricerca universitaria italiana, poiché solo il ricercatore di tipo b) può fruire di un regime di *tenure track*, ossia di stabile immissione nei ruoli del personale docente universitario alla presenza delle condizioni prescritte dalla legge.

Parallelamente, la procedura sancita per i ricercatori a termine di tipo b) è stata estesa anche ai ricercatori a tempo indeterminato e professori di seconda fascia per la chiamata nei ruoli di professore di prima e seconda fascia, previo conseguimento dell'ASN (art. 24, co. 6, l. 240/10), nei limiti delle risorse disponibili e fino al 31 dicembre dell'ottavo anno successivo alla data di entrata in vigore della legge n. 240/10 (nella formulazione originaria il termine era fino al sesto anno, previsione modificata dal decreto mille-proghe del 2017¹¹), con la possibilità di utilizzare fino alla metà delle risorse equivalenti a quelle necessarie per coprire i posti disponibili di professore di ruolo. Ferma restando la disponibilità finanziaria e l'arco temporale di otto anni (fino al 31 dicembre 2019), il personale docente sopra indicato, che abbia conseguito l'ASN, è assunto in deroga alla regola generale che limita la presa di servizio alla metà del personale di ruolo cessato dal servizio nell'anno precedente. Dopo tale data viene meno il regime privilegiato del finanziamento, poiché la chiamata dei ricercatori a tempo indeterminato e dei professori di seconda fascia abilitati deve essere ponderata con le esigenze di immissione in ruolo dei ricercatori di tipo b) (art. 24, co. 6, ultimo periodo, l. 240/10)¹². Va detto che in numerosi regolamenti universitari questa procedura valutativa è recepita come possibile sistema di reclutamento senza indicazione di una specifica scadenza temporale¹³ a differenza di altri regolamenti dove viene

¹¹ Cfr. l'art. 4, co. 3-bis, del d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19.

¹² Cfr. RICCI, *op. cit.*, p. 273.

¹³ Si vedano, tra gli altri, i regolamenti per le chiamate dei professori di prima e seconda fascia ai sensi degli articoli 18 e 24 della l. 240/10 dell'Università Politecnica delle Marche (art. 9), Università di Udine (art. 9), Università di Urbino (art. 10), Università "Magna Graecia" di Catanzaro (art. 9), Università di Palermo (art. 10ter), Università di Catania (art. 14), Università di Roma Tor Vergata (art. 9), Università di Napoli "Federico II" (art. 14), Università di Foggia (art. 12), Università di Bari "Aldo Moro" (art. 9), Università di Siena (art. 18), Università dell'Aquila (art. 9), Università di Firenze (art. 13), Università di Modena e Reggio Emilia (art. 9), Università di Bologna (art. 15), Università di Milano Bicocca (art. 11), Università di Brescia (art. 9), Università di Milano (art. 16).

espressamente stabilita la possibilità di utilizzare questa procedura fino al 31 dicembre 2017¹⁴.

I correttivi appena descritti confermano la logica multistrato del reclutamento universitario, logica tanto più evidente se si passa a esaminare i singoli regolamenti di ateneo, dove viene esplicitamente disciplinato e avallato il doppio canale della chiamata dei professori di prima e seconda fascia secondo le procedure comparative (art. 18, l. 240/10) oppure per mezzo di mere procedure valutative (art. 24, co. 6, l. 240/10). Questa ideologia della frammentazione trova conferma anche se si considerano le altre varianti di reclutamento del personale docente in presenza di determinate specificità soggettive, quali, ad esempio, il reclutamento del personale docente esterno¹⁵ e dei lettori di lingua straniera¹⁶, la chiamata di studiosi di chiara fama¹⁷, la chiamata diretta dei *principal investigator* di progetti di ricerca finanziati nell'ambito dei programmi dell'*European Research Council* (*ERC Starting Grant*, *ERC Consolidator Grant*, *ERC Advanced Grant*¹⁸), il programma di reclutamento di ricercatori "Rita Levi Montalcini"¹⁹.

Il sistema sembra caratterizzato da una contraddizione di fondo, poiché si registra un'implicita transizione da meccanismi di reclutamento dualistici a modelli polverizzati sia sul piano formale delle fonti regolative sia sul piano sostanziale delle procedure di assunzione.

Da un lato, aspetti importanti del rapporto di lavoro vengono devoluti a fonti regolamentari a livello di singolo ateneo, come nel caso degli aumenti periodici stipendiali²⁰ e dei procedimenti disciplinari. Questa ultima materia è stata profondamente innovata dalla riforma del 2010 che ha attribuito tutte le competenze prima distribuite tra rettore e Consiglio Universitario Na-

¹⁴ Cfr. Regolamenti per la chiamata dei professori di I e II fascia delle Università di Roma "La Sapienza" (art. 12), di Torino (art. 23), di Trento (art. 33), di Padova (art. 12), di Venezia (art. 11), di Trieste (art. 15).

¹⁵ Cfr. art. 18, co. 4, l. 240/10. A questo tipo di chiamata, come è noto, le università devono riservare almeno un quinto dei posti fissati dalla programmazione triennale.

¹⁶ Cfr. art. 26, l. 240/10.

¹⁷ Cfr. il comma 9 dell'articolo 1 della l. 4 novembre 2005, n. 230, come sostituito dall'art. 1-bis, d.l. 10 novembre 2008, n. 180, conv. in l. 9 gennaio 2009, n. 1.

¹⁸ Cfr. art. 7, d.m. 8 agosto 2016, n. 635.

¹⁹ Cfr. per il 2015 il decreto ministeriale 28 dicembre 2015 n. 962; per il 2014 si veda il decreto ministeriale del 29 dicembre 2014, n. 975. Il programma è attivo dal 2010.

²⁰ Ad esempio in tema di aumenti periodici stipendiali; cfr. RICCI, *op. cit.*, p. 266 ss.

zionale tra soggetti interni alla struttura del singolo Ateneo (rettore; collegio di disciplina; consiglio di amministrazione; art. 10, l. 240/10)²¹.

Dall'altro lato, fonti regolamentari statali stabiliscono una disciplina detagliata dei sistemi di reclutamento e programmazione delle risorse, creando una spirale di condizionamenti centrali e di frammentazione locale dello *status* del personale docente universitario.

A complicare il quadro delle fonti del reclutamento universitario non sono solo le numerose incursioni nel testo dell'originaria riforma del 2010, ma la tecnica complessiva degli interventi che, come è risaputo, si fonda su regole sparse in provvedimenti generali di natura economico-finanziaria²² e settoriali (ad esempio in tema di alto apprendistato e ricerca, dottorati di ricerca, diffusione della ricerca scientifica, prevenzione della corruzione)²³, e in fonti amministrative più o meno vincolanti.

2. *Il finanziamento e la programmazione dei ricercatori universitari: limiti finanziari e stratificazione delle procedure*

Questo mosaico è evidente in relazione alle nuove regole per la programmazione e il finanziamento dei ricercatori universitari.

Si tratta di modifiche che, tuttavia, impattano anche sulle modalità del reclutamento e che pongono problemi di compatibilità con l'impianto complessivo della legge n. 240 del 2010. Pare, infatti, urgente un intervento complessivo per riformare la figura del ricercatore universitario al fine di evitare che le continue e frammentate novità legislative, pur se fondate sulla necessità di sanare le disfunzioni presenti, possano creare nuove crepe di tutela.

In un *climax* crescente di incursioni legislative, si parte con il decreto mille-proroghe per il 2016²⁴ con cui sono stati modificati strutturalmente i requisiti per l'accesso ai concorsi di ricercatore ex art. 24, co. 3, lett. b), san-

²¹ Cfr., in particolare, MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini*, in *GDA*, 1, 2013, p. 97 ss.

²² Si vedano le novità introdotte dalla legge di stabilità del 2017 per quanto concerne i ricercatori di tipo b) e i sistemi di finanziamento (art. 1, co. 314 e 338, l. 11 dicembre 2016, n. 232).

²³ Per un quadro degli interventi cfr. BARBATI, *Il governo del sistema universitario: soggetti in cerca di un ruolo*, in *RTDP*, 2, 2014, p. 338 ss.

²⁴ Art. 1, co. 10-octies, d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, convertito in l. 25 febbraio 2016, n. 21.

cendo che ai fini dell'ammissione alle relative procedure di selezione gli assegni di ricerca post Gelmini (art. 22, l. 240/10), sono equipollenti a quelli erogati ai sensi della previgente disciplina (art. 51, co. 6, l. 27 dicembre 1997, n. 449). Si prosegue poi con la legge di stabilità per il 2017²⁵, dove nuovamente si interviene sull'art. 24, co. 3 lett. b), stabilendo la possibilità di partecipare ai concorsi per ricercatori di tipo b) anche in favore di candidati che hanno conseguito l'ASN o che sono in possesso del titolo di specializzazione medica, pur se non sono stati titolari di contratti di ricercatore o assegni di ricerca.

Sul piano dell'impatto non può che rilevarsi un cambio delle regole che, se da un lato, allarga la platea dei soggetti che aspirano ai concorsi per ricercatori di tipo b), dando certamente spazio alla platea degli studiosi precari, dall'altro lato aumenta la logica competitiva senza però intervenire sull'adequazione delle risorse economiche.

Sul piano sistematico non sfugge che queste rilevanti novità hanno un effetto anche sulla struttura della carriera del ricercatore universitario, poiché l'originaria successione scandita dalla riforma Gelmini tra le due tipologie di contratti di ricercatore, di tipo a) e b), oggi non ha più una giustificazione teorica né una ragione pratica.

Esiste più di un segnale che sono in corso ulteriori trasformazioni che impattano sulla figura del ricercatore universitario.

Sono state cambiate (nel gennaio 2016) le regole del finanziamento dei ricercatori di tipo a) e sono state dettate (nell'agosto 2016) stringenti e vincolanti modalità di programmazione di questa tipologia di ricercatori. A decorrere dall'anno 2016, alle sole università "virtuose", perché le relative spese di personale sono inferiori a una certa soglia dei trasferimenti statali sul Fondo di Finanziamento Ordinario, è consentito procedere alle assunzioni di ricercatori di tipo a), senza che a queste siano applicate le limitazioni da *turn over*²⁶. L'introduzione dei controlli e dei tetti nelle politiche di bilancio degli atenei risale alla seconda metà degli Novanta ed è stata una costante anche nei successivi interventi per effetto dell'emergere delle più recenti crisi economiche. Per ragioni di spazio non è possibile trattare approfonditamente le questioni dei vincoli finanziari e delle politiche di finanzia-

²⁵ Cfr. art. 1, comma 338, lett. b), l. 232/16.

²⁶ Cfr. art. 1, co. 251, l. 8 dicembre 2015, n. 208; ma anche Decreto MIUR del 5 agosto 2016, n. 619, art. 3.

mento²⁷, ma va ricordato che il controllo pubblico e statale sulle politiche di reclutamento delle università si è realizzato attraverso meccanismi burocratici (uniformando tutti gli atenei al valore unico del costo del personale espresso nell'entità del punto organico) e blocchi del *turn over* (imponendo, come in tutte le altre pubbliche amministrazioni, una facoltà assunzionale ridotta rispetto alle unità di personale cessato)²⁸.

Oggi è in corso una nuova controriforma per cui dal 2016 la programmazione di ricercatori di tipo a) non è più soggetta a questa regola; la libertà acquistata dall'odiosa unità di misura del punto organico è solo apparente. Nel decreto MIUR contenente le linee generali di indirizzo per la programmazione delle università 2016-2018²⁹, infatti, si stabiliscono vincoli che impattano sul reclutamento dei ricercatori di tipo a). Dalle linee guida del decreto e dagli allegati si evince che l'assunzione di ricercatori di tipo a) (nel frattempo, come prima detto, liberati dal punto organico) sarà soggetta a risorse statali solo per la metà del costo lordo di questa tipologia contrattuale (art. 4 del decreto). Ciò significa che, d'ora in poi, anche se non esiste il limite del punto organico, sarà possibile reclutare ricercatori di tipo a) se e nella misura in cui esiste a livello di ateneo la disponibilità di risorse locali (previsioni di bilancio, progetti di ricerca, finanziamenti privati ecc.) per partecipare al cofinanziamento ministeriale. Con il decreto ministeriale di agosto 2016, in definitiva, si vincola il reclutamento di ricercatori di tipo a) ad un cofinanziamento spesso difficile soprattutto per i settori umanistici o di nicchia o con scarse ricadute applicative (ma non per questo meno importanti sul piano della ricerca scientifica), vista la scarsa attrattività di fondi privati e lo storico ruolo ancillare di queste materie nelle competizioni concernenti bandi di ricerca nazionali ed europei.

Più incisivamente nell'allegato 1 al decreto (quello contenente gli indicatori per valutare la coerenza tra obiettivi e azioni e per distribuire le risorse) si precisano le modalità di selezione degli obiettivi a cui ancorare l'allocazione dei finanziamenti³⁰. Nel decreto si impone una complessa scelta per

²⁷ Tra gli altri si veda COLOMBINI, *Il finanziamento delle università statali alla luce della riforma* (l. n. 240/2010), in ROVERSI-MONACO (a cura di), *op. cit.*, p. 69.

²⁸ Cfr. più ampiamente RICCI, *op. cit.*, p. 269 ss.

²⁹ Cfr. Decreto MIUR del 8 agosto 2016, n. 635.

³⁰ Sui problemi della valutazione del sistema universitario e della ricerca si vedano, tra gli altri, i contributi di CASSESE, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione! Lo stato delle università e la valutazione della ricerca*, BARBATI, *La valutazione in cerca di regole*, DELLA CANANEA,

gli atenei su come e dove ripartire le risorse pubbliche: mobilità del personale, merito/premialità o giovani ricercatori. Soprattutto nell'ambito di questa ultima azione si obbligano le università a programmare l'assunzione di ricercatori "giovani" (perché un indicatore impone di ridurre l'età media) o esterni (perché gli altri indicatori prescrivono che non vi siano collegamenti con l'ateneo che bandisce il concorso). Oltre alle possibili ricadute discriminatorie in relazione al fattore età nelle politiche di reclutamento degli atenei e all'impossibilità di conoscere *ex ante* l'età del vincitore di un concorso pubblico, non si affronta, ignorandolo, il problema dei "vecchi" assegnisti, borsisti, contrattisti che non possono più aspirare a concorrere nel proprio ateneo a causa delle nuove regole del gioco.

3. *La ricerca a termine tra vincoli pubblicistici, assenza delle garanzie privatistiche e soluzioni ad hoc: cercando un paradigma*

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, il rapporto di lavoro dei ricercatori universitari pare essere connotato da elementi di spiccata specialità nel panorama dei rapporti di lavoro del pubblico impiego. La specialità non è un male in sé, ma in questo caso può diventare la causa di incertezze regolative.

Nel tentativo di procedere con un ragionevole criterio sistematico, si analizzeranno talune questioni problematiche collegate alle regole concorsuali e ad alcuni profili della disciplina del rapporto di lavoro con particolare riferimento alle fonti regolative e alla compatibilità con il quadro europeo in materia di contratti a termine.

3.1. *I concorsi e l'accesso alla posizione di ricercatore*

La complessità dello *status* del ricercatore universitario a termine si evince anche dal quadro applicativo delle regole concorsuali alla luce della recente prassi giurisprudenziale e dei regolamenti universitari.

Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico, ZOPPOLI L., *La valutazione della ricerca giuridica davanti all'alibi delle procedure: tra scetticismo, isteresi e tradimenti dei chierici ("casta" o "mercato")*, tutti in CARINCI F., BROLO, *Abilitazione scientifica nazionale. Legge n. 240/2010 e decretazione attuativa*, Ipsoa, 2013; GRAGNOLI, *La mancata valutazione della ricerca scientifica dei professori universitari*, in LG, 2, 2013, p. 129.

L'art. 24 della l. 240/10 ha un contenuto minimale quanto ai vincoli che deve rispettare la procedura selettiva per il reclutamento dei ricercatori a termine, affidando la compiuta disciplina ai regolamenti medesimi. Le procedure di selezione constano di tre fasi, scandite da pochi principi legislativi: la fase della pubblicità dei bandi³¹, quella dell'ammissione e valutazione dei candidati, quella della proposta di chiamata del vincitore.

La fase ad alto tasso di problematicità è la seconda, ossia l'ammissione e la valutazione dei candidati, anche perché, nel caso dei ricercatori a termine, la legge del 2010 demanda ai regolamenti universitari la possibilità di prevedere ulteriori requisiti di ammissione alle procedure selettive oltre al possesso del dottorato di ricerca (o titolo equivalente) e del diploma di specializzazione medica (art. 24, co. 2, lett. b), fermo restando che non possono partecipare alla selezione i soggetti già assunti a tempo indeterminato come professori di prima e seconda fascia e come ricercatori, anche se cessati dal servizio³². Quanto agli spazi di autonomia, proprio con riferimento ad alcuni regolamenti universitari concernenti questa tipologia concorsuale, la giustizia amministrativa ha chiaramente affermato che lo *spatium deliberandi* riservato alle citate fonti deve tenere conto dei criteri della legge e dei principi generali dell'ordinamento e, pertanto, la valutazione dei candidati non può che essere condotta da una commissione composta da soggetti competenti di un dato settore concorsuale o scientifico disciplinare, pur se il regolamento prevede criteri diversi³³. Con queste lenti, dunque, devono essere lette le norme

³¹ Ai sensi del comma 1 dell'art. 24, co. 2, lett. a), l. 240/10, i bandi devono essere pubblicati in Gazzetta Ufficiale, sul sito dell'Ateneo e su quelli del Ministero e dell'Unione europea, specificando il settore concorsuale e dell'eventuale profilo esclusivamente attraverso l'indicazione di uno o più settori scientifico-disciplinari, fornendo informazioni dettagliate sulle specifiche funzioni, sui diritti e i doveri e sul relativo trattamento economico e previdenziale, e prevedendo modalità di trasmissione telematica delle candidature e, per quanto possibile, dei titoli e delle pubblicazioni.

³² Transitoriamente, a prescindere dal possesso del dottorato di ricerca o del diploma di specializzazione medica, fino all'anno 2015, anche la laurea magistrale o equivalente, unitamente ad un curriculum scientifico e professionale idoneo allo svolgimento di attività di ricerca, è stato considerato un requisito valido per le procedure selettive di cui all'art. 24 (art. 29, co. 13, l. 240/10).

³³ Cfr. Tar Milano, sez. III, 20 luglio 2015, n. 1749, in *DJ*. Nel caso di specie l'art. 8 del regolamento dell'Università telematica E-campus prevedeva che la Commissione, nominata dal rettore, fosse composta da tre membri, di cui un professore di prima o seconda fascia appartenente al settore concorsuale indicato ai fini del reclutamento, un membro nominato dal consiglio di amministrazione scelto tra docenti o esperti nella disciplina, e infine il direttore generale o da un suo delegato.

degli atenei che si limitano prevalentemente a riprodurre i requisiti di legge, ma che in singole fattispecie arricchiscono il catalogo dei requisiti legislativi, prevedendo, ad esempio, nel caso di procedure per il reclutamento dei ricercatori di tipo a), verosimilmente all'inizio della carriera universitaria, eventuali esperienze maturate nel campo della ricerca e della didattica e comprovanti il possesso di solide competenze di base nei settori indicati nel bando³⁴, risultando probabilmente in possibile contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali sopra menzionati. Quanto ai requisiti di accesso alle procedure selettive per posti di ricercatori di tipo b), questa tipologia è riservata dalla legge a determinati soggetti (art. 24, co. 3, lett. b), l. 240/10), anche se, come detto nelle pagine precedenti³⁵, negli ultimi mesi la platea dei candidati si è notevolmente ampliata (ricercatori di tipo a), assegnisti *pre* e *post* Gelmini, titolari di borse post-dottorato ai sensi dell'articolo 4 della legge 30 novembre 1989, n. 398, ovvero di analoghi contratti, assegni o borse in atenei stranieri, candidati che hanno conseguito l'ASN o il titolo di specializzazione medica). In alcuni atenei l'effetto espansivo sulla potenziale platea interessata viene contenuto dall'operare di disposizioni regolamentari che introducono nel bando ulteriori vincoli di accesso alle selezioni, come ad esempio il conseguimento del titolo di dottore di ricerca o dell'assegno di ricerca o del contratto di ricercatore di tipo a) in un ateneo diverso da quello di conseguimento della laurea, oppure lo svolgimento di un certo e documentato periodo di ricerca post dottorato all'estero³⁶.

La fase dell'ammissione e valutazione dei candidati³⁷ è ricca di profili

³⁴ Cfr., ad esempio, l'art. 6 del Regolamento per l'assunzione di ricercatori universitari a tempo determinato dell'Università dell'Aquila.

³⁵ Cfr. par. 2.

³⁶ Cfr., ad esempio, l'art. 6 del Regolamento per la disciplina di selezioni pubbliche per l'assunzione di ricercatori a tempo determinato ai sensi dell'art. 24 della legge n. 240/2010 dell'Università Ca' Foscari di Venezia.

³⁷ Ai sensi dell'art. 24, co. 2, lett. c), la fase della valutazione consta di due momenti, la valutazione preliminare dei candidati, con motivato giudizio analitico sui titoli e sulle pubblicazioni, sul curriculum scientifico, ivi compresa la tesi di dottorato, secondo i criteri e i parametri individuati con decreto dal MIUR (decreto ministeriale 25 maggio 2011, n. 243). All'esito di questa fase avviene l'ammissione dei candidati comparativamente più meritevoli (in numero compreso tra il 10 e il 20 per cento del numero degli stessi e comunque non inferiore a sei unità) alla discussione pubblica dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche (entro un numero massimo non inferiore a dodici), con attribuzione di un punteggio a ciascun titolo e pubblicazione all'esito della discussione, escludendo che si possa procedere a prove scritte o orali, ad eccezione della prova orale per l'accertamento della conoscenza di una lingua straniera.

problematici anche in relazione ai più consueti aspetti trattati dalla giustizia amministrativa in tema di concorsi pubblici per quanto concerne la riconosciuta ampia discrezionalità nella valutazione tecnico-scientifica dei candidati³⁸, l'applicazione dei criteri di ponderazione dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche³⁹, fornendo nella maggior parte dei casi un'interpretazione elastica dei criteri di giudizio e dei rispettivi margini di adattamento da parte delle commissioni di concorso⁴⁰. Più severo è il giudizio nelle ipotesi di incompatibilità dei membri della commissione rispetto al candidato, dove si interpretano in modo restrittivo talune ambiguità presenti nelle fonti regolamentari⁴¹, pur ribadendo il principio, non di secondaria im-

³⁸ Cfr. Tar Catania, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 14, in *DJ*, dove si sostiene che il giudizio tecnico-discrezionale della Commissione può essere censurato nel suo apprezzamento di valore solo se emergono vizi logici, errori di fatto o profili di contraddizione rilevabili *ictu oculi*; Tar Milano, sez. IV, 15 novembre 2013, n. 2539, in *DJ*, ritiene ininfluenza la congruità del tempo impiegato nella valutazione delle pubblicazioni.

³⁹ In particolare in molte pronunce si chiarisce la portata dei criteri del decreto ministeriale 25 maggio 2011, n. 243 (cfr. Tar Cagliari, sez. I, 10 giugno 2014, n. 425, in *DJ*; Cons. St., 8 agosto 2014, n. 4235, in *DJ*).

⁴⁰ Ad esempio, rispetto al criterio della rilevanza scientifica di ciascuna pubblicazione e alla sua diffusione nella comunità scientifica non vi è obbligo da parte della Commissione di effettuare una suddivisione delle case editrici in fasce di importanza (Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 maggio 2016, n. 119, in *DJ*). Con riguardo al criterio dell'*impact factor* (ossia degli indici bibliometrici internazionali) si chiarisce che il suo impiego da parte delle commissioni è obbligatorio solo nell'ambito dei settori in cui è consolidato l'uso a livello internazionale (Tar Palermo, sez. II, 12 dicembre 2013, n. 2441, in *DJ*; ancora sull'uso di questo criterio non come criterio unico e prevalente si veda Tar Catania, sez. III, 23 settembre 2015, n. 2256, in *DJ*). In relazione, inoltre, al tempo impiegato per la valutazione delle pubblicazioni si confermano gli orientamenti elastici per cui la congruità del tempo utilizzato dalla commissione per valutare i titoli e le pubblicazioni non va misurata in rapporto al mero calcolo matematico della durata dell'adunanza della commissione in rapporto al numero dei titoli e delle pubblicazioni dei candidati, essendo elementi in gran parte già conosciuti dai docenti che operano in quel settore (Tar Catania, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 14, in *DJ*).

⁴¹ Si stabilisce, ad esempio, che le commissioni giudicatrici devono essere nominate dopo la scadenza del bando (Tar Trieste, sez. I, 7 luglio 2015, n. 323, in *FA Tar*, 2015, 7-8, p. 2052); oppure ancora che l'incompatibilità per affinità o parentela sussiste anche nei passaggi dalle ex Facoltà ai Dipartimenti (Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 novembre 2016, n. 417, in *DJ*), in caso di legami di parentela (Tar Napoli, sez. II, 24 maggio 2013, n. 2748, in *DJ*) e nel caso di procedure valutative con chiamata diretta (Cons. St., 15 novembre 2016, n. 4704, in *DJ*). In altre pronunce la giustizia amministrativa ha delineato i confini della nozione di incompatibilità quando, ad esempio, vi è l'esistenza di una stretta collaborazione professionale tra candidato e commissario (Tar Trieste, sez. I, 7 luglio 2015, n. 323, *cit.*) oppure se un commissario è coautore di tutte le pubblicazioni presentate dal candidato (Tar Ancona, sez. I, 13 marzo 2013, n. 214, in *FA Tar*, 3, 2013, p. 843).

portanza, secondo cui nell'impianto delle procedure selettive di cui all'art. 24 sussiste esclusivamente la regola della nomina dei commissari con decreto rettorale da parte del consiglio di amministrazione sentito il dipartimento di riferimento, non essendo contemplate altre modalità come il sorteggio o l'elezione⁴².

Con riferimento, invece, alla terza e ultima fase della procedura di reclutamento, va detto che l'art. 24, co. 2, lett. d), della legge n. 240/2010, contiene qualche ambiguità, limitandosi a stabilire "la proposta di chiamata" da parte del dipartimento con voto favorevole della maggioranza assoluta dei professori di prima e seconda fascia e approvazione della stessa con delibera del consiglio di amministrazione. Nel testo non si esplicita se vi è un obbligo di chiamata e a chi si riferisce la chiamata; pare logico pensare che la chiamata sia in favore del vincitore della selezione e che la proposta di chiamata consenta un'ulteriore e implicita procedura valutativa di gradimento da parte del dipartimento. Evidentemente questa ambiguità non è sfuggita; in un recente caso la giustizia amministrativa è intervenuta per affermare due importanti principi, ossia che la proposta di chiamata non è discrezionale e, soprattutto, che la procedura dell'art. 24 non è finalizzata a stilare una graduatoria degli idonei, tale per cui il dipartimento può scegliere il più adatto nella rosa individuata, ma serve a individuare il vincitore a cui è riservata la chiamata da parte dell'organo universitario. Si tratta di un concorso pubblico e come tale sottostante ai principi generali di imparzialità, buon andamento (art. 97 Cost.), oggettività, trasparenza nei meccanismi di scelta (art. 35, co. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165); quindi, se il legislatore ha prefigurato un percorso selettivo articolato in fasi successive e progressive, ciascuna di esse deve parimenti concorrere all'esito finale della scelta del più meritevole⁴³.

3.2. Disciplina e fonti del rapporto di lavoro dei ricercatori a termine

In linea teorica l'individuazione delle fonti che regolano il rapporto di lavoro dei ricercatori universitari a tempo determinato dovrebbe essere relativamente semplice, poiché si tratta di una figura di nuova istituzione introdotta dalla riforma Gelmini del 2010. Da questa premessa dovrebbe

⁴² Cfr. Tar Parma, sez. I, 14 aprile 2015, n. 113, in *DJ*.

⁴³ Cfr. Tar Trento, sez. I, 13 novembre 2013, n. 373, in *DJ*; ma anche Tar Trento, sez. I, 8 novembre 2013, n. 366, in *DJ*.

discendere la facile identificazione delle norme che regolano questo rapporto, ma alcuni profili sono ancora problematici. Come è noto, il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari rimane soggetto alla normativa per essi vigente in conformità ai principi dell'autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione, restando esclusa l'applicabilità dei principi di privatizzazione e contrattualizzazione del d.lgs. n. 165/2001 (art. 3, d.lgs. 165/01). Allo stesso tempo, le disposizioni sul contratto a tempo determinato di cui al decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015 non si applicano, poiché espressamente escluse nel caso di contratti a termine stipulati ai sensi della legge n. 240/10 in quanto già disciplinati da specifiche normative (art. 29, d.lgs. n. 81/2015). Per effetto di questa duplice delimitazione al rapporto di lavoro dei ricercatori a termine non dovrebbero trovare applicazione né il regime restrittivo dei contratti a termine dell'impiego pubblico privatizzato (art. 36, d.lgs. 165/01) né la disciplina e i vincoli sanciti per i contratti a termine nel lavoro privato.

L'autosufficienza del quadro delle fonti si costruisce in definitiva su due presupposti: il regime pubblicistico di questa categoria di lavoratori e l'esistenza di un'autonoma disciplina regolativa.

Senonché proprio questi due profili destano alcune perplessità da cui si possono desumere spazi interpretativi più ampi rispetto a quelli angusti in cui è attualmente confinato il sistema normativo del rapporto di lavoro dei ricercatori a termine.

Il primo presupposto deriva dalla riconduzione del personale ricercatore nella categoria del pubblico impiego non privatizzato dove si collocano tipologie di dipendenti pubblici che, seppure molto diverse tra di loro, sono accomunate dalla peculiarità delle funzioni svolte⁴⁴. Questo filo conduttore è servito a preservare un regime differenziato e pubblicistico. Ma se è questo è il *trait d'union*, non si può fare a meno di notare l'anomalia dei ricercatori universitari della legge n. 240/10, destinatari appunto di una disciplina regolativa basata sul termine del rispettivo rapporto di lavoro: farebbe, infatti, sorridere se si pensasse di introdurre lo *status* di magistrato a termine, come avrebbe suscitato ilarità, non meno di dieci anni fa, se si fosse ipotizzata la figura di un ricercatore a tempo determinato. È evidente che l'art. 3 del de-

⁴⁴ Per un inquadramento generale, senza pretesa di esaustività, cfr. CARINCI F., TENORE, *Il pubblico impiego non privatizzato. Vol. 1: Magistrati e avvocati dello Stato*, Giuffrè, 2007. Sui principi generali si veda RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

creto n. 165/01 era stato scritto e pensato per categorie di lavoratori pubblici con una caratteristica comune, ossia essere a tempo indeterminato; sicché evaporato dal codice genetico dei ricercatori questo gene primordiale, pare opportuno differenziare lo *status* di questi lavoratori a termine dal rapporto di lavoro dei professori e dei ricercatori in regime di diritto pubblico⁴⁵.

Quanto poi al secondo presupposto, la mancata applicazione delle norme del decreto n. 81/15⁴⁶ si fonda sull'assunto che i contratti a termine della legge n. 240/10 hanno una specifica regolamentazione. Allora proprio dalla lettera della norma, ragionando *a contrario*, si potrebbe desumere che, in caso di lacune nella legge n. 240/10, sarebbe non del tutto irragionevole tornare ai principi dell'impiego privato al fine di scongiurare un vuoto di tutele a danno dei lavoratori coinvolti. Questa interpretazione trova conforto nella lettura di numerosi regolamenti universitari regolanti l'assunzione di ricercatori a tempo determinato, in cui si afferma che il rapporto tra il ricercatore a termine e l'università è disciplinato da un contratto di lavoro subordinato di diritto privato stipulato ai sensi delle vigenti disposizioni in materia⁴⁷. In altri regolamenti, pur non essendovi un rinvio generale alla normativa privatistica, si contemplano richiami per specifici profili⁴⁸. Anche da una lettura superficiale di queste fonti si ricava un quadro alquanto diversificato di riferimenti legislativi che le università applicano a questa tipologia contrattuale, non man-

⁴⁵ Anche se il T.U. n. 165/2001 contiene già norme che riguardano direttamente il personale docente universitario in tema di incentivazione all'impegno didattico (art. 24, co. 6) e in tema di incompatibilità (art. 53, co. 7). Cfr. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2014, p. 25.

⁴⁶ Per una ricostruzione generale delle esclusioni e delle discipline specifiche cfr. PANDOLFO, PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 142 e ZILLI, "Vecchio" e "nuovo" del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 448.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, art. 2 del Regolamento dell'Università Ca' Foscari di Venezia; art. 2 del Regolamento dell'Università di Urbino Carlo Bo; art. 2 del Regolamento dell'Università dell'Aquila; art. 1 del Regolamento dell'Università degli Studi di Padova; art. 2 del Regolamento dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"; art. 2 del Regolamento dell'Università di Milano; art. 2 del Regolamento dell'Università di Modena e Reggio Emilia; art. 19 del Regolamento dell'Università di Trento.

⁴⁸ Cfr. art. 12 del Regolamento dell'Università di Trieste in cui si stabilisce che per impedire il prodursi degli effetti dell'art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nei trenta giorni antecedenti la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, l'Amministrazione universitaria comunica alla controparte la cessazione del rapporto di lavoro.

cando soluzioni originali quanto al contenuto del rinvio (ad esempio, per alcuni profili si rimanda alle norme sui ricercatori a tempo indeterminato in quanto compatibili⁴⁹) oppure in relazione alla tecnica di redazione (ad esempio, si riportano in un apposito articolo le definizioni delle categorie⁵⁰).

La frammentarietà di questo mosaico delle fonti impedisce la definizione dei diritti di questa categoria di dipendenti pubblici. Oltre ai profili di compatibilità con la disciplina europea sui contratti a termine di cui si dirà tra breve, si pone il problema di stabilire un quadro regolativo certo in relazione ad aspetti importanti del rapporto di lavoro del ricercatore a tempo determinato, tra cui, ad esempio, le norme sul procedimento disciplinare. Intervenendo sugli aspetti procedurali della materia (art. 10, l. 240/10), la riforma del 2010 ha previsto la costituzione di un collegio di disciplina che, per le sanzioni più gravi della censura, procede all'istruttoria e formula il parere conclusivo, dopo che il rettore ha avviato la procedura e trasmesso l'istruttoria al collegio stesso, il cui ruolo diviene, quindi, cruciale poiché il consiglio di amministrazione si limita a deliberare conformemente al parere vincolante del collegio. Il collegio, tuttavia, è composto solo da professori e ricercatori a tempo indeterminato e a tempo pieno (art. 10, co. 1, l. 240/10). Questa restrizione ha indotto a ritenere che il nuovo regime in materia di procedimento disciplinare si possa utilizzare solo per il personale docente di ruolo, con esclusione dei ricercatori a tempo determinato⁵¹. Una simile conclusione appare problematica sul piano sistematico e dell'interpretazione letterale. La mancata applicazione di questo procedimento determinerebbe un vuoto di garanzie procedurali a svantaggio dei ricercatori a termine che non potrebbe essere colmato con la pregressa regolamentazione che affidava al Consiglio Nazionale Universitario queste prerogative (art. 3, l. 16 gennaio 2006, n. 18), poiché oramai abrogata (art. 10, co. 6, l. 240/10). Sempre sul piano sistematico va posto in evidenza che i ricercatori a tempo determinato sono soggetti alle medesime disposizioni sul piano sostanziale vigenti per il personale strutturato, poiché gli obblighi del codice etico di ateneo sono vincolanti per tutta la comunità universitaria (art. 2, co. 4, l. 240/10)⁵². Per

⁴⁹ Cfr. art. 14 del Regolamento sul reclutamento dei ricercatori a tempo determinato dell'Università di Padova.

⁵⁰ Cfr. art. 3 del Regolamento dell'Università di Bologna.

⁵¹ Così MARZUOLI, *Lo stato giuridico e il reclutamento: innovazioni necessarie, ma sufficienti?*, in *GDA*, 4, 2011, p. 363.

⁵² Potrebbe essere più difficile applicare ai ricercatori a termine le norme del testo unico

quanto concerne l'interpretazione letterale non sfugge che nel menzionato articolo 10, ad eccezione del comma 1 inerente alla formazione del collegio di disciplina, si fa un generico riferimento alla figura del ricercatore, senza ulteriori distinzioni, quando si deve garantire il diritto al contraddittorio (art. 10, co. 3, l. 240/10).

L'esclusione dei ricercatori a termine dal collegio di disciplina conferma la limitata considerazione di questa categoria sul piano della partecipazione alla vita accademica e istituzionale degli atenei, ma non è indice, ad avviso di chi scrive, di possibili lacune sul piano delle garanzie procedurali invocabili da questi lavoratori.

3.3. *Il termine e la compatibilità con il quadro normativo europeo: spunti di riflessione*

In questo scenario appare necessario rinvenire i principi e i valori fondamentali e uniformi alla base della disciplina di questi rapporti di lavoro che, quanto ai valori, sono espressi innanzitutto nella Carta europea dei ricercatori con riferimento alle esigenze di stabilità e continuità dell'impiego⁵³, mentre, quanto ai principi vincolanti, sono ricavabili dalla stessa direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999. Se non vi sono dubbi sulla portata obbligatoria delle regole europee per il pubblico impiego⁵⁴, per la Corte di Giustizia le garanzie della direttiva trovano applicazione anche nel caso del personale ricercatore e docente universitario⁵⁵, tanto più che l'Accordo quadro recepito nella direttiva del 1999 non esclude settori particolari⁵⁶.

dell'istruzione superiore del 1933 (R.D. 31 agosto 1933, n. 1592), che per la parte relativa alle sanzioni disciplinari sono ancora in vigore (Cass., sez. lav., 25 maggio 2012, n. 8304, in *GC Mass.*, 5, 2012, p. 669), poiché sussiste l'espresso riferimento ai professori di ruolo (art. 87 del citato regio decreto).

⁵³ Cfr. la Raccomandazione della Commissione Europea n. 2005/251/CE dell'11 marzo 2005. Sulla portata dei principi della Carta si veda anche Tar Bolzano, 17 luglio 2015, n. 231, in *DJ*.

⁵⁴ Cfr., tra le tante sentenze, C. Giust., 4 luglio 2006, *Adeneler ed altri*, causa C-212/04, in *Racc.*, 2006, p. 6057; C. Giust., 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, in *Racc.*, 2006, p. 7251; C. Giust., 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, causa C-307/05, in *Racc.*, 2007.

⁵⁵ Cfr. in particolare C. Giust., 18 marzo 2011, causa C-273/10, *Montoya Medina*; C. Giust., 13 marzo 2014, *Marquez Samohano*.

⁵⁶ Cfr. C. Giust., 3 luglio 2014, *Fiamingo e a.*, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, punto 38; C. Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo e a.*, C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13, punto 69.

Il test di compatibilità con i principi e i valori di cui si è detto prima sembra opportuno in relazione all'aspetto della durata di questi rapporti e alla relativa successione.

Come è noto, infatti, formalmente esiste un regime restrittivo della durata dei contratti dei ricercatori a termine che consta di vincoli sanciti per ciascun contratto e di un limite per sommatoria dei diversi possibili rapporti a termine. Si tratta della durata triennale dei singoli contratti (più l'eventuale proroga biennale nel caso dei contratti di ricercatore di tipo a)) e la durata massima di dodici anni, anche non continuativi ed esclusi i periodi di congedo per maternità o per motivi di salute, dei rapporti instaurati con i titolari degli assegni di ricerca e dei contratti di cui all'articolo 24, intercorsi anche con atenei diversi, statali, non statali o telematici, nonché con gli enti pubblici di ricerca e sperimentazione (art. 22, co. 9, l. 240/10).

La durata complessiva di tutti i rapporti a termine (ma anche la combinazione dei soli contratti di ricercatore di tipo a) e b), pari nel massimo a otto anni), così ampio rispetto al termine di trentasei mesi previsto per i contratti a tempo determinato nel lavoro privato e pubblico privatizzato, dovrebbe essere funzionale a garantire l'espletamento delle tappe fisiologiche del percorso di maturazione scientifica dello studioso. È altresì vero che, in assenza di altri contrappesi e garanzie presenti nel quadro normativo (diritti di precedenza, finanziamenti capienti e continui dei rapporti di lavoro, adeguati sistemi di valutazione e premialità in sede di programmazione del personale, cadenza regolare delle procedure di ASN ecc.), questi requisiti di durata possono diventare la causa della precarietà dei rapporti di lavoro dei ricercatori a termine.

In una sorta di eterogenesi dei fini il lungo arco temporale in cui si snodano i rapporti a termine nella ricerca universitaria può essere fonte di abusi a danno dei lavoratori e, pertanto, dovrebbe essere vagliato in ragione della sua possibile incompatibilità con l'Accordo quadro concluso tra CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 99/70/CE. Non è possibile, nei limiti di spazio consentiti, analizzare tutti i profili del complesso dibattito sul precariato nel pubblico impiego⁵⁷, soprat-

⁵⁷ Le soluzioni giurisprudenziali e le novità legislative, del resto, vivacizzano il dibattito; così recentemente MENGHINI, *Precariato pubblico, soluzioni giurisprudenziali e novità legislative: una vicenda ancora del tutto aperta*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 1, 2016, p. 127; ma anche ALES, *L'utilizzazione temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni, un'analisi genealogica*, in DEL PUNTA, ROMEO (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, p. 455.

tutto in relazione alla questione del regime sanzionatorio⁵⁸, ma si possono vagliare i principali profili di eventuale incompatibilità delle norme in esame con i principi euro-unitari. Anche se esiste un regime restrittivo di durata in grado, apparentemente, di soddisfare i requisiti della clausola 5 dell'Accordo citato (il ben noto terzetto di garanzie consistenti in ragioni obiettive per il rinnovo; la durata massima totale di contratti o rapporti a termine successivi; il numero dei rinnovi di queste tipologie contrattuali), non si può ignorare che nel caso di specie sussiste una combinazione di due fattori in grado minare i diritti dei lavoratori coinvolti: il limite di durata notevolmente maggiore rispetto ai vincoli imposti per gli altri rapporti a termine e l'assenza di garanzie in sede di finanziamento e programmazione delle posizioni.

È indubbio che la gestione in funzione antielusiva del termine nei contratti dei ricercatori universitari presenta numerose specificità che non consentono una facile assimilazione con la contestata casistica dei precari nel settore della scuola pubblica italiana già sottoposta al vaglio dei giudici europei e nazionali⁵⁹. Questa vicenda, tuttavia, ha posto in luce un aspetto che potrebbe essere importante nella valutazione delle norme italiane sui contratti a termine nella ricerca. Dalla recente interpretazione della Corte Co-

⁵⁸ L'alternativa rimediabile tra conversione del rapporto a termine e risarcimento dei danni nelle diverse accezioni è da anni al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinario al fine di vagliare la compatibilità con i parametri della Corte di Giustizia di misure che siano proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme che attuano la Direttiva sui contratti a termine (C. Giust., 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, punto 105; C. Giust. 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*, punto 20; C. Giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13, e C-148/13, *Mascolo*). Sul punto, in generale, ANDREONI, *Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione Europea*, in ALLAMPRESE, *Il danno nel diritto del lavoro*, Roma, 2015, p. 67. Per una rassegna sugli oscillanti orientamenti giurisprudenziali si veda, recentemente, TOMIOLA, *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in BROLLO, CESTER, MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, p. 561; CORDELLA, *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime "generale" del pubblico impiego privatizzato*, in *LPA*, 5, 2015, p. 667; PAOLITTO, *Il precariato scolastico tra la buona scuola e il dialogo "multilevel" delle corti: l'occasione per un bilancio*, in *Giustiziacivile.com*, 8 settembre 2016.

⁵⁹ Si fa riferimento al noto caso *Mascolo* (C. Giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13, e C-148/13, in *ADL*, 1, 2015, p. 167, con nota di G. SANTORO PASSARELLI; ma anche in *RIDL*, 1, 2015, p. 336 e p. 343, con note rispettivamente di MENGHINI e CALAFÀ, e in *LG*, 2, 2015, p. 146 con nota di NUNIN e in *RGL*, II, 2015, p. 177 con nota di AIMO). In tema di impatto della sentenza *Mascolo* sui rapporti dei ricercatori universitari si veda CHIAROMONTE, RUSSO, *Le possibili implicazioni della sentenza Mascolo della Corte di Giustizia UE sulla disciplina dello status dei ricercatori a tempo determinato*, in *www.uniarted.it*.

stituzionale sul precariato scolastico emerge che la funzione antielusiva può essere garantita anche attraverso la valorizzazione delle *chances* di immissione in ruolo⁶⁰; è evidente che nel caso dei contratti a termine nella ricerca universitaria questa prospettiva pare del tutto ancillare, non essendo presente alcun meccanismo normativo e finanziario per soddisfare le aspettative di stabilizzazione dei ricercatori a termine neanche astrattamente⁶¹. Questo possibile vuoto di tutele sussiste anche in relazione allo scarno regime delle proroghe che nel caso dei contratti di tipo b) non erano originariamente possibili, anche se si è dovuto intervenire per sanare la situazione dei contratti in scadenza in questi anni di blocco delle procedure di ASN⁶². Dopo le recenti modifiche alla disciplina del contratto di ricercatore di tipo b), emergono ulteriori profili di spinosità, poiché nel vigente articolo 24, co. 3, lett. b), scompare qualsiasi riferimento alla non prorogabilità di questa tipologia contrattuale. Questa nuova formulazione, da un lato, consente di prolungare la permanenza dei ricercatori universitari di tipo b) in questo *status* nel caso in cui al termine del triennio gli stessi non abbiano i requisiti per l'immissione nei ruoli di professore associato (perché, ad esempio, non hanno ottenuto l'ASN), ma dall'altro lato estende il limbo del precariato a cui sono destinati i ricercatori.

⁶⁰ Cfr. C. Cost., 20 luglio 2016, n. 187, in cui la Corte si è espressa sulla lunga e tormentata vicenda del personale scolastico nel senso dell'incostituzionalità delle norme che autorizzano il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti a termine senza che ragioni obiettive lo giustificino in presenza delle cosiddette supplenze scolastiche (art. 4, cc. 1 e 11, l. 3 maggio 1999, n. 124). Sul punto NUNIN, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, in *LG*, 10, 2016, p. 886; AIMO, *Incostituzionalità (parziale) del sistema delle supplenze e riforma della scuola*, in *RGL*, 1, 2017, in pubblicazione.

⁶¹ La Corte di Cassazione (7 novembre 2016, n. 22552), in risposta alla sentenza della Corte Costituzionale di luglio 2016 in precedenza citata, ha precisato che l'astratta "chance" di stabilizzazione, che può ravvisarsi nei casi in cui il conseguimento del posto di ruolo non è certo ovvero non è conseguibile in tempi ravvicinati, non costituisce, nel diritto interno, misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica, e idonea a sanzionare debitamente l'abuso e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione, in quanto connotata da evidente aleatorietà.

⁶² Con l'art. 1, co. 10-*septies* e 10-*octies*, d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, convertito in l. 25 febbraio 2016, n. 21, era stato modificato l'art. 24, co. 3, lett. b), sancendo la possibilità di proroga fino al 31 dicembre 2016 in favore dei titolari di contratti di tipo b) che non avessero partecipato all'abilitazione scientifica nazionale nelle tornate 2012 e 2013. Il decreto mille-proroghe del 2017 ha poi autorizzato le università a prorogare fino al 31 dicembre 2017 i contratti di ricercatore a tempo determinato di tipo b), in scadenza prima della medesima data, ai titolari che non hanno partecipato alle procedure di abilitazione scientifica nazionale, sopprimendo il riferimento alle tornate 2012 e 2013 (cfr. art. 4, co. 3, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, convertito con modificazioni, dalla l. 27 febbraio 2017, n. 19).

Anche in relazione al contratto di tipo a) non mancano profili problematici con riferimento alla possibilità di prorogare il rapporto. Se, infatti, l'art. 24, co. 3, lett. a), pare assoggettare la proroga soltanto alla previa valutazione da parte del dipartimento delle attività didattiche e di ricerca svolte, in realtà nei diversi regolamenti universitari la proroga è subordinata alla capienza delle risorse disponibili, criterio comprensibilmente ragionevole per la gestione e il bilancio degli atenei ma che rappresenta un ulteriore elemento di incertezza per i ricercatori coinvolti.

Senza contare che la formale legittimazione legislativa sotto il profilo causale della successione di questi contratti e per questa durata temporale appare poco compatibile con la costante interpretazione dei giudici di Lussemburgo secondo cui una disposizione nazionale che si limita ad autorizzare, in modo generale e astratto, il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente a un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine⁶³.

Queste considerazioni rilevano anche se si considera un altro aspetto del contratto valorizzato dalla riforma Gelmini del 2010, ossia l'impegno didattico dei ricercatori a termine per i quali, a differenza dei ricercatori a tempo indeterminato⁶⁴ e dei ricercatori a termine della riforma Moratti del 2005, viene espressamente sancito un ampio regime di obblighi didattici (attività didattiche in senso lato, didattica integrativa), nonché di servizio agli studenti, fissando un preciso monte orario complessivo⁶⁵. Si tratta di doveri che stridono sia con gli attuali sistemi di reclutamento sia sulla natura temporanea ed eccezionale delle esigenze che normalmente legittimano la sti-

⁶³ Cfr. C. Giust., *Mascolo*, punto 88; C. Giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kücük*, punti 28 e 29 nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁶⁴ I ricercatori a tempo indeterminato sono tenuti a svolgere le attività di didattica integrativa, di servizio e tutorato degli studenti, nonché di verifica dell'apprendimento, per non meno di 350 ore in regime di tempo pieno e fino a un massimo di 200 in regime di tempo definito (art. 6, co. 3, l. 240/10). Solo previo loro consenso, possono essere affidati ai ricercatori a tempo indeterminato incarichi di insegnamento curricolari (art. 6, co. 4, l. 240/10).

⁶⁵ Cfr. art. 24, co. 4, l. 240/10. I contratti di ricercatore di tipo a) possono prevedere il regime di tempo pieno o di tempo definito. I contratti di tipo b) sono stipulati esclusivamente con regime di tempo pieno. L'impegno annuo complessivo per lo svolgimento delle attività di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti è pari a 350 ore per il regime di tempo pieno e a 200 ore per il regime di tempo definito.

pulazione di contratti a termine nel pubblico impiego (art. 36, co. 2, d.lgs. 165/01). La valorizzazione dell'obbligo didattico dei ricercatori a termine assimila questa categoria al personale docente a tempo indeterminato più di quanto è accaduto in passato per il ruolo dei ricercatori ad esaurimento, ponendo evidenti problemi di funzionalità di questa tipologia contrattuale nel quadro delle attività erogate dalle università⁶⁶. Non vi sono solo problemi di stabilizzazione dei rapporti di lavoro, ma anche profili spinosi di programmazione delle attività didattiche quando ad erogarle sono ricercatori a termine di cui sono incerti i percorsi di reclutamento. L'indicazione di un simile obbligo contrattuale, inoltre, complica il giudizio di compatibilità di questi contratti con le norme europee, essendo l'attività didattica stabilmente rientrando tra quelle che le università erogano.

La mancanza strutturale dei posti di ruolo è diventata il convitato di pietra del dibattito giurisprudenziale e dottrinario⁶⁷, che ha spinto i diversi interpreti e il legislatore⁶⁸ a trovare soluzioni estensive dei presupposti di tutela con l'obiettivo di scongiurare l'applicazione dei rimedi sanzionatori sanciti per l'impiego privato, ovvero la conversione in contratti a tempo indeterminato⁶⁹. Si amplia, infatti, la portata degli obblighi degli Stati, ai sensi

⁶⁶ Alla stregua della vigente formulazione non esiste un limite alla didattica in corsi curriculari per i ricercatori a termine; in molte università, quindi, si procede al conferimento di incarichi di docenza per insegnamenti curriculari con gli stessi criteri dei professori associati. In alcuni atenei è stato fissato un regime differenziato e più contenuto dei compiti didattici del personale a termine rispetto al personale a tempo indeterminato (cfr., ad esempio, il Regolamento dell'Università di Trieste relativo ai compiti didattici istituzionali di professori e ricercatori, artt. 4, 5 e 6).

⁶⁷ Cfr. anche DE LUCA, *Un gran arrê della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul precariato scolastico statale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT-237/2015, p. 3.

⁶⁸ La legge sulla "Buona scuola" (l. 13 luglio 2015, n. 107) va in questa direzione, prevedendo un piano straordinario di assunzioni stabili e modificando le regole di reclutamento per l'accesso ai ruoli del personale docente ed ATA, con fissazione della regola del concorso pubblico nazionale a cadenza triennale e del limite di trentasei mesi per i contratti a termine stipulati per la sola copertura di posti vacanti e disponibili (organico di diritto). Così AIMO, *Incostituzionalità (parziale) del, cit.*, p. 7 del dattiloscritto.

⁶⁹ Il tabù della conversione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego (e conseguente applicazione dell'art. 36, d.lgs. 165/01) è stato affrontato da diverse prospettive, ragionando, ad esempio, in termini di applicazione della disciplina generale sui contratti a termine e di divieto di discriminazione dei lavoratori pubblici (sul punto, in particolare, MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno ed europeo*, in *RGL*, 2012, I, p. 715; PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, p. 97 ss.; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del*

della direttiva europea, sino a ricomprendere il dovere di creare posti strutturali che mettano fine alle assunzioni di personale occasionale⁷⁰; l'abusività nell'uso dei contratti a termine può anche consistere nella mancata programmazione in modo corretto, coerente e adeguato dei fabbisogni di personale⁷¹. Allo stesso tempo, lo strumento normalmente fisiologico nell'ambito di una corretta politica di programmazione del personale, ossia i piani di assunzione, diventa rimedio sanzionatorio per fronteggiare le carenze patologiche, ossia i diversi piani di stabilizzazione soprattutto nell'ambito della scuola pubblica⁷². Pur se con le debite differenze sul piano dei finanziamenti, della frequenza e delle modalità di accesso, anche per il personale docente universitario sono stati usati, con la stessa logica emergenziale, i piani straordinari di assunzione⁷³. Ferme restando le specifiche esigenze di didattica e di

lavoro, Editoriale Scientifica, 2013, p. 175). Ma l'alternativa del risarcimento è rimedio più tranquillizzante, anche se, di fatto, l'*endorsement* giurisprudenziale in favore di questa opzione sanzionatoria ha condotto ad un'ulteriore frammentazione dei giudici di merito e della Cassazione, pur dopo gli interventi delle Sezioni Unite in funzione nomofilattica (Cass., sez. un., 15.03.2016, n. 5072, in *RIDL*, 3, 2016, p. 619 con nota di ALLOCCA, ma si vedano anche i commenti di PASSALACQUA, *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in *DRI*, 3, 2016, pp. 829; TOSI, *Il danno nel rapporto a termine del dipendente pubblico*, in *GI*, 5, 2016, pp. 1177). Eppure proprio la Corte Costituzionale (C. Cost., 20 luglio 2016, n. 187, *cit.*, 18.1) ha richiamato l'attenzione sul fatto che l'accesso al pubblico impiego con concorso ex art. 97 Cost. serve a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione: questa prospettiva, riferita al meccanismo di stabilizzazione introdotto dalla "Buona scuola", può essere utile anche nel dibattito sulla conversione, poiché questo ultimo è un rimedio che ha l'obiettivo di evitare di lasciare la P.A. nell'incertezza organizzativa.

⁷⁰ Così C. Giust., 14 settembre 2016, C-16/15, *Pérez López*.

⁷¹ È questo il caso delle supplenze scolastiche sull'organico di fatto, poiché vi è il rischio di scollamento tra il fabbisogno di cattedre e il fabbisogno di personale se non si tengono nella dovuta considerazione i reali flussi scolastici; sul punto SARACINI, *I precari nella Scuola e il diritto dell'Unione: una decisione della Corte di Giustizia tanto attesa quanto prevedibile*, in *www.federalismi.it*, 11 febbraio 2015, ma anche MENGHINI, *La successione dei, cit.*, p. 715.

⁷² Per un'analisi dei diversi interventi di stabilizzazione si veda DE MICHELE, GALLEANO, *La sentenza "Mascolo" della Corte Costituzionale sui precari della scuola*, in *www.europeanrights.eu*, 2016; MENGHINI, *Precariato pubblico, soluzioni cit.*, p. 128; VETTOR, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, in *RGL*, 3, 2015, p. 573 ss.; LOZITO, *Nuove regole di reclutamento del personale pubblico*, in *questa Rivista*, 2, 2015, p. 319 ss.; DE MARCO, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa*, in *DML*, 3, 2014, p. 345 ss.; D'APONTE, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *LPA*, 3-4, 2013, p. 575 ss.

⁷³ Si tratta dei vari piani straordinari di finanziamento per i professori di seconda fascia (d.i. del 15.12.2011 e del 28.12.2012), per i ricercatori di tipo b) (d.i. del 10 dicembre 2015, n.

ricerca delle università e le peculiarità del reclutamento che non deve rinunciare alla selezione degli studiosi più meritevoli, i possibili abusi nel sistema della ricerca universitaria che in questi anni si sono prodotti nascono dalla medesima combinazione di fattori, ossia la mancanza strutturale di posti di ruolo e un quadro normativo che consente automatismi sulla legittimità del termine a prescindere dalla verifica delle reali esigenze.

4. *Alla ricerca dello Spazio Europeo della Ricerca: prime riflessioni conclusive*

I cambiamenti strutturali nell'ordinamento universitario hanno profondamente trasformato l'università italiana negli ultimi venti anni⁷⁴. Le diverse riforme e le più modeste (almeno in apparenza) operazioni di manutenzione delle medesime hanno avuto e tuttora hanno l'ambizione di soddisfare le necessità di adattamento del quadro regolamentare alle mutate e più complesse funzioni che queste istituzioni sono chiamate a svolgere.

Ma se si guarda al futuro e alle sfide prossime che attendono le università italiane ed europee, non può che ulteriormente accentuarsi questa rincorsa all'adattamento dell'organizzazione amministrativa, della didattica e della ricerca a funzioni sempre più variegate e composite. Se è vero che dal 2000 si parla di Spazio Europeo della ricerca⁷⁵ e che nel 2008 è stato nuovamente rinvigorito il dibattito⁷⁶, la ricerca di nuove strategie pare imminente, grazie anche ai recenti impegni dichiarati nella *roadmap* approvata nel maggio 2016 e contenente la strategia italiana per la realizzazione dello Spazio Europeo della Ricerca⁷⁷.

La prassi normativa italiana in relazione allo *status* dei ricercatori uni-

924; d.m. del 18 febbraio 2016, n. 78) e per i professori di prima fascia (d.i. del 8 aprile 2016 prot. n. 242).

⁷⁴ Cfr. SALOMONE, *La legge n. 240/2010 e i nuovi statuti: da direttore amministrativo a direttore generale*, in MAINARDI, PICCARDO, PERITI (a cura di), *Il governo manageriale delle università. Dal Direttore amministrativo al Direttore generale*, il Mulino, 2013, p. 61.

⁷⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 18 gennaio 2000, COM (2000) 6 def., "*Verso uno Spazio Europeo della Ricerca*".

⁷⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 4 aprile 2007, Com (2007) 161 def., "*Libro verde. Nuove prospettive per lo Spazio europeo della ricerca*".

⁷⁷ Cfr. MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, *La Strategia Italiana per la Realizzazione dello Spazio Europeo della Ricerca. La Tabella di Marcia Nazionale*, in http://www.ricercainternazionale.miur.it/media/23111/era_roadmap_italiana_it.pdf.

versitari, tuttavia, è caratterizzata da un solco che separa l'ideal-tipo prefigurato dall'ordinamento europeo da quello effettivamente operante nelle università italiane. I principi sanciti dalla Carta europea dei ricercatori e tra questi, in particolare, la stabilità e la continuità dell'impiego, l'accesso alla formazione continua, i finanziamenti e i salari adeguati, sono ancora promesse per il futuro, tradite dai dati⁷⁸ e dalle norme che sembrano avere tracciato una frattura tra principi e diritti.

⁷⁸ Secondo le statistiche Eurostat del 2013, riportate nel report del MIUR di maggio 2016 (si veda nota precedente), i ricercatori italiani, misurati come unità equivalenti a tempo pieno, sono appena 118.000, meno della metà di quelli censiti in Francia (265.000) e Regno Unito (259.000) e meno di un terzo di quelli operanti in Germania (360.000). Questi dati sono confermati anche dal Rapporto biennale sullo stato del sistema universitario e della ricerca redatto dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca per il 2016, in www.anvur.it.

Abstract

Il saggio esamina da diverse prospettive lo status del ricercatore universitario a tempo determinato nell'attuale sistema legislativo alla luce anche della prassi giurisprudenziale e delle recenti modifiche apportate alla c.d. legge Gelmini (l. n. 240/2010). L'analisi prende in considerazione i profili del finanziamento e del reclutamento dei ricercatori, nonché gli aspetti più problematici collegati alle regole concorsuali e all'inquadramento del contratto a termine dei ricercatori universitari nell'ambito dei principi nazionali ed europei.

The essay examines the status of university researchers in the current legal system and in light of the recent amendments to the so-called Gelmini law (l. n. 240/2010). The analysis takes into account the profiles of the financing and the recruitment of researchers, as well as the most problematic aspects related to the employment relationship of this category of fixed-term workers in the framework of Italian and European principles.

Key words

Ricercatori universitari, rapporto di lavoro, reclutamento, contratto a termine.

University researchers, employment relationship, recruitment, fixed-term contract.

Ombretta Dessì
Riflessioni in tema
di astensione collettiva dei notai*

Sommario: **1.** L'astensione collettiva dei notai. **2.** La funzione notarile come servizio pubblico essenziale. **3.** La natura giuridica dell'astensione collettiva dei notai. **4.** Il fondamento costituzionale. **5.** I profili oggettivi e soggettivi. **6.** L'astensione collettiva tra "pubblica funzione" e responsabilità civile e professionale del notaio. **7.** I soggetti legittimati alla proclamazione. **8.** Il contenuto del codice di autoregolamentazione. **9.** Il regime sanzionatorio.

1. L'astensione collettiva dei notai

L'interesse per l'astensione collettiva dei notai prende le mosse dall'entrata in vigore del codice di autoregolamentazione¹ e dalla sua valutazione di idoneità, da parte della Commissione di Garanzia, ad assicurare il godimento dei diritti della persona tutelati dalla Costituzione².

L'obiettivo della trattazione è l'inquadramento sistematico della fattispecie, poiché né il codice di autodisciplina né la delibera si esprimono rispetto alla sua collocazione nell'ambito dell'ordinamento italiano. Dalla lettura del testo dell'uno e dell'altra, infatti, emerge come l'unico proposito di chi li ha redatti sia stato quello di estendere ai notai gli obblighi generali di garantire le prestazioni indispensabili, di dare il preavviso e di indicare la durata dell'astensione collettiva.

* Mi sia consentito di ringraziare l'Avvocato Maurizio Corona, Notaio in Cagliari, per la disponibilità e per il tempo che ha riservato al confronto e allo scambio di opinioni sul tema.

¹ Il codice è reperibile in www.cgsse.it.

² La delibera di idoneità della Commissione di garanzia del 14 settembre 2015 è reperibile in www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/10/07/15A07508/sg.

Per poterlo soddisfare occorre approfondire le più rilevanti questioni che emergono dalla sua regolamentazione, vale a dire l'inclusione della funzione notarile tra i servizi pubblici essenziali, la natura giuridica, il fondamento costituzionale e i profili oggettivi e soggettivi della fattispecie, l'individuazione delle prestazioni che costituiscono oggetto della legittima astensione collettiva, con particolare riguardo alle implicazioni del codice di autoregolamentazione sulla responsabilità civile e professionale dei notai, la legittimazione alla proclamazione dell'astensione collettiva e il regime sanzionatorio.

2. *La funzione notarile come servizio pubblico essenziale*

Il codice di autoregolamentazione non specifica quale sia il servizio pubblico essenziale nell'ambito del quale l'astensione collettiva dei notai assicura l'effettività dei diritti della persona costituzionalmente tutelati³ (art. 1, co. 1, l. 12 giugno 1990, n. 146, come coordinata e aggiornata con le modifiche introdotte dalla l. 11 aprile 2000, n. 83 e dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147).

Ciò posto, si deve esaminare la delibera con la quale la Commissione di Garanzia, in data 14 settembre 2015, lo ha valutato idoneo alla tutela dei beni primari di rilievo costituzionale.

Secondo l'Autorità garante i diritti della persona che consentono di qualificare la funzione notarile come servizio pubblico essenziale diretto ad assicurarne il godimento sono quelli "alla vita e alla salute degli utenti"⁴ (art. 1, co. 2, lett. a), della l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni). Tuttavia, la sua eterogeneità e la recente attribuzione di ulteriori compiti al notaio lasciano intendere che la platea sia molto più ampia⁵. Si presume, quindi, che l'attività in esame sia diretta a garantire il godimento di tutti i diritti della persona che sono contemplati dall'art. 1, co. 1, l. 146/90⁶ (e successive modifiche e integrazioni).

³ Sul punto cfr. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *DL*, 1992, I, p. 18; FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, 2006, I, p. 83 ss.

⁴ In proposito cfr. RUSCIANO, *Art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, 1991, p. 14. Cfr. anche BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984.

⁵ A tale proposito cfr. DI FABIO, *Manuale di notariato*, Giuffrè, 2007, p. 96 ss.

⁶ Al riguardo si veda JANNUZZI, *La funzione del notaio nel processo*, in *RN*, 1953, p. 431 ss.

Il servizio pubblico essenziale al quale la funzione notarile è riconducibile e il cui esercizio assicura l'effettività dei citati diritti della persona è l'amministrazione della giustizia⁷ (art. 1, co. 2, lett. a), l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni).

L'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione, è comunemente ricondotta ai soggetti ai quali fanno capo ben sette codici di autoregolamentazione⁸. L'attività notarile non è mai stata inclusa in tale contesto per via della mancata previsione dell'astensione collettiva dalle prestazioni da parte dei notai, nonostante sia stata accostata, da una parte della dottrina, all'attività giurisdizionale, in virtù del suo presunto carattere 'antiprocessuale'⁹.

L'adozione del codice di autoregolamentazione consente di ipotizzare che la funzione del notaio sia riconducibile all'amministrazione della giustizia perché costituisce la manifestazione di una potestà amministrativa particolare, che è rivolta alla creazione di un modo di essere della realtà giuridica entro la quale i privati agiscono e operano. Il notaio, infatti, è considerato come l'arbitro del regolamento negoziale, in quanto depositario di un bagaglio di conoscenze preliminari al ricevimento dell'atto. Non a caso, quando assolve ai suoi compiti, deve realizzare un assetto di interessi conforme all'intento empirico delle parti richiedenti la sua consulenza. In sede di svolgimento di tali operazioni, inoltre, garantisce l'osservanza dei principi dell'ordinamento

⁷ Sul carattere esemplificativo dell'elenco di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), l. 146/90, inteso in questi termini quasi all'unanimità, cfr. GHEZZI, *Lo sciopero nei servizi pubblici: considerazioni sul testo approvato dal Senato della Repubblica*, in *RGL*, 1989, I, p. 54; LISO, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali: un primo breve commento*, in *LL*, 1990, p. 5; RUSCIANO, *Art. 1 cit.*, pp. 16-17.

⁸ Per l'individuazione dei soggetti operanti nel servizio "amministrazione della giustizia", cfr. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2007, p. 60.

⁹ La tesi relativa alla funzione giurisdizionale del notaio, sostenuta con forza in epoca preunitaria (si vedano CHIARELLI, *Istituzioni sul notariato*, Pedone, 1840, I, p. 7 ss.; SORMANI, *La giurisprudenza pratica del notaio*, Visaj, 1847, p. 28 ss.), raggiunse il suo apice nella prima metà del secolo scorso (cfr. DONÀ, *Elementi di diritto notarile*, Giuffrè, 1933, p. 7 ss.; GIULIANI, *Alcune considerazioni sul concetto di libera professionalità del notaio*, in *RN*, 1955, p. 99 ss.), mentre nella seconda metà del secolo rimase isolata (cfr., tra i fautori della stessa, JANNUZZI, *La funzione del notaio*, cit., p. 413; RIVA SANSEVERINO N., *Sulla funzione del notaio*, in *RN*, 1954, p. 230; VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, ivi, 1956, p. 1 ss.; D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, in *AA.Vv.*, *Studi in memoria di F. Vassalli*, Utet, 1960, p. 704 ss.; TONDO, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, in *RN*, 1966, p. 214 ss.).

giuridico, connotandosi come essenziale al fine di limitare l'insorgere di controversie giudiziarie. Sotto questo profilo, appare ragionevole accostarlo al giudice, con il quale ha in comune, oltre all'imparzialità, il fine di garantire un'adequata protezione agli interessi delle persone coinvolte¹⁰. Sulla base di tale presupposto, dunque, si può affermare che "il giudice giudica in presenza di un inconveniente che si è già verificato, mentre il notaio" svolge la sua attività "affinché l'inconveniente non si avveri"¹¹.

Oltre che per via della funzione classica del notaio, l'attività notarile può essere ricondotta all'amministrazione della giustizia in virtù delle competenze che questi svolge, anche se in via eventuale, nell'ambito processuale. Un primo profilo in tal senso è dato dal fatto che, in caso di sciopero dei cancellieri, il notaio agisce in sostituzione del cancelliere o del segretario giudiziario addetto ad un altro ufficio, ove sussistano motivi di assoluta necessità¹². Un secondo elemento è costituito dalla possibilità che i notai, anche in pensione, siano nominati giudici onorari aggregati¹³ (art. 1, co. 2, l. 22 luglio 1997, n. 276 e successive modificazioni). Altrettanto importante è la facoltà del giudice di delegargli l'esecuzione delle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare, preliminari e successive all'esecuzione¹⁴. Inoltre, a sostegno della tesi proposta, si segnala come possa assumere la veste di ausiliario del giudice nei casi previsti dalla legge, ad es. su delega dell'A.G. per l'apposizione e la rimozione di sigilli, inventari, incanti, divisioni giudiziali (art. 68, co. 2, c.p.c.). Infine, è competente a far parte, su istanza delle parti interessate, di collegi di conciliazione e/o di arbitrato¹⁵.

¹⁰ In tal senso, cfr. CURTI PASINI, *La funzione essenziale del notaio*, in *RN*, 1951, p. 15; MORELLO, FERRARI, SORGATO, *L'atto notarile*, Giuffrè, 1977, I, p. 357. *Contra*, NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *RN*, 1979, p. 1157.

¹¹ CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *RTDPC*, 1951, p. 921 ss.

¹² La funzione è disciplinata dall'art. 74 l. 23 ottobre 1960, n. 1196 (che ha il suo precedente nell'art. 147 r.d.l. 8 maggio 1924, n. 745).

¹³ Un riferimento a tale funzione specifica si riscontra all'interno del codice di autoregolamentazione, nella disposizione dedicata alle prestazioni indispensabili (art. 5, co. 1, lett. e), del codice).

¹⁴ Cfr. l'art. 591-bis c.p.c., introdotto dall'art. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella l. 14 marzo 2005, n. 80.

¹⁵ A questo proposito cfr. CESÀRO, *La funzione del notaio di prevenzione delle controversie*, in AA.VV., *Relazioni al XIII Congresso Internazionale del Notariato Latino*, Atene, 30 settembre-5 ottobre 2001, Giuffrè, 2001, p. 7. Cfr. anche CARNELUTTI, *La figura giuridica*, cit., p. 1 ss. e ERSOCH, *La funzione del notaio dalle origini al duemila*, in *VN*, 1998, p. 1180 ss.

Per quanto concerne la funzione anti-processuale del notaio cfr. JANNUZZI, *La funzione*

Recentemente, secondo quanto previsto dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, gli sono state attribuite funzioni specifiche anche nell'ambito della mediazione civile e commerciale¹⁶. In tali casi, la funzione notarile, che assume i connotati della mediazione giuridica¹⁷, soddisfa l'esigenza, sempre più diffusa, di fare ricorso a strumenti stragiudiziali di composizione delle controversie¹⁸. Mediante la partecipazione a tali organismi, infatti, contribuisce al deflazione del "traffico" giudiziario, fornendo una valida soluzione alla profonda crisi della giustizia civile¹⁹.

Poste queste premesse, la funzione notarile non costituisce un servizio pubblico essenziale a se stante, ma rientra nell'ambito di un servizio pubblico più ampio, rispetto alla fornitura del quale è essenziale ad assicurare l'effettività dei beni anzidetti. Com'è noto, infatti, uno stesso servizio finale può essere "erogato da soggetti diversi (...) con principio di tendenziale uniformità di disciplina mediante accordi simili o estensione interpretativa di un accordo da un settore all'altro"²⁰. Non si tratta, comunque, di una professione sottoposta ad una disciplina di mestiere che convive con altre nell'ambito dello stesso servizio e riguardo alle quali si deve coordinare. Al contrario, consiste in un'attività complementare a quelle facenti capo a più soggetti, sottoposti a discipline distinte, che, concorrendo tra loro, garantiscono l'erogazione di un servizio²¹.

del notaio, cit., p. 430 ss.; VOCINO, *La funzione processuale*, cit., p. 18 ss.; TONDO, *Caratteri*, cit., p. 214 ss.; LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in RN, 1973, p. 1033 ss. *Contra*, SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in VN, 1955, p. 543 ss.; NIGRO, *Il notaio*, cit., in RN, 1979, p. 1151 ss.

¹⁶ A tale proposito cfr. CENNI, FABIANI, LEO (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, ESI, 2012.

¹⁷ Cfr. GIRINO, *Le funzioni del notaio*, in RN, 1983, p. 1058; SANTANGELO, *La funzione notarile oggi*, ivi, 1977, p. 935 ss.

¹⁸ Si vedano, per tutti, TATARANO, *Il notaio tra arbitrato e conciliazione*, in NOT, 1996, p. 505 ss.; SALA, *Il notaio e l'arbitro*, in AA.Vv., *Atti del XVIII Congresso Nazionale del Notariato*, Catanzaro, 13-20 giugno 1970, Giuffrè, 1970, p. 71 ss.; RAMONDELLI, *Considerazioni a margine del convegno nazionale sull'arbitrato in relazione alla figura del notaio*, in RN, 1974, p. 74 ss.

¹⁹ Cfr. PROTO-PISANI, *Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile*, in FI, 2000, V, c. 1 ss.

²⁰ VALLEBONA, *Le regole dello sciopero*, cit., p. 56.

²¹ A tale proposito si veda, per tutti, VALLEBONA, *op. cit.*, p. 57 ss.

3. *La natura giuridica dell'astensione collettiva dei notai*

Il codice di autoregolamentazione e la delibera di idoneità della Commissione di Garanzia non si pronunciano rispetto alla natura giuridica dell'astensione collettiva dei notai, per cui si deve procedere all'analisi delle sue caratteristiche essenziali, previste dallo stesso codice di autoregolamentazione.

Sembra potersi escludere che la fattispecie sia inquadrabile nell'ambito del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*, pur essendo destinataria della medesima disciplina²². Non consistendo il notaio in un lavoratore subordinato, si ritiene che l'astensione collettiva si connoti come un suo "comportamento normale"²³, anche se non coinvolge le parti del rapporto di lavoro, rivolgendosi, invece, al potere politico²⁴. La non riconducibilità della fattispecie all'art. 40 Cost.²⁵ può essere argomentata in maniera convincente se si legge l'art. 8, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), nel quale la disgiuntiva "o" sembra essere stata impiegata al fine di distinguere nettamente le fattispecie dello sciopero e dell'astensione collettiva²⁶. L'uso della formula "astensione collettiva" sia nel codice che nella delibera appare altrettanto significativo, perché la spoglia della qualifica di sciopero, almeno dal punto di vista esegetico²⁷. Se l'avessero intesa in questo modo, infatti, i redattori del codice e la Commissione di Garanzia avrebbero impiegato l'apposita terminologia tecnico-giuridica.

Posto ciò, la figura giuridica in esame può essere intesa come un'ipotesi di "astensione collettiva dalle prestazioni ai fini di protesta e di rivendicazione di categoria da parte di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori"²⁸ (art. 2-*bis*, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni). Un primo

²² In questi termini, per tutti, MISCIONE, *Lo sciopero dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori*, in RICCI (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2001, p. 139 ss.

²³ MANGHI, *Lo sciopero postmoderno e la sua regolamentazione*, in AS, 2001, pp. 206-207, consultabile anche in www.aggiornamentisociali.it.

²⁴ Al riguardo cfr. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, in RIDL, 2004, I, p. 122 ss.

²⁵ Al riguardo cfr. MISCIONE, *op. cit.*, p. 139 ss.

²⁶ Si conviene con quella parte della dottrina secondo la quale al dato letterale non può essere attribuita una rilevanza decisiva rispetto all'inclusione o meno della fattispecie nell'ambito dello sciopero (cfr. RUGA RIVA, *Sciopero degli avvocati e modifiche alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in DPP, 2000, pp. 770-771).

²⁷ In senso contrario MISCIONE, *op. cit.*, p. 139.

²⁸ In proposito, CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*,

argomento a sostegno di tale conclusione è dato dal fatto che è denominata allo stesso modo, dovendosi escludere che la qualificazione in questi termini sia nel codice che nella delibera sia casuale. Altrettanto importante al riguardo si considera la riconduzione del ministero notarile nel novero delle libere professioni, poiché consente di identificarlo, senza ombra di dubbio, come uno dei soggetti destinatari della disciplina di cui all'art. 2-bis.

Dal momento che non rientra nel quadro delle condotte riconducibili all'art. 2-bis, l'astensione collettiva dei notai consiste non in un diritto ma in una libertà²⁹. Pertanto, può essere penalmente compressa solo quando è assimilabile ad uno dei reati prefigurati dall'art. 503 c.c.³⁰, mentre ha conseguenze sul piano civilistico, nel senso che soggiace ai principi del diritto comune delle obbligazioni³¹. In quanto tale, ha fini ultra-contrattuali³², poiché, riguardando lavoratori non subordinati, "non può incidere sugli eventuali rapporti di lavoro con i dipendenti"³³. Pur impedendo ai cittadini di

in *DLRI*, 2002, p. 93. Cfr. anche SUPLOT, *Revisiter les droits d'action collective*, in *DS*, 2001, p. 687; NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *QDLRI*, 2001, n. 25, p. 87 ss.; ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, 2003, p. 95 ss. Riguardo alla fattispecie prima dell'entrata in vigore della l. 83/00 cfr. TREU, *L'ambito di applicazione della legge (art. 1)*, in *NLCC*, 1992, p. 9; RUSCIANO, *Art. 1, cit.*, p. I ss.; NAPOLI, *Occupazione, rappresentatività, conflitto. Note di legislazione del lavoro (1987-1991)*, Giappichelli, 1992, p. 203 ss.

²⁹ L'opinione è largamente condivisa in dottrina (in questi termini, per tutti, SUPPÉE, *Sciopero degli avvocati*, Corte costituzionale, Commissione di garanzia e Consiglio forense, in *ADL*, 1997, I, p. 238 ss.; NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 92 ss.; VALLEBONA, *Lo "sciopero" degli avvocati sotto l'arbitraria mannaia della Corte Costituzionale*, in *DL*, 1996, p. 172 ss.; MENGhini, *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre il limite della subordinazione*, in *RGL*, 1997, II, p. 97 ss.; NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 124).

³⁰ Al riguardo cfr. C. Cost. 27 dicembre 1974 n. 290 (in *GC*, 1974, p. 2984, con nota di Onida), che, se è estesa all'astensione collettiva, consente di considerarla punibile ai sensi dell'art. 503 c.p. Circa lo sciopero che si configura come reato per le ragioni, peraltro difficilmente distinguibili l'una dall'altra dal punto di vista pratico, di cui all'art. 503 c.p., cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Diritto sindacale*, Laterza, 2007, p. 165. Per quanto concerne la giurisprudenza, si vedano C. Cost. 13 giugno 1983 n. 165, in *FI*, 1983, I, c. 1797; 10 giugno 1993 n. 276, in *FGC*, 1993, p. 1957, con nota di DELL'OLIO, *Sciopero e preavviso nei servizi pubblici essenziali*.

³¹ Una parte della dottrina avanza perplessità riguardo alla ricostruzione dell'astensione collettiva di cui all'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990 (e successive modifiche e integrazioni) come una libertà (in tal senso CARINCI M.T., *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2-bis, legge n. 146/1990*, in *ADL*, 2001, I, p. 945 ss.).

³² L'espressione è di CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 976 ss.

³³ CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 976.

fruire di un determinato servizio pubblico essenziale, infatti, “è diretta ad influenzare le decisioni degli organi titolari del potere politico, il Governo e il Parlamento”³⁴.

Ciò posto, vi è da chiedersi se possa riguardare le scelte politiche in generale o solo quelle di carattere economico, o meglio che producono effetti diretti sulla condizione socio-economica dei notai. Secondo l'opinione sostenuta da una parte della dottrina, l'astensione collettiva *ex art. 2-bis* è diretta a far prevalere una scelta piuttosto che un'altra riguardo a specifici problemi sia politici che economici³⁵. Ove si aderisse a tale interpretazione, si affermerebbe che la fattispecie in esame incide sulla funzionalità dei servizi pubblici essenziali quando ha uno scopo di tipo sia politico che politico-economico. L'impressione, comunque, è che si fondi su uno svantaggio di carattere economico-sociale, in virtù del quale la Commissione di Garanzia si è pronunciata nel senso dell'idoneità del codice di autoregolamentazione³⁶. Ciò posto, è verosimile che sia rivolta esclusivamente ad ottenere o a contrastare gli interventi della pubblica autorità concernenti le condizioni socio-economiche dei notai³⁷. Ciò significa che rientrano in tale contesto “tutte le ipotesi (...) indirizzate al perseguimento”³⁸ di obiettivi legati al soddisfacimento di interessi professionali o di categoria³⁹.

³⁴ *Ead.*

³⁵ Per comprendere appieno la finalità della fattispecie in esame, occorre soffermarsi sulla differenza tra sciopero politico-economico e sciopero politico puro (cfr. VALENTINI, *Sciopero politico e “diritto di sciopero”: il difficile equilibrio tra “libertà sociali”, categorie giuridiche e regole*, in *ADL*, 2008, I, p. 96 ss.). A tale proposito, una parte della dottrina (cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso*, in *DRI*, 2008, p. 3 ss., ora in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, II, p. 1105 ss.) mette in dubbio la dicotomia, per via della concreta impossibilità di escludere che lo sciopero politico puro sia tutelato come diritto, sulla scia di una ricostruzione poco recente (effettuata da SANTORO PASSARELLI F., *Sciopero politico e diritto di sciopero*, in *FI*, 1975, I, c. 550 ss.), che ha trovato riscontro in giurisprudenza (cfr. Cass. 21 agosto 2004, n. 16515, in *MG*, 2004, p. 880, con nota di Del Conte).

³⁶ L'adozione del codice è la risposta alle rivendicazioni avanzate dai notai rispetto ai contenuti del disegno di legge sulla concorrenza approvato il 20 febbraio 2015 dal Consiglio dei Ministri (al riguardo si veda LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali* (2015), in <http://federalismi.it>). La lesione dell'interesse economico notarile si sarebbe sostanziata nella violazione del principio di libera concorrenza in relazione allo svolgimento della stessa attività. L'uso del condizionale si giustifica in ragione del fatto che la normativa menzionata è stata soppressa nel corso dell'esame parlamentare del 21 settembre 2015 dal testo della legge di Stabilità per il 2016.

³⁷ Cfr. GIUGNI, voce *Sciopero*, in *EG*, 1992, vol. XXVIII, p. 7.

³⁸ NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 128.

³⁹ In senso contrario, CARINCI M.T., *L'improbabile rilievo costituzionale*, cit., p. 931. Cfr.

4. *Il fondamento costituzionale*

L'inquadramento dell'astensione collettiva dei notai nell'ambito della fattispecie disciplinata dall'art. 2-*bis*, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni) rende necessario domandarsi se la stessa abbia fondamento costituzionale.

Giova premettere che la riflessione deve essere condotta alla luce di quanto emerge dall'analisi (soprattutto) giurisprudenziale e (in misura minore) dottrinale in merito all'astensione collettiva degli avvocati⁴⁰.

Secondo una prima chiave di lettura, elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, l'astensione collettiva *tout court* consiste in una manifestazione del diritto di cui all'art. 40 Cost.⁴¹. L'assunto rinvia all'opinione dottrinale che attribuisce il riconoscimento del diritto di sciopero ai soggetti contemplati dall'art. 2-*bis*, sul presupposto dell'omologazione tra questi ultimi e i lavoratori subordinati⁴². Tale impostazione non è condivisibile, poiché i lavoratori autonomi, i liberi professionisti e i piccoli imprenditori non versano in uno stato di debolezza contrattuale. Più precisamente, non potendo essere equiparati ai lavoratori subordinati, non possono essere titolari del diritto di sciopero. La chiave di lettura in esame merita, comunque, di essere presa in considerazione perché consente di mettere in evidenza la confusione ingeneratasi alle origini del dibattito, quando il giudice delle leggi bloccò sul nascere qualunque tentativo di estensione dei confini dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 40 Cost.⁴³.

Un'altra corrente di pensiero qualifica l'astensione collettiva dei lavoratori autonomi, dei liberi professionisti e dei piccoli imprenditori come "una modalità di esplicazione della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost."⁴⁴. La conclusione è argomentata dal fatto che

anche NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 99; PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 78-79; BIAGI, *La legislazione sullo sciopero: riforma o novella*, in *GL*, 2000, n. 16, p. 10.

⁴⁰ A tale proposito si veda GIANFRANCESCO, "Sciopero" degli avvocati e Costituzione, Giuffrè, 2002, p. 44.

⁴¹ Sulle prime pronunce giurisprudenziali in tal senso si rinvia a VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, 2004, p. 104, nota 98.

⁴² Sul punto si veda SUPPIEJ, *op. cit.*, p. 238; RUGA RIVA, *op. cit.*, p. 770 ss.

⁴³ Sul punto cfr. C. Cost. 31 marzo 1994 n. 114, in *GCcost.*, 1994, p. 970.

⁴⁴ GIANFRANCESCO, *Il fondamento costituzionale del diritto di azione collettiva di lavoratori autonomi e professionisti: in risposta a Maria Teresa Carinci*, in *QC*, 2002, p. 105.

l'astensione di cui all'art. 2-*bis*, essendo diretta alla tutela degli interessi di categoria, assume una dimensione collettiva in virtù della quale si distingue nettamente da quella effettuata dai soggetti contemplati dall'art. 2-*bis*⁴⁵. La ricostruzione non può essere condivisa, in primo luogo, perché non estende agli interessati la facoltà di astenersi dalle prestazioni con finalità di pretesa e di rivendicazione nei confronti dei poteri pubblici. Secondariamente, i fautori di tale interpretazione sembrano non tener conto del fatto che l'iniziativa economica privata è notevolmente limitata dall'esigenza di tutela costituzionale di una serie di interessi che la Costituzione considera prevalenti⁴⁶ (art. 41, co. 2, Cost.).

Secondo un'altra chiave di lettura, l'astensione collettiva in esame, essendo una *species* del *genus* prefigurato dall'art. 2-*bis*, trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 3, co. 2, Cost.⁴⁷. I fautori di tale ipotesi interpretativa ritengono che la configurazione della fattispecie in esame in termini di libertà non escluda una simile interpretazione. Il contemperamento con altri principi di matrice costituzionale, infatti, si riferisce non solo ai diritti propriamente intesi, ma anche alle libertà fondamentali della persona⁴⁸. A conferma di ciò, la dottrina costituzionalistica segnala come la libertà costituisca un *prius* rispetto al diritto che da essa promana⁴⁹. Anche la Corte Costituzionale mette in evidenza la necessità che i valori costituzionali minacciati dall'astensione collettiva siano tutelati⁵⁰.

Una simile ricostruzione appare condivisibile, perché garantisce la partecipazione dei notai all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁵¹. Ciononostante, la salvaguardia del principio di eguaglianza sostanziale non appare sufficiente ai fini dell'individuazione del fondamento costituzionale della fattispecie. L'impressione è che la stessa sia tutelata dall'art. 3, co.

⁴⁵ A tale proposito si veda, per tutti, GIANFRANCESCO, *Il fondamento costituzionale*, cit., p. 96 ss.

⁴⁶ Al riguardo cfr. GALGANO, *Art. 41*, in GALGANO, RODOTÀ (a cura di), *Rapporti economici*, t. II, in *Comm. Branca*, 1982, p. 15.

⁴⁷ Una simile ipotesi ricostruttiva è stata prospettata da GIUGNI, *Diritto sindacale*, aggiornato da Bellardi, Curzio e M.G. Garofalo, Cacucci, 2011, p. 249.

⁴⁸ Sul punto, PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *DPP*, 1999, p. 6.

⁴⁹ Si veda PALADIN, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 1995. Cfr. anche NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 59.

⁵⁰ In proposito cfr. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 126 e pp. 127-128.

⁵¹ Cfr. ROMAGNOLI, *Il principio di uguaglianza sostanziale*, in *Comm. Branca*, 1975, I, p. 162

2, Cost., in combinazione con l'art. 18 Cost. e che sia assoggettata anche ai limiti che attengono alla libertà di associazione.

L'individuazione dell'art. 18 Cost. come base costituzionale della fattispecie in esame si evince dalla nota sentenza n. 171 del 1996 della Corte Costituzionale relativa all'astensione degli avvocati⁵². Alla suddetta pronuncia si deve "l'emersione sul piano giuridico di un fenomeno (...) sino a quel momento (...) sommerso dalle incertezze della sua ammissibilità nel nostro ordinamento"⁵³. L'orientamento assunto dalla Consulta è stato fatto proprio dalla legge, che ha regolamentato il conflitto collettivo proprio e tipico di tutti i lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. Pur escludendosi che consista in "una sorta di *para-sciopero* o *quasi sciopero*"⁵⁴, la presa di posizione del legislatore ha consentito di estendere la disciplina prevista in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali al di là dei confini delimitati dall'art. 40 Cost.⁵⁵.

Nonostante l'opinione contraria di una parte della dottrina⁵⁶, la soluzione che ravvisa nell'art. 18 Cost. la base costituzionale dell'astensione collettiva in esame risponde perfettamente al dato costituzionale, così come è stato interpretato dalla legge ordinaria. Un profilo di rilievo è costituito dal fatto che il legislatore del 2000 è rimasto fedele alla rilevanza dello "stato di dipendenza economica e di debolezza contrattuale propria del lavoratore subordinato, ed al cui superamento tende appunto l'esercizio del diritto di sciopero"⁵⁷. Appare altrettanto importante che la legge, regolamentando le astensioni dal lavoro che si trovano al di là dei confini dello sciopero, favorisca

⁵² Sullo "sciopero" degli avvocati e, in particolare, sulla sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost. 27 maggio 1996 n. 171, in *MGL*, 1996, p. 464 ss.), cfr., per tutti, PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, in *GC*, 1996, I, p. 2181 ss.; SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *MGL*, 1996, p. 464 ss.; SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati*, cit., p. 237 ss.; PINO, *La Corte costituzionale e l'astensione dal lavoro degli avvocati: i margini di applicazione della l. 146/1990 e il dibattito in seno alla Commissione di garanzia*, in *FI*, 1997, I, c. 1027 ss.; MENGHINI, *L'astensione dalle udienze*, cit., p. 61 ss.).

⁵³ NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 128.

⁵⁴ NICOSIA, *op. cit.*, p. 128, nota 29.

⁵⁵ Sul punto cfr. PULITANÒ, *Lo "sciopero" degli avvocati*, cit., p. 6 ss.

⁵⁶ Accanto alla posizione dottrinale che contesta il fondamento costituzionale del diritto d'azione dei lavoratori autonomi (la posizione più decisa al riguardo è propria di CARINCI M.T., *L'improbabile rilievo costituzionale*, cit., p. 931 ss.), si attesta quella che suggerisce come la fattispecie possa far leva non sulla stessa ma su diverse disposizioni della Carta Fondamentale (cfr. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 97).

⁵⁷ ORLANDINI, *op. cit.*, p. 97 ss.

l'estensione a queste ultime del principio del bilanciamento con i diritti della persona degli utenti, facendo in modo che siano "apprestati gli strumenti per una più incisiva tutela dei terzi estranei al conflitto"⁵⁸.

Posta la tutela costituzionale di cui agli artt. 3, co. 2, e 18 Cost., la fattispecie si connota come "una sorta di diritto d'azione collettiva, quale manifestazione della dinamica associativa"⁵⁹, o meglio come una *species* del *genus* 'conflitto collettivo'⁶⁰, nella stessa misura in cui i sindacati sono intesi come una sottocategoria delle formazioni sociali⁶¹. Il riconoscimento che la Costituzione assicura all'autonomia dei singoli e dei gruppi vale per l'astensione collettiva dei notai in qualità di professionisti che svolgono la propria attività in condizioni di indipendenza. "Sotto l'ombrello della libertà di associazione è possibile, allora, ricondurre tutte le espressioni dell'astensione collettiva" dei notai, "sia in positivo che in negativo, purché indirizzate al perseguimento di 'fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale' (art. 18, primo comma, Cost.)"⁶². Così intesa, la figura giuridica in esame, rientrando nel novero di quella contemplata dall'art. 2-bis, si rivela, al contempo, più estesa del diritto di sciopero sotto il profilo orizzontale e meno efficace, in quanto meno tutelata, dal punto di vista verticale⁶³.

5. I profili oggettivi e soggettivi

Le caratteristiche tipiche dell'astensione collettiva dei notai sono previste dall'art. 2-bis, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), poiché consiste in una sottotipologia della fattispecie ivi disciplinata.

La prima impressione è che la suddetta norma si limiti ad estendere la disciplina sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali alla figura giuridica in esame e a reprimerne l'inosservanza per mezzo dell'impianto sanzionatorio contemplato dalla legge.

Da una più attenta analisi si evince che l'astensione collettiva di cui al-

⁵⁸ CARINCI M.T., *op. ult. cit.*, p. 945.

⁵⁹ VOZA, *Interessi collettivi*, cit., p. 105.

⁶⁰ Sulla questione si veda, per tutti, GIUGNI, *Ampliata la nozione del diritto di sciopero per garantire le libertà costituzionali*, in *GD*, 1996, n. 24, p. 48.

⁶¹ Sul punto cfr. BARILE, voce *Associazione (diritto di)*, in *ED*, 1958, III, p. 842.

⁶² NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 128.

⁶³ Al riguardo cfr. NICOSIA, *op. cit.*, p. 128. Si veda anche CARUSO, *op. cit.*, p. 93 ss.

l'art. 2-*bis* deve possedere una serie di requisiti soggettivi e oggettivi che è possibile circoscrivere dalla disamina del testo legislativo.

Sotto il profilo strettamente obiettivo, è possibile individuare le caratteristiche che la condotta, che costituisce oggetto della trattazione, deve avere per essere inquadrata nella fattispecie contemplata dal codice di autodisciplina.

In primo luogo, l'astensione, per essere legittima, deve essere "collettiva", ossia deve consistere in un comportamento promanante da più persone che si uniscono per dar luogo a una manifestazione di volontà unitaria verso l'esterno. In altre parole, sono teleologicamente individuati come tali gli atteggiamenti che sono ispirati da un "interesse professionale comune"⁶⁴. Al riguardo, comunque, vi è poco da dire, poiché la figura in esame è qualificata in questi termini dal codice di autoregolamentazione, che la assoggetta alla proclamazione da parte del soggetto legittimato attivamente⁶⁵. Ciò significa che le astensioni individuali o plurime sono escluse dal perimetro di applicazione della legge e, di conseguenza, del codice di autoregolamentazione. Se proclama un'astensione che non sia l'espressione di una volontà unitaria comune a più persone e la effettua, dunque, il notaio non è destinatario della normativa in esame⁶⁶.

Secondariamente, rispetto alle azioni nelle quali l'astensione si concretizza, i redattori del codice hanno opportunamente elaborato un concetto unitario e onnicomprensivo, che tiene conto delle peculiarità del tipo di rimostranza messa in atto dai notai. Ciò significa che "le manifestazioni conflittuali" possono consistere "in fattispecie commissive" e "omissive"⁶⁷, poiché ricomprendono tutte le possibili situazioni concrete in grado di in-
tegrarne gli estremi⁶⁸.

⁶⁴ Sul punto cfr. Cass. 23 luglio 1991 n. 8234, in *MGL*, 1991, p. 500, nell'ambito della quale si sottolinea l'illegittimità delle condotte che perseguono "finalità pretestuose e il soddisfacimento di contingenti esigenze di singoli dipendenti".

⁶⁵ MISCIONE, *Lo sciopero*, cit., p. 139.

⁶⁶ Si esclude, pertanto, l'estensibilità, alla fattispecie in esame, della tesi, sostenuta da una parte della dottrina, relativa alla titolarità del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (cfr. MONACO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: alcuni spunti di riflessione*, in *RGL*, 2002, I, p. 527 ss.).

⁶⁷ NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 134. Sul punto cfr. anche PASCUCCI, *Lavoratori autonomi e pubblici servizi*, *NewsletterCdG*, 2001, n. 1, pp. 6-9; MENGHINI, *Le regole per il lavoro autonomo*, in MENGHINI, MISCIONE, VALLEBONA (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, 2000, p. 60.

⁶⁸ Al riguardo si veda CARINCI M.T., *Le domande di un giuslavorista ai costituzionalisti*, in *QC*, 2002, pp. 611-612.

Un altro requisito oggettivo importante è costituito dalla finalità della fattispecie, la quale deve essere diretta ad una protesta e/o ad una rivendicazione di categoria⁶⁹. Posto che tra “protesta” e “rivendicazione” non esiste alcuna differenza sotto il profilo semantico e sostanziale⁷⁰, in assenza di tale finalità l’astensione non è consentita al singolo, anche se è effettuata in forma collettiva⁷¹.

Inoltre, la fattispecie ha, senz’altro, “una natura ampia, non solo rivendicativo-contrattuale, ma di strumento di pressione utilizzato nella società pluralistica”⁷². Infatti, si riferisce “ad un conflitto di interessi diverso da quello classico dicotomico, riconducibile (...) all’esplicarsi di un potere di coalizione diffuso nelle società complesse”⁷³. I valori di riferimento non sono l’egualianza sostanziale, l’emancipazione e la solidarietà sociale, ma l’autoaffermazione degli interessi e dell’identità del gruppo anche in una prospettiva di stampo prettamente politico-istituzionale.

Sotto il profilo soggettivo il legislatore è stato egualmente chiaro, nel senso che ha specificato con precisione quali sono le categorie alle quali la disciplina in esame è destinata.

L’astensione collettiva di cui all’art. 2-*bis*, com’è noto, attiene a figure professionali distinte sia dal modello social-tipico dei lavoratori subordinati, titolari del diritto di sciopero *ex art.* 40 Cost., sia dai datori di lavoro medio-grandi⁷⁴. I notai rientrano, senza ombra di dubbio, nel perimetro applicativo dell’art. 2-*bis*, l. n. 146/1990 (e successive modifiche e integrazioni), poiché sono liberi professionisti. In linea con la più antica tradizione dell’istituto, le parti si rivolgono al notaio, che deve agire in completa autonomia e mantenersi rigorosamente neutrale, per comporre i loro interessi contrapposti. Coerentemente con la natura privatistica dell’ufficio, il notaio organizza discrezionalmente il proprio lavoro ed esige i compensi per l’attività prestata dai soggetti che se ne avvalgono. Per la stessa ragione, ha l’onere di sostenere il carico delle spese per il funzionamento dello studio e di “sottostare alle ordinarie procedure di accesso alle fonti informative della Pubblica Ammi-

⁶⁹ A tale proposito, cfr. VOZA, *Interessi collettivi*, cit., p. 105.

⁷⁰ Sul punto si veda NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 99.

⁷¹ Cfr. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 131 ss.

⁷² TREU, *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, 2000, p. 3 ss. Cfr. anche CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno*, cit., p. 93 ss.

⁷³ CARUSO, *op. cit.*, p. III ss.

⁷⁴ L’analogia è messa in evidenza da MISCIONE, *Lo sciopero*, cit., p. 144.

⁷⁵ MAZZOLA, *Notaio e notariato*, in *DDPCiv*, XII, p. 231.

nistrazione”⁷⁵. Inoltre, non ha una clientela fissa, opera in regime di concorrenza e si assume personalmente la responsabilità civile nell’esercizio della funzione⁷⁶.

La definizione contemplata dall’art. 1, l. not., secondo la quale i notai sono pubblici ufficiali, non esaurisce la competenza notarile, poiché non fa cenno alle attribuzioni deferite ai notai dalla legge. Inoltre, mantiene il più assoluto silenzio rispetto alla componente libero-professionale, che, comunque, si evince, indirettamente, dal fatto che non è espressamente riconosciuto come impiegato dello Stato.

Dalla disamina dell’intera normativa in materia si desume come l’assoluta mancanza di attenzione della legge notarile nei confronti dei profili dell’attività del notaio non riconducibili alla pubblica funzione sia soltanto apparente. Posto che l’attività libero-professionale è destinataria di una regolamentazione apposita, l’impressione è che il legislatore del 1991 non abbia, volutamente, fatto alcun riferimento ad essa. Più precisamente, il riserbo sul tema potrebbe essere ascritto al presunto rinvio implicito che la stessa legge effettua agli artt. 2229 ss. c.c. sul contratto d’opera intellettuale.

6. *L’astensione collettiva tra “pubblica funzione” e responsabilità civile e professionale del notaio*

Un altro profilo di riflessione che emerge dall’analisi dell’astensione collettiva dei notai attiene alle ragioni per le quali il codice di autoregolamentazione la delimita alle sole prestazioni che questi ultimi pongono in essere in sede di esercizio della “pubblica funzione”⁷⁷.

Posto che la legge notarile non contiene alcun richiamo alla componente libero-professionale e menziona solo quella di pubblico ufficiale⁷⁸, si potrebbe supporre che l’intento dei redattori del codice sia regolamentare la funzione notarile tenendo conto del solo aspetto pubblicistico che la caratterizza.

⁷⁶ Per un approfondimento della tematica cfr. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1974, p. 152.

⁷⁷ Per quanto concerne il profilo sociale, economico e giuridico della funzione del notaio, cfr. SATTA, *Poesia e verità*, cit., p. 265 ss.; CARNELUTTI, *Diritto o arte notarile*, in *VN*, 1954, p. 209 ss.

⁷⁸ La definizione del ministero notarile in termini di pubblica funzione si desume dal fatto che “il risultato della prestazione professionale” del notaio è dato dalla “apposizione del sigillo che reca”, accanto al suo nome, “lo stemma della Repubblica” (DI FABIO, *Manuale*, cit., p. 95).

Se così fosse, la norma riconoscerebbe esclusivamente il potere “di certificazione”⁷⁹ o *potere certificante* del notaio, consistente nell’attribuzione della pubblica fede. Trascurrebbe, invece, l’altra faccia della medaglia, che è quella dell’“adeguamento” della volontà delle parti ai canoni dell’ordinamento⁸⁰.

Una simile ricostruzione non appare sostenibile, perché parte dall’errato presupposto del carattere bifronte dell’ufficio notarile, ravvisabile nella distinzione, tanto “cara” alla dottrina civilistica⁸¹, tra la pubblica funzione⁸² e la componente libero-professionale⁸³. Si suppone, invece, che il codice di autoregolamentazione, così come la legge notarile, intenda l’incarico del notaio come una realtà unitaria che è “ad un tempo una professione libera e un pubblico ufficio”⁸⁴. Nell’ambito di essa la funzione di adeguamento è intimamente connessa a quella di certificazione⁸⁵ e gli elementi pubblicistici si

⁷⁹ L’espressione è di D’ORAZI-FLAVONI, *La responsabilità civile nell’esercizio del notariato*, in D’ORAZI-FLAVONI, *Scritti giuridici*, a cura del Consiglio notarile di Roma, 1965, III, p. 965 ss.

⁸⁰ L’espressione è di D’ORAZI-FLAVONI, *La responsabilità civile*, cit., p. 965 ss. Per quanto concerne la distinzione tra l’attività di “adeguamento necessario” e quella di “adeguamento facoltativo”, cfr. D’ORAZI-FLAVONI, *L’autonomia del diritto notarile*, in *Riv. not.*, 19, p. 225 ss.

⁸¹ Secondo un primo punto di vista, il coordinamento tra i due aspetti deve essere spiegato nei termini dell’affidamento di alcune funzioni pubbliche ad un soggetto privato (la tesi fa capo a GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1970, p. 168 ss.; ID., *Istituzione di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1981, p. 92 ss. Cfr. anche GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 1994, p. 156 ss.; CIAMPI, *La funzione notarile e le sue prospettive*, in *RN*, 1979, p. 752; ROMANO, *La distinzione fra diritto pubblico e privato (e i suoi riflessi sulla configurazione dell’ufficio notarile)*, ivi, 1963, pp. 44-45; VOCINO, *La funzione processuale*, cit., p. 1; MAZZOLA, voce *Notaio e Notariato*, cit., p. 230 ss.). La stessa dicotomia è stata intesa da altri Autori nel senso che il notaio è titolare degli atti che redige in qualità di notaio-persona (elemento soggettivo) e dell’attività notarile nel suo complesso in qualità di notaio-ufficio (elemento oggettivo) (la tesi è stata sostenuta da NIGRO, *Il notaio*, cit., p. 1151 ss. Cfr. anche GIRINO, *La figura giuridica del notaio*, in *RN*, 1985, p. 573; VOTTA, *La funzione notarile e il diritto pubblico*, in *GI*, 1986, p. 417).

⁸² La pubblica funzione implica che alcune attività riservate allo Stato e ad altri enti pubblici siano affidate al notaio, il quale, pur essendo estraneo alla pubblica amministrazione (sul punto cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 169 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1974, p. 382 ss. Si veda anche BUTTITA, *Il notariato nella società moderna e le sue funzioni*, Edizioni giuridiche italiane, 1966, p. 162 ss.), assume una posizione particolare al suo interno (cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1952, p. 173 ss.; TOMMASEO, *L’atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in *RN*, 1985, p. 593 ss.).

⁸³ La componente libero-professionale è diretta alla sistemazione degli interessi dei privati nella sfera del diritto (a questo proposito, cfr. LEGA, *Le libere professioni*, cit., p. 152 ss.; ZANELLI, *Il notariato in Italia*, Giuffrè, 1991, p. 19).

⁸⁴ ANSELMi, *Principi di arte notarile*, Libreria forense, 1952, p. 23 ss.

⁸⁵ Il fondamento giuridico della connessione può essere enucleato attraverso un’analisi

fondono con quelli privatistici. Ciò significa che il notaio, essendo pubblico ufficiale e libero professionista, costituisce l'“anello di congiunzione fra il privato e la Pubblica Amministrazione”⁸⁶. In tale contesto, la pubblica funzione influenza in maniera indelebile il rapporto privatistico che questi instaura con il cliente, in virtù del ruolo di terzo *super partes* che gli è proprio⁸⁷.

La ragione giustificativa del riferimento del codice di autoregolamentazione alle sole funzioni che il notaio svolge in qualità di pubblico ufficiale deve essere ricercata nel fatto che in tale contesto legislativo la sua attività è presa in considerazione come servizio pubblico essenziale⁸⁸. Più precisamente, è disciplinata come una funzione connessa all'organizzazione e alla funzione dello Stato o, più in generale, degli enti forniti di sovranità e destinata a produrre effetti nei confronti dei clienti del notaio e dei cittadini in generale. Per questa ragione l'astensione collettiva in esame si concretizza nell'ipotesi in cui il notaio si esime dallo svolgimento delle prestazioni connesse agli atti di trasferimento, di costituzione o estinzione di beni e/o diritti, agli atti e ai verbali di società e persone giuridiche, agli atti in materia di successioni e di diritto di famiglia, alla delega di attività giudiziali e alla mediazione (art. 1, codice).

La peculiarità messa in evidenza può essere impiegata per argomentare ulteriormente, anche se solo in via indiretta, la convinzione secondo la quale l'astensione collettiva dei notai si configura come libertà. Come si è detto, nell'ipotesi in cui quest'ultima sia esercitata nell'ambito dei limiti prescritti

sistemática degli artt. 28, co. 1, n. 1, l. not., 1176 c.c., 18, co. 1, n. 2, l. not. (disposizione recante la formula del giuramento), 47 l. not. e 67 del relativo regolamento d'attuazione.

⁸⁶ Si vedano, per tutti, BARONE, *Funzione pubblica e sociale del notaio*, Atti del XXI Congresso Internazionale del Notariato Latino, Berlino 1995, Stamperia Nazionale, 1995, p. 24; BARILE, *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, in VN, 1984, 36; AMATO, *I limiti della libertà professionale del notaio*, in RN, 1960, p. 65; MILLONI, *Riflessioni sull'organizzazione e la funzione del notaio nel sistema giuridico italiano e le sue prospettive nel quadro di integrazione europea*, ivi, 1991, p. 451; PERCHINUNNO, *Il Notariato nell'economia liberale*, ivi, 1994, p. 547.

⁸⁷ “Non esiste, quindi, un notaio pubblico ufficiale distinto dal notaio-professionista”, nel senso che “le due qualifiche non si sommano, ma si combinano nella figura unitaria” (D'ORAZI-FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, cit., p. 191).

⁸⁸ La nozione di servizio pubblico “resta fra le più tormentate” (GIANNINI, *Il pubblico potere*, Il Mulino, 1986, pp. 69-70), forse perché i servizi pubblici hanno avuto origine da un giudizio di valore sostanzialmente politico, per sua natura mutevole ed evolutivo (CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in GCost., 1960, p. 1344), in ordine ai bisogni della collettività (cfr. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in DA, 1991, p. 472; JANNEAU, *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Dalloz, 1984, p. 160 ss.).

è assolutamente esclusa l'incriminazione penale, mentre "resta aperto il problema dell'illecito contrattuale per inadempimento del mandato ricevuto dal cliente"⁸⁹. Ciò significa, senza ombra di dubbio, che i redattori del codice, riferendosi alle sole prestazioni del notaio riconducibili alla pubblica funzione, abbiano dato per scontato che lo stesso sia assoggettato al diritto comune nell'ipotesi in cui la sua adesione alla rimostranza sia pregiudizievole nei confronti dei clienti.

Una simile conclusione trova conferma nell'accostamento della fattispecie in esame all'astensione collettiva degli avvocati, i quali, al pari dei notai, sono liberi professionisti che svolgono un'attività riconducibile all'amministrazione della giustizia, per cui, quando si esimono dallo svolgimento delle proprie funzioni in maniera lecita, vanno incontro a problemi analoghi.

Al fine di un'analisi esauriente, non appare ragionevole fare riferimento all'orientamento della Corte Costituzionale, poiché dalla scarsa giurisprudenza costituzionale esistente⁹⁰ emerge l'assenza di pronunce relative agli eventuali contenuti della fattispecie in commento e ai riflessi che possono avere sul rapporto contrattuale tra il libero professionista e il cliente⁹¹. La Corte Costituzionale, infatti, ha prestato attenzione esclusivamente "alla tutela dell'amministrazione della giustizia quale servizio pubblico essenziale nell'ambito della legge n. 146 del 1990"⁹². Si considera, invece, determinante l'apporto della dottrina, visto l'elevato numero di contributi dei giuslavoristi e dei giuspenalisti in materia di limiti all'astensione collettiva degli avvocati, con peculiare riguardo alla dimensione summenzionata⁹³.

In linea con l'opinione maggiormente condivisa, si ritiene che, nella prospettiva civilistica, il libero professionista e, nel caso di specie, il notaio che si astiene sia comunque adempiente all'obbligo assunto nei confronti del mandante⁹⁴. L'obbligo può dirsi osservato nell'ipotesi in cui il cliente, in-

⁸⁹ VALLEBONA, *Limiti allo "sciopero" degli avvocati*, in *ADL*, 1997, I, p. 152.

⁹⁰ Cfr. C. Cost., n. 171 del 1996, cit., p. 464 ss. C. Cost. 23 marzo 1994 n. 114, in *GCost.*, 1994, I, p. 970 ss.

⁹¹ C. Cost. n. 171 del 96, cit., p. 464 ss.

⁹² VALLEBONA, *Limiti allo "sciopero"*, cit., p. 152.

⁹³ Sul tema cfr., per tutti, SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati*, cit., 238 ss.; VALLEBONA, *Lo "sciopero" degli avvocati*, cit., p. 172 ss.; ID., *Limiti allo "sciopero"*, cit., p. 151 ss.; MENGHINI, *L'astensione dalle udienze*, cit., p. 97 ss.; PINO, *La Corte Costituzionale*, cit., p. 1027 ss.; PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati*, cit., p. 6 ss.; RUGA RIVA, *Sciopero degli avvocati*, cit., p. 763 ss.

⁹⁴ A tale proposito si veda SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati"*, cit., p. 466; VALLEBONA, *Limiti allo "sciopero"*, cit., p. 152.

formato della proclamazione, abbia acconsentito in qualche modo alla decisione (dello stesso professionista) di svincolarsi dal compimento delle attività suindicate. Se così non fosse, l'adesione del notaio all'astensione collettiva correttamente proclamata sarebbe legittima solo se esistesse un 'dovere' ad astenersi a titolo di solidarietà nei confronti dei colleghi. Una simile evenualità, tuttavia, "implicherebbe una responsabilità disciplinare" in capo a colui che "si dissocia dall'agitazione", ragion per cui "non avrebbe altra scelta circa l'adesione alla protesta"⁹⁵. L'assunzione di una simile posizione ermeneutica non appare semplice, poiché sottintende una sorta di coartazione del notaio ad astenersi in piena e completa dissonanza "rispetto alla nota elaborazione in tema di sciopero"⁹⁶. Si deve, comunque, tenere presente che la mera partecipazione alla manifestazione collettiva in esame non è in grado di rendere asettico l'obbligo in questione. La ragione è costituita dalla mancanza di una disposizione relativa agli effetti che l'esercizio di tale libertà produce nell'ambito dei rapporti interprivati.

Sull'onda di quanto è scritto nella sentenza n. 171 del 1996 a proposito degli effetti di stampo civilistico dell'astensione collettiva degli avvocati, si ritiene che il codice di autoregolamentazione tenda a limitare la libertà di protesta collettiva dei notai⁹⁷.

La trattazione deve essere effettuata alla luce della peculiarità della responsabilità civile del notaio, che emerge qualora quest'ultimo arrechi pregiudizi ai clienti in conseguenza dell'inadempimento dei suoi doveri professionali. Occorre verificare, in altre parole, se la questione assuma una sfumatura sua propria, alla luce dei limiti che la legge impone alla libertà professionale del notaio. Un primo vincolo è costituito dal fatto che quest'ultimo, a differenza di ogni altro libero professionista, non può non avere clienti, perché esercita il monopolio tecnico nel territorio in cui ha sede. Secondariamente, il regime di libera concorrenza, nel quale si è detto che opera, non è assoluto, perché, "essendo la registrazione degli atti pubblici vincolata alla circoscrizione territoriale degli uffici finanziari, ed essendo quasi tutti gli atti pubblici assoggettati al giudizio di congruità, è di evidente

⁹⁵ VALLEBONA, *op. ult. cit.*, p. 153.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Sul punto si vedano PILATI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale, Commentario di diritto del lavoro*, diretto da F. Carinci, Utet, 1998, p. 499 ss.; CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, 1992, p. 120 ss.

interesse per il cliente rivolgersi al notaio titolare della sede e non ad altri”⁹⁸. Inoltre, “i contratti di prestazione d’opera intellettuale, che il notaio stipula con i suoi clienti, hanno sì natura privatistica, ma appartengono ad una particolare sottospecie dei contratti per adesione giacché (...) non possono ricorrere in essi clausole che richiedano specifiche approvazioni e sono regolati da norme che non ammettono deroghe”⁹⁹. Ciò detto, il notaio pare connotarsi come libero professionista *tout court* solo ed esclusivamente se le parti gli conferiscono mandato in virtù delle sue attitudini personali e professionali, senza tener conto dei requisiti suenunciati.

Nonostante la libertà professionale del notaio sia delimitata in funzione del soddisfacimento delle inderogabili esigenze che derivano dalla pubblica funzione, non sembra che i citati vincoli incidano significativamente sugli effetti dell’astensione collettiva in esame sul piano della responsabilità contrattuale. Le ripercussioni dell’esercizio della libertà di agitazione collettiva da parte sua, pertanto, possono essere ragionevolmente sintetizzate nei termini che seguono. Innanzitutto, l’astensione dalle funzioni contemplate dall’art. 1 del codice di autoregolamentazione in violazione dei limiti prestabiliti si connota come reato alla luce della combinazione tra gli artt. 340 e 359, n. 1, c.p.¹⁰⁰. In secondo luogo, l’adesione illecita del notaio alla contestazione non consente il rinvio degli adempimenti connessi alla pubblicità dell’atto, analogamente a quanto sostenuto dalla dottrina a proposito del rinvio dell’udienza in caso di astensione collettiva degli avvocati¹⁰¹. Infine, l’astensione legittima non si configura come illecito disciplinare, come, invece, accade in caso di protesta collettiva non proclamata da un’Associazione e/o Sindacato di rappresentanza della categoria, dai Consigli notarili distrettuali, dai Comitati regionali notarili o dal Consiglio nazionale del notariato (art. 2, co. 1, del codice di autoregolamentazione).

⁹⁸ AMATO, *I limiti alla libertà professionale del notaio*, in RN, 1960, p. 74.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ L’unico dubbio è dato dal fatto che, a seguito dell’abrogazione degli artt. 330 e 333 c.p., l’art. 340 c.p. potrebbe essere destinato solo a “turbative ‘esterne’” (l’espressione è di VALLEBONA, *Limiti allo “sciopero”*, cit., p. 154).

¹⁰¹ Sulla questione del rinvio dell’udienza in caso di astensione collettiva degli avvocati cfr., per tutti, VALLEBONA, *Limiti allo “sciopero”*, cit., p. 154.

7. *I soggetti legittimati alla proclamazione*

Un aspetto che la Commissione di Garanzia ha preso in considerazione, in sede di valutazione dell'idoneità del codice di autoregolamentazione, è quello dei soggetti competenti alla proclamazione dell'astensione collettiva dei notai.

Dalla lettura del codice emerge come la capacità autoregolativa e la rappresentanza degli interessi collettivi dei notai sia propria sia delle associazioni sindacali sia dei collegi notarili (art. 2, co. I, del codice).

L'interpretazione rinvia alla corrente di pensiero secondo la quale, pur avendo funzioni e natura distinte rispetto a quelle delle organizzazioni sindacali¹⁰², i collegi, equiparabili agli ordini professionali, sono portatori degli interessi degli iscritti¹⁰³. Ciò implica che sia loro riconosciuto il potere di formulare i codici di autoregolamentazione e di proclamare l'astensione collettiva, sul presupposto che la legge abbia operato una vera e propria "sindacalizzazione formale" degli stessi¹⁰⁴.

La posizione assunta dalla Commissione di Garanzia non appare condivisibile, perché, in armonia con l'opinione prevalente in dottrina, si ritiene che il compito di rappresentare gli interessi della categoria non debba essere attribuito agli ordini professionali¹⁰⁵.

Un primo argomento a sostegno di tale conclusione è dato dal fatto che l'organizzazione pubblicistica degli ordini professionali si configura come necessaria ed obbligatoria. Posto che l'esercizio della professione è subordinato all'inserimento del notaio nel gruppo ed alla sottoposizione alle sue regole, il collegio risponde a funzioni ed interessi diversi rispetto a quelli tipici delle organizzazioni sindacali. In sostanza, "la funzione di controllo e di garanzia (...) non può né sostituire, né tanto meno assorbire, la specifica funzione sindacale di tutela degli interessi dei propri iscritti"¹⁰⁶. Occorre

¹⁰² Cfr. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *LD*, 1999, p. 4.

¹⁰³ Negli stessi termini, PILATI, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 81.

¹⁰⁴ In questi termini, MISCIONE, *Lo sciopero*, cit., p. 157. Cfr. anche GAROFALO M.G., *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in D'ONGHIA, RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, 2003, p. 86, in part. nota 50.

¹⁰⁵ Sulla coesistenza tra ordini professionali e sindacati, per la diversità di natura e finalità degli uni e degli altri, vedi LEGA, *La coesistenza di ordini e sindacati professionali*, in *DRI*, 1960, p. 12 ss.; BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, in BALDUCCI, CARABELLI (a cura di), *Il sindacato*, Utet, 1984, I, p. 150 ss.

¹⁰⁶ GAMBACCIANI, *Ordini professionali e rappresentanza di interessi*, in *DRI*, 2011, p. 715.

considerare anche che “gli interessi dei singoli professionisti che appartengono all’ordine (e che l’ordine dovrebbe unitariamente rappresentare) non sempre sono omogenei e coincidenti, ma anzi tendono sempre più ad articolarsi e diversificarsi”¹⁰⁷. Non a caso, come parte della dottrina ha messo in evidenza, “gli interessi comuni di questi professionisti non si esauriscono nell’aspetto pubblicistico della propria attività”¹⁰⁸.

Un’ulteriore conferma dell’inidoneità dei collegi notarili a costituire forme di rappresentanza sindacale degli interessi del ‘gruppo’ può essere desunta dalla disciplina legislativa in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Secondo l’art. 2-*bis*, co. 1, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), i codici di autoregolamentazione devono essere adottati dalle sole “associazioni o organismi di rappresentanza di categoria”¹⁰⁹ (cfr. anche l’art. 4, co. 4, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni).

Poste queste premesse, la funzione di rappresentanza dovrebbe essere propria delle sole specifiche organizzazioni sindacali libere che rappresentano gli interessi della categoria notarile¹¹⁰. Queste ultime, infatti, hanno come obiettivo principale quello di esercitare la tutela collettiva dei notai che vi aderiscono liberamente mediante accordi vincolanti. Pertanto, assumono un ruolo di primo piano attraverso l’individuazione di nuovi compiti del notaio,

¹⁰⁷ GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 715. Cfr. altresì Pret. Genova, 15 giugno 1994, in *FI*, 1994, I, c. 2267.

¹⁰⁸ GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 715. Cfr. anche GHEZZI, *Un’importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1999, I, p. 697; SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, 2001, p. 150; ID., *Astensioni dei lavoratori autonomi e normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Newsletter CgS*, 2005, p. 14 ss.; PASCUCCI, *Lavoratori autonomi e pubblici servizi*, *ivi*, 2001, p. 9; GIANFRANCESCO, *Legali: entro sei mesi l’autoregolamentazione*, in *GD*, 2000, n. 15, p. 37; NOGLER, *Proteste collettive*, *cit.*, p. 106 ss.; PILATI, *Il conflitto collettivo*, *cit.*, p. 81.

¹⁰⁹ Al riguardo, cfr. SANTONI, *Le sanzioni*, in SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge n. 83/2000*, Jovene, 2001, p. 177 ss., spec. p. 194.

¹¹⁰ In questi termini, per tutti, GHEZZI, *Un’importante riforma*, *cit.*, p. 697; ROMAGNOLI, voce *Associazione (associazioni sindacali)*, in *EGI*, 1988, vol. III, p. 15; SANTONI, *L’organizzazione e l’azione sindacale dei professionisti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, 1999, p. 1113; GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Jovene, 2005; CARINCI M.T., *Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*, in MAINARDI, CARINCI A. (a cura di), *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, in *ADL*, 2008, n. 8, p. 110.

Per la giurisprudenza costituzionale cfr. C. Cost. 17 dicembre 1975 n. 241, in *MGL*, 1975, 669; 27 maggio 1996 n. 171, in *GCost*, 1996, p. 1579 ss. (sulla pronuncia cfr. PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, in *GC*, 1996, I, p. 2188; MENGHINI, *Le regole*, *cit.*, p. 292 ss.). Cfr. anche PERRINO, *Diritto di sciopero ed autoregolamentazione, con riferimento particolare ai magistrati*, in *FI*, 2005, III, c. 594.

che è sempre più presente nella società civile e sempre più attento alle sue trasformazioni. In ragione di ciò, lo sostengono nella sua attività di “consulente” del cittadino, al fine di proteggere e conservare i diritti della categoria rappresentata. Non a caso, offrono agli iscritti il supporto necessario riguardo ad ogni aspetto dell’attività professionale, l’attività di orientamento, di formazione e di qualificazione professionale, la tutela e l’assistenza nei confronti degli enti previdenziali e assicurativi e la consulenza e assistenza fiscale, catastale e tributaria. Le sole organizzazioni sindacali, dunque, possono essere considerate idonee a predisporre ed adottare i codici di autorego-lamentazione¹¹¹.

La titolarità della suddetta funzione può spettare indistintamente a organismi aventi rilevanza nazionale o locale, poiché la legge la attribuisce a non meglio specificate associazioni o organismi sindacali, senza precisare se debbano essere nazionali o locali. A supporto di tale convinzione si mette in evidenza il fatto che il potere di formulare i codici di autoregolamentazione e di proclamare l’astensione può spettare anche ad organizzazioni prive di struttura associativa. Si pensi, in particolare, alle coalizioni puramente occasionali o agli organismi provvisori e spontanei¹¹², che possono sorgere per una vertenza specifica e che hanno un’esistenza limitata alla sua durata¹¹³.

8. Il contenuto del codice di autoregolamentazione

Un altro profilo che merita di essere approfondito è quello relativo alla conformità del contenuto del codice di autoregolamentazione dell’astensione collettiva dei notai alla l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), in vista del contemporaneo della stessa con il godimento dei diritti della personalità costituzionalmente tutelati¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. GHEZZI, *Un’importante riforma*, cit., p. 697; SANTONI, *Lo sciopero*, cit., p. 150; PASCUCCI, *Lavoratori autonomi*, cit., p. 9; GIANFRANCESCO, *Legali*, cit., p. 37; NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 106 ss.; PILATI, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 81.

¹¹² Cfr. GALANTINO, *L’astensione dei lavoratori autonomi*, in *DL*, 2001, I, p. 138.

¹¹³ Cfr. Delibera della Commissione di Garanzia del 6 giugno 2002, n. 02/113; Delibera della Commissione di Garanzia del 5 dicembre 1996, n. 96/198; Delibera della Commissione di Garanzia del 7 settembre 2000, n. 00/205; Delibera della Commissione di Garanzia del 29 novembre 2001, n. 01/147.

¹¹⁴ In proposito cfr. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 142 ss.

Secondo quanto sancito dal codice, l'adesione dei notai alla protesta è legittima se i soggetti proclamanti assicurano l'erogazione delle prestazioni indispensabili (art. 5 del codice), con un preavviso minimo non inferiore a quindici giorni (art. 2, co. 2, del codice), previa comunicazione per iscritto della motivazione e della durata della medesima.

Le prestazioni indispensabili¹¹⁵ sono individuate in maniera tassativa (art. 5, co. 1, del codice), mentre non compare alcun riferimento al limite percentuale massimo, che non può superare l'attività normalmente erogata, né alle quote strettamente necessarie di personale che deve assicurare in rapporto a quello che comunemente opera in un determinato territorio¹¹⁶.

Il silenzio rispetto al limite percentuale massimo è dovuto alla peculiarità dell'attività notarile, la quale, consistendo in una libera professione, non è quantificabile con esattezza. Questa è la ragione della previsione di un elenco dettagliato di misure che devono essere garantite durante l'astensione collettiva, secondo le modalità e gli orari di apertura degli studi (art. 5, co. 2, del codice). La mancata definizione delle quote strettamente necessarie di "addetti" alle "comandate"¹¹⁷, invece, si giustifica in ragione dell'impossibilità di stabilire regole precise al riguardo¹¹⁸. In un contesto qual è quello dei notai, infatti, non è possibile individuare preliminarmente i soggetti destinati a svolgerle, poiché il loro numero complessivo varia da un distretto all'altro. Inoltre, trattandosi di lavoratori autonomi, non è agevole "dare applicazione pratica dei criteri determinati in via legislativa", anche perché "l'astensione di una parte di alcuni di essi potrebbe determinare il vantaggio economico di altri, facendo fallire l'azione di protesta"¹¹⁹.

Per quanto concerne il preavviso, l'organismo proclamante comunica la data di inizio dell'astensione alla Commissione di Garanzia ed al Consiglio

¹¹⁵ Per un'analisi completa della disciplina sulle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali, cfr. FERRANTE, *La definizione delle prestazioni indispensabili nelle fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *DL*, 2005, pp. 497-517.

¹¹⁶ Secondo l'opinione prevalente le percentuali di legge sono intese come soglie massime (cfr. FERRANTE, *La definizione delle prestazioni indispensabili*, cit., p. 505; PISANI, *Prestazioni indispensabili e misure di contemperamento*, in MENGHINI, MISCIONE, VALLEBONA, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, 2000, p. 41).

¹¹⁷ Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 1999, p. 254.

¹¹⁸ FERRANTE, *La definizione delle prestazioni indispensabili*, cit., p. 507 ss.

¹¹⁹ FERRANTE, *La definizione delle prestazioni indispensabili*, cit., p. 510. Cfr. anche NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 110; SPEZIALE, *La "nuova" precettazione e lo sciopero nei s.p.e.: una svolta autoritaria ?*, in *RGL*, 2001, I, p. 53.

Nazionale del Notariato con almeno quindici giorni di anticipo¹²⁰. Il termine si considera “congruo”, perché è superiore a quello minimo di dieci giorni previsto dalla legge¹²¹ (art. 2, co. 5, l. 146/90). Tuttavia, mentre il termine di dieci giorni è il frutto di una valutazione di congruità comune a qualunque tipologia di servizio pubblico essenziale, quello prefigurato dal codice si adatta alle esigenze della categoria dei notai. Si tratta, quindi, del lasso di tempo necessario ai soggetti interessati per predisporre l'erogazione delle prestazioni indispensabili e agli utenti per mettersi nelle condizioni di farvi ricorso¹²² (art. 2, co. 5, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni).

I profili finora esaminati costituiscono, a nostro modo di vedere, il “contenuto inderogabile” del codice di autoregolamentazione, poiché si identificano con i tre ordini di limiti contemplati dalla l. n. 146/90 nel suo assetto originario¹²³. Ai suddetti vincoli la l. 83/00 ha aggiunto due ulteriori “requisiti di demarcazione”, di rilievo non secondario, che incidono sull'esercizio dell'astensione collettiva. Anche l'intervallo minimo obbligatorio tra un'astensione e l'altra e le procedure di raffreddamento e di conciliazione, dunque, rientrano a pieno titolo nell'ambito del contenuto inderogabile del codice¹²⁴.

Circa il primo dei requisiti enunciati, l'intervallo minimo intercorrente tra il termine finale di un'astensione e l'inizio di quella successiva è pari a quindici giorni, a meno che non si tratti di un'astensione senza preavviso, che non è soggetta a tali limitazioni. La previsione è diretta ad evitare che, per effetto di astensioni collettive proclamate in successione da soggetti diversi, la continuità del servizio pubblico essenziale sia compromessa. Per questa ragione, se i diversi soggetti rappresentativi della categoria non si

¹²⁰ Analoga informazione deve essere trasmessa, in ragione della motivazione, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Giustizia, al Ministro dell'Economia e delle Finanze, e agli altri Ministri eventualmente interessati, al Direttore dell'Agenzia delle Entrate, all'Unioncamere in rappresentanza delle Camere di Commercio, ai Capi degli Uffici Giudiziari interessati, alla Direzione Generale dell'Ufficio Centrale per gli Archivi Notarili (art. 2, co. 2, del codice).

¹²¹ Sul punto cfr. PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, cit., p. 2188; SUPPES, *Sciopero degli avvocati*, cit., p. 240; SANTONI, *Lo “sciopero degli avvocati”*, cit., p. 467 ss.

¹²² MAIO, *L'obbligo di preavviso in caso di sciopero nei servizi pubblici non “sempre” o “non del tutto” essenziali*, in *DRI*, 2012, pp. 190-198.

¹²³ Per quanto concerne il “contenuto inderogabile” del codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva dei soggetti di cui all'art. 2-bis, legge n. 146 del 1990, nuovo testo, cfr. NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 107, e PILATI, *Il conflitto collettivo*, cit., pp. 84-85.

accordano, la Commissione di Garanzia valuta, in via preventiva, l'impatto delle proclamazioni in conflitto. In sede di analisi cautelativa, la stessa Commissione fornisce le indicazioni eventualmente necessarie, tenendo conto della precedenza temporale nelle date di proclamazione. L'individuazione di un arco di tempo minimo obbligatorio riguardo al succedersi di più astensioni collettive dei notai sembra poter essere spiegato mediante la teoria del "doppio rinvio"¹²⁵.

Non compare, invece, alcuna previsione sulle procedure di raffreddamento e di conciliazione da esperire prima della proclamazione, in vista della risoluzione consensuale del conflitto¹²⁶. La carenza, non superabile con il tentativo di conciliazione in sede amministrativa, avrebbe potuto essere colmata dalla Commissione di Garanzia mediante una provvisoria regolamentazione compatibile con le finalità di cui all'art. 2, co. 3, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni). L'impressione è che il "silenzio" del codice non sia casuale, vista l'inevitabile difficoltà di ipotizzarle in un contesto caratterizzato dall'assenza di parti sindacali contrapposte¹²⁷.

Per quanto la legge non ne imponga l'inclusione, il codice regola la comunicazione dell'astensione al pubblico, la revoca della proclamazione da parte dei soggetti che l'hanno effettuata e la durata dell'astensione collettiva dei notai.

Secondo quanto ivi sancito, l'organismo proclamante deve comunicare l'annuncio dell'astensione collettiva agli utenti entro cinque giorni dalla data fissata per l'inizio della medesima (art. 3). La diffusione si concretizza nella pubblicazione della relativa informazione sui siti internet istituzionali e/o con ogni altro mezzo idoneo in relazione agli obiettivi perseguiti. Non compare, invece, alcun riferimento al fatto che il servizio pubblico radiotelevisivo, i quotidiani e le emittenti radiofoniche e televisive che si avvalgono di finanziamenti o, comunque, di agevolazioni tariffarie, creditizie o fiscali pre-

¹²⁴ La tesi affermativa è sostenuta, tra gli altri, da BIAGI, *Il diritto di sciopero rivisitato*, in *GL*, 1999, p. 12. Quella intermedia fa capo a NOGLER, *Proteste collettive*, cit., pp. 108-109. Infine, per quella che potremmo definire "negativa" si rinvia a MISCIONE, *Lo sciopero*, cit., p. 141.

¹²⁵ In virtù di tale teoria, posto che l'art. 2-bis rinvia all'art. 2, co. 3, il quale, a sua volta, rinvia all'art. 2, co. 2 (in proposito cfr. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., 143), tali previsioni sono indirettamente applicabili ai notai.

¹²⁶ In proposito cfr., per tutti, TOPO, *Raffreddamento e composizione del conflitto industriale nel settore dei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2004, I, p. 351 ss.

¹²⁷ In questi termini, per tutti, SANTONI, *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali*, ivi, 2000, I, p. 379; NOGLER, *Proteste collettive*, cit., pp. 108-109.

viste dalle leggi dello Stato, siano tenuti a divulgarla tempestivamente (art. 2, co. 6, seconda parte, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni). Si presume, peraltro, che il riferimento a “ogni altro mezzo idoneo in relazione agli obiettivi perseguiti” sintetizzi tale contenuto, in considerazione del fatto che i giornali e le emittenti radiofoniche e televisive, ormai, operano anche in rete, se non solo in rete.

La revoca della proclamazione può essere effettuata dall'organismo o dagli organismi competenti mediante comunicazione ai destinatari almeno cinque giorni prima della data fissata per l'astensione collettiva. Non è contemplata, invece, nell'ipotesi in cui una delle istituzioni competenti richieda l'ordinanza di precettazione (art. 8, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni) né quando sopravvengono eventi oggettivamente impedienti (art. 2, co. 3, del codice).

Per quanto concerne la durata, l'astensione collettiva non può superare gli otto giorni lavorativi consecutivi¹²⁸, né gli otto giorni complessivi nell'arco di un mese, a prescindere dalle tematiche che ne costituiscono oggetto. La norma è più rigorosa di quella prevista dalla legge, che si limita a richiederne l'indicazione da parte di chi proclama l'astensione¹²⁹. Purtuttavia, la stessa previsione codicistica appare ragionevole, poiché è in linea con l'orientamento della Commissione di Garanzia, che rinvia alla Corte Costituzionale¹³⁰.

9. Il regime sanzionatorio

L'ultimo profilo che appare degno di nota è costituito dalla garanzia di effettività della tutela dei diritti della persona degli utenti in caso di proclamazione dell'astensione collettiva dei notai nei termini in cui è contemplata dal codice di autoregolamentazione.

La normativa in esame non contiene alcuna esplicita disposizione al riguardo, perché i notai, essendo liberi professionisti, non possono essere assoggettati alle sanzioni disciplinari¹³¹. Ciononostante, sono sottoposti ad un

¹²⁸ La domenica e gli altri giorni festivi sono esclusi dal computo.

¹²⁹ In proposito cfr. VALLEBONA, *Lo “sciopero” degli avvocati*, cit., p. 172.

¹³⁰ Al riguardo, si veda SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati*, cit., p. 240; MENGHINI, *Le regole*, cit., p. 304.

¹³¹ Sul punto cfr. GIUFFRÈ, *L'apparato sanzionatorio*, in RICCI (a cura di), *Sciopero e servizi*

regime sanzionatorio che costituisce un efficace deterrente contro l'eventuale inottemperanza del dettato legislativo e delle previsioni del codice¹³².

L'apparato in questione è contemplato dall'art. 4, co. 4, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria, quindi di natura pubblica, gravante, in via solidale, sulle associazioni e sugli organismi di rappresentanza e sui singoli professionisti¹³³. Posto il carattere amministrativo della sanzione, il titolare della relativa funzione è la Commissione di Garanzia, che la esegue tenendo conto della gravità dell'infrazione commessa, dell'eventuale recidiva e dell'influenza che l'inottemperanza anzidetta esercita sul conflitto e sul danno cagionato agli utenti. A tale scopo, l'Autorità garante valuta i comportamenti dei soggetti collettivi legittimati alla proclamazione e dei singoli che aderiscono alla protesta. Se rileva eventuali inadempienze o inottemperanze (art. 2-bis, l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni), procede alla delibera (art. 13, co. 1, lett. i), l. 146/90 e successive modifiche e integrazioni). Instaurato il contraddittorio e esaminata la condotta dei soggetti coinvolti, determina la sanzione entro sessanta giorni dall'apertura del procedimento, predisponendo un termine di scadenza entro il quale la misura deve essere irrogata¹³⁴. L'applicazione della sanzione è effettuata, per mezzo di un'ordinanza ingiuntiva, dalla Direzione Territoriale del Lavoro, sezione Ispettorato del Lavoro, e può essere impugnata dinanzi al giudice del lavoro (art. 22 ss., l. 24 novembre 1991, n. 689). La delibera della Commissione, invece, può essere impugnata dinanzi al giudice del lavoro ai sensi e per gli effetti dell'art. 20-bis, l. 146/90¹³⁵ (e successive modifiche e integrazioni).

Dall'esame combinato dell'art. 4, co. 4, e dell'art. 13, co. 1, lett. i), l.

pubblici essenziali, Giappichelli, 2001, p. 197 ss.; BASENGHI, *Le sanzioni nella nuova disciplina (commento alla riforma dello sciopero nei servizi pubblici essenziali)*, in *GL*, 2000, p. 25 ss.

¹³² NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 139.

¹³³ A tale riguardo cfr. PASCUCCI, *Le sanzioni*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 122 ss.

¹³⁴ Sul punto si vedano BORGOGELLI, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/90*, in *QDLRI*, 2001, p. 81 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il "ruolo" della Commissione di garanzia e la natura del potere sanzionatorio ex art. 4 L. 146/90 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *ADL*, 1995, I, p. 137; D'APONTE, *Sul ruolo della Commissione di garanzia nell'apparato sanzionatorio della L. 146/90*, in *DL*, 1996, I, p. 198 ss.

¹³⁵ Una parte della dottrina ha sollevato dubbi in merito alla riferibilità alla fattispecie in questione del disposto dell'art. 20-bis (cfr. GALANTINO, *Sciopero nei servizi pubblici: riflessioni sulla riforma*, in *GL*, 2000, p. 15; PASCUCCI, *Le sanzioni*, cit., p. 124).

146/90 (e successive modifiche e integrazioni), si evincono alcune questioni ermeneutiche che necessitano di essere discusse in questa sede.

Il primo interrogativo riguarda l'oggetto della valutazione della Commissione, nel senso che non si comprende, in prima approssimazione, se la medesima vagli la condotta dei professionisti (che si astengono singolarmente dalle prestazioni) come fine a se stessa o come se fosse connessa con quella delle organizzazioni rappresentative. La questione sorge perché la lettera dell'art. 4, co. 4-*quater*, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), non menziona i singoli, ma solo le organizzazioni rappresentative, tra i soggetti il cui operato è sottoposto all'analisi dell'Autorità garante. Ad ogni modo, la soluzione appare agevole se si effettua la lettura combinata dell'art. 2-*bis* e dell'art. 4, co. 4, della legge n. 146 del 1990 (e successive modifiche e integrazioni). Da tale accostamento si desume come la Commissione sia tenuta a "studiare" il comportamento dei singoli, indipendentemente da quello delle organizzazioni rappresentative¹³⁶. Ciononostante, il legislatore dovrebbe modificare il testo del citato art. 4, co. 4-*quater* nel senso dell'estensione del procedimento di valutazione anche ai soggetti contemplati dall'art. 2-*bis*¹³⁷.

Un secondo profilo poco chiaro attiene al fatto che la sanzione è irrogata a carico del singolo lavoratore autonomo senza che sia ascoltato preventivamente a sua difesa, tanto che non gode delle garanzie prefigurate nei confronti delle organizzazioni rappresentative. Ciò significa che i primi sono penalizzati rispetto alle seconde, nonostante siano sottoposti alla medesima sanzione e allo stesso meccanismo di solidarietà. Si ritiene, dunque, che l'art. 4, co. 4-*quater*, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni), essendo in contrasto con gli artt. 3 e 24, co. 2, Cost., debba essere riformulato dal legislatore¹³⁸. La revisione dovrebbe comportare che la sanzione sia applicata al singolo lavoratore autonomo solo dopo che sia stato sentito a sua difesa, affinché goda appieno della tutela prevista per le organizzazioni rappresentative.

¹³⁶ Secondo l'art. 2-*bis*, la Commissione di Garanzia valuta le condotte e adotta le sanzioni senza distinguere tra le diverse categorie di lavoratori, mentre l'art. 4, co. 4, contempla la responsabilità dei singoli lavoratori.

¹³⁷ In tal senso, PONARI, *Le manifestazioni conflittuali del lavoro autonomo*, in SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero*, Commento sistematico alla legge 83/2000, Jovene, 2001, p. 46.

¹³⁸ In proposito cfr. SANTONI, *L'illegittimità del regime sanzionatorio dell'art. 4, comma 2, L. n. 146/1990 e l'attività della Commissione di garanzia nella valutazione dei comportamenti conflittuali*, nota a C. Cost. 24 febbraio 1995 n. 57, in *MGL*, 1995, p. 146 ss.

Ci si deve soffermare, inoltre, sulla previsione della responsabilità solidale tra i singoli lavoratori autonomi e le organizzazioni rappresentative, in caso di inosservanza del codice di autoregolamentazione¹³⁹. In mancanza di un'apposita disposizione che sancisca un preciso criterio di ripartizione di tale obbligo solidale, vige il principio della distribuzione in parti uguali tra i coobbligati, salva diversa redistribuzione delineata da un accordo tra le parti o da circostanze oggettive preesistenti¹⁴⁰ (art. 1298 c.c.). Occorre sottolineare come, nell'ambito della ripartizione dell'obbligo in parti uguali, i singoli aderenti alla protesta potrebbero non essere in grado di sostenere l'onere a loro carico al pari delle organizzazioni rappresentative¹⁴¹. Pertanto, il legislatore dovrebbe introdurre un'apposita disposizione sul riparto della responsabilità solidale¹⁴², "al fine di bilanciare il peso della sanzione in maniera proporzionata alle possibilità di tutti i soggetti coinvolti"¹⁴³. Altrettanto degna di nota risulta essere la questione della sussistenza di una specie di responsabilità oggettiva a carico delle organizzazioni rappresentative¹⁴⁴, alle quali può essere irrogata una sanzione, in via solidale e prioritaria rispetto ai singoli partecipanti all'astensione, in virtù di un'inottemperanza posta in essere da questi ultimi¹⁴⁵. Si auspica, pertanto, un intervento del legislatore, diretto a precisare che i soggetti collettivi non devono essere sanzionati nell'ipotesi in cui non siano responsabili della violazione del codice di disciplina o delle previsioni della l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni).

La prevalenza della tesi che ravvisa nell'astensione collettiva una libertà e non un diritto ha un risvolto interessante dal punto di vista del regime sanzionatorio. Sotto il profilo civilistico, anche se si astiene legittimamente

¹³⁹ Per un approfondimento della problematica si rinvia a SANTONI, *Continuità e innovazione*, cit., p. 399.

¹⁴⁰ Sul punto cfr. GHEZZI, *Un'importante riforma*, cit., p. 690; GALANTINO, *Sciopero nei servizi pubblici*, cit., p. 15. Si vedano anche VALLEBONA, *La disciplina per il lavoro autonomo*, in *GL*, 2000, p. 15; MENGHINI, *Le regole*, cit., p. 70.

¹⁴¹ Il problema è stato sollevato e discusso da GHEZZI, *L'importante riforma*, cit., p. 697; GALANTINO, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 15; PERA, *Le nuove regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *CG*, 2000, p. 07; PASCUCCI, *Le sanzioni*, cit., p. 124.

¹⁴² A tale proposito cfr. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1961, p. 221 ss.

¹⁴³ NICOSIA, *La sostenibile leggerezza*, cit., p. 146.

¹⁴⁴ Cfr. SANTONI, *Il potere sanzionatorio della Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, in *RIDL*, 2005, I, p. 1021.

¹⁴⁵ Cfr. PONARI, *Le manifestazioni conflittuali*, cit., p. 46.

dall'attività, il singolo risponde dell'inadempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto nei confronti del cliente danneggiato dalla sua adesione alla protesta¹⁴⁶. Sul piano del diritto penale, invece, non può invocare l'applicabilità dell'art. 51 c.p., concernente la scriminante dell'esercizio del diritto¹⁴⁷, perché l'astensione collettiva non costituisce un diritto secondo l'art. 40 Cost. Tuttavia, previa astensione legittima, sfugge all'addebito penalistico¹⁴⁸ se "fa appello" alla (supposta) mancanza del bene giuridico protetto dalla norma di diritto penale di volta in volta considerata. Se, invece, l'astensione è illegittima, incorre nella sanzione di cui all'art. 4, co. 4, l. 146/90 (e successive modifiche e integrazioni) e nelle pene previste per le fattispecie di reato non espressamente abrogate¹⁴⁹.

Per quanto concerne la precettazione, i notai sono esposti all'adozione della relativa ordinanza, al pari degli altri liberi professionisti, nell'ipotesi in cui la loro astensione blocchi o alteri il godimento dei servizi pubblici essenziali di cui all'art. 1. Ciononostante, la delimitazione della libertà professionale in funzione del soddisfacimento delle inderogabili esigenze che derivano dalla pubblica funzione implica un incremento della possibilità di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona degli utenti tutelati dalla Costituzione e, di conseguenza, un ampliamento dell'area in cui è possibile fare ricorso ad essa.

¹⁴⁶ Sul punto si rinvia a CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno*, cit., p. 93. Cfr. anche SANTONI, *Continuità e innovazione*, cit., p. 398.

¹⁴⁷ La giurisprudenza penalistica assume una posizione rigida al riguardo, poiché ritiene che il principio espresso nel brocardo "*qui suo iure utitur neminem laedit*" sia interpretato nel senso che si richiede un vero e proprio diritto soggettivo privato di cui il cittadino sia titolare *uti singulus* (cfr. Cass. 27 novembre 1968, in *GP*, 1970, II, p. 188). La dottrina penalistica, al contrario, gli conferisce la massima estensione possibile, tanto da estenderlo ad ogni potere giuridico di agire, qualunque sia la relativa configurazione dogmatica o giuridica (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 1992, p. 257; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, 1996, p. 433).

¹⁴⁸ Secondo una parte della dottrina l'assoggettamento al diritto penale è sostenibile riguardo ad azioni collaterali diverse dall'adesione all'astensione collettiva, analogamente a quanto previsto per i lavoratori subordinati a seguito dell'abrogazione degli artt. 330 e 333 c.p. (si veda PILATI, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 76). In senso contrario, NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 126.

¹⁴⁹ Si tratta dell'omissione (art. 328 c.p.), dell'interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità (art. 331 c.p.c.), dell'interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità (art. 340 c.p.c.), dell'infedele patrocinio (art. 380 c.p.c.), dell'attentato alla sicurezza dei trasporti (art. 432 c.p.), dell'abbandono di incapaci (art. 591 c.p.c.). Riguardo agli spazi residui per l'addebito penale si veda PULITANÒ, *Riflessi penalistici della nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *LP*, 1991, p. 177. Cfr. anche NOGLER, *Proteste collettive*, cit., p. 119.

Abstract

L'astensione collettiva dei notai dall'esercizio delle proprie funzioni deve essere esaminata in ragione della recentissima adozione del codice di autoregolamentazione e della delibera di idoneità al riguardo da parte della Commissione di Garanzia. Nel saggio l'Autrice esamina la questione della funzione notarile come servizio pubblico essenziale, la natura giuridica dell'astensione collettiva dei notai, il fondamento costituzionale e gli elementi costitutivi della fattispecie, gli effetti della bipartizione del ministero notarile tra pubblica funzione e attività libero-professionale sull'istituto e l'interazione tra quest'ultimo e la responsabilità civile e professionale dei notai, la problematica dell'individuazione dei soggetti legittimati alla proclamazione, il contenuto del codice di autoregolamentazione e il regime sanzionatorio.

The analysis of the collective abstention of the notaries from their office is interesting because of the very recent adoption of self-regulatory code and its estimation of eligibility consistency with the guarantee of the fundamental constitutional rights of the user by the Guarantee Commission. In the essay the Author examines the issue of notarial function as an essential public service, the legal nature of collective abstention of notaries, its constitutional foundation, its main elements of the case, the effects of the partition of the notarial ministry among civil service and free-activities professional on the institution, the interaction between the latter and civil and professional liability of notaries, the problem of identifying the persons entitled to the proclamation, the content of the self-regulatory code and the disciplinary rules.

Key words

Notai, astensione collettiva, l. 146/1990, Codice di autoregolamentazione.

Notaries, collective abstention, law n. 146/1990, self regulatory code.

Corte Costituzionale – sentenza 25 novembre 2016 n. 251 – *Pres. Grossi; Red. Sciarra*

Legge 7 agosto 2015 n. 124 - Disposizioni di delega sul codice dell'amministrazione digitale – Questione di illegittimità costituzionale – Infondatezza.

Legge 7 agosto 2015 n. 124 - Disposizioni di delega sul riordino della dirigenza pubblica – Previsione di parere, e non di intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni – Questione di illegittimità costituzionale - Violazione del principio di leale collaborazione – Fondatezza.

Legge 7 agosto 2015 n. 124 - Disposizioni di delega sul riordino della disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni - Previsione di parere, e non di intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni – Questione di illegittimità costituzionale - Fondatezza.

Legge 7 agosto 2015 n. 124 - Disposizioni di delega sul riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche - Previsione di parere, e non di intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni – Questione di illegittimità costituzionale - Fondatezza.

Legge 7 agosto 2015 n. 124 - Disposizioni di delega sul riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale - Previsione di parere, e non di intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni – Questione di illegittimità costituzionale - Fondatezza.

È infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alle disposizioni di delega della legge 7 agosto 2015 n. 124 riguardanti il codice dell'amministrazione digitale (art. 1, co. 1, lett. b), c), g) e co. 2), nella parte in cui prescrivono, per l'adozione dei decreti legislativi attuativi, il parere, e non l'intesa, in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni; tali disposizioni costituiscono, in via prevalente, espressione della competenza legislativa statale in materia di "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" (art. 117, co. 2, lett. r, Cost.).

Sono costituzionalmente illegittime le disposizioni di delega della legge 7 agosto 2015 n. 124 relative al riordino del sistema della dirigenza pubblica e alla istituzione dei tre ruoli unici (art. 11, co. 1, lett. a), b), numero 2, c), numeri 1 e 2, e), f) g) h), i) l), m), n), o), p), q) e co. 2), nella parte in cui prescrivono, per l'adozione dei decreti delegati attuativi, il parere, e non l'intesa, in sede di Conferenza unificata, nonostante che riguardino anche la dirigenza regionale, ed incidano su un'area in cui si ravvisa un concorso di competenze; tali disposizioni violano il principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost.

Sono costituzionalmente illegittime le disposizioni di delega della legge 7 agosto 2015 n. 124 riguardanti il riordino della disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (art. 17, co. 1, lett. a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s), t) nella parte in cui prescrivono, per l'adozione dei relativi decreti delegati, il parere, e non l'intesa, in sede di Conferenza unificata, nonostante che riguardino anche il lavoro pubblico regionale, incidendo su un'area in cui si ravvisa un concorso di competenze; tali disposizioni ledono la competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di organizzazione amministrativa regionale e il principio di leale collaborazione.

Sono costituzionalmente illegittime le disposizioni di delega della legge 7 agosto 2015 n. 124 riguardanti il riordino delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18, lett. a), b), c), e), i), l), m), numeri da 1 a 7), nella parte in cui, pur incidendo anche su sfere di competenza legislativa residuale delle Regioni, prevedono che il Governo adotti i decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata, violando, in tal modo, il principio di leale collaborazione.

Sono costituzionalmente illegittime le disposizioni di delega della legge 7 agosto 2015 n. 124 riguardanti il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale (art. 19, lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t), u), nella parte in cui, pur incidendo anche su sfere di competenza legislativa residuale delle Regioni, prevedono che il Governo adotti i decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata, violando, in tal modo, il principio di leale collaborazione.

Le pronunce di illegittimità costituzionale sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della l. n. 124/2015 e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare per assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione.

★ ★ ★

Stefano Battini

Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale.

Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale

Sommario: 1. Premessa 2. Sintesi della pronuncia. 3. Sull'interesse a ricorrere e sul regime dei decreti attuativi. 4. L'intreccio di competenze e il suo oggetto. 5. Leale collaborazione e procedimento legislativo: il *revirement* della Corte costituzionale. 6. Gli effetti del *revirement* sui decreti attuativi della riforma amministrativa. 7. Le giustificazioni del *revirement*. 8. Le implicazioni del *revirement*. 9. Conclusioni.

1. Premessa

La dottrina del precedente limita, ma non esclude, il potere delle Corti di cambiare la propria giurisprudenza. Come ricordava *Lord Rodger*¹, si tratta di una facoltà che, a sua volta, vanta un precedente importante. Papa Innocenzo III, in un decreto del 1215, che modificava le regole sugli impedimenti a contrarre matrimonio, ebbe a rilevare come perfino Dio, con il Nuovo Testamento, avesse apportato alcuni cambiamenti rispetto a quanto da lui stesso stabilito nel Vecchio Testamento².

Questo divino precedente in tema di precedenti non basta per nobilitare la sentenza n. 251 del 2016, con cui la Corte costituzionale, esercitando in modo discutibile la propria facoltà di *overruling*, ha vanificato importanti aspetti delle riforme amministrative di indubbio rilievo, indipendentemente dal giudizio di merito che al riguardo si possa esprimere.

Il principio di *horizontal stare decisis* impone alle Corti di considerare le proprie precedenti decisioni come “*normally binding*”³, cioè di seguirle fino a che non emerga una buona ragione per discostarsene, secondo un metodo che accomuna lo sviluppo del diritto nei sistemi di *common law* e la dinamica del progresso scientifico: “*A hypothesis stands the test of time until there is a good reason to depart from it: in science, a factual reason based on evidence and experiment;*

¹ RODGER, *A time for everything under law: some reflections on retrospectivity*, in *LQR*, 2005, 121, 57, 79.

² Traggo la citazione da LEE, *The Supreme Court and the Doctrine of Precedent*, Inner Temple Academic Fellow's Lecture, 23 aprile 2011.

³ Così afferma la House of Lords, a partire dal “*Practice Statement*” del 1966 ([1966] 1 WLR 1234).

in law, a normative reason based on social and political goods. It is a postulate of each of these worlds that change has to be justified"⁴.

La sentenza n. 251 del 2016, applicando il principio di leale collaborazione al procedimento legislativo, ha operato un importante cambiamento di indirizzo. Ma lo ha giustificato poco e male, come si tenterà di dimostrare in queste brevi note, assestando un serio colpo, come è stato osservato, alla "calcolabilità del diritto"⁵.

2. Sintesi della pronuncia

Il Governo Renzi ha tentato di realizzare un ambizioso progetto di riforma dello Stato, che ne avrebbe dovuto investire, contemporaneamente, i rami alti e quelli bassi.

Quanto ai primi, il progetto era affidato ad una iniziativa di revisione costituzionale, come noto infrantasi contro gli esiti del *referendum* tenutosi il 4 dicembre 2016, pochi giorni dopo il deposito della sentenza oggetto di queste note. Quest'ultima ha invece affondato una parte del progetto di riforma dei rami bassi, contenuto essenzialmente nella legge 7 agosto 2015 n. 124.

Tale legge, difatti, ha conferito al governo un'ampia delega, una parte della quale è stata impugnata da una Regione dissenziente. La Regione Veneto, più in particolare, con ricorso depositato il 19 ottobre 2015, ha impugnato alcune delle disposizioni della delega relative al Codice dell'amministrazione digitale (art. 1), alla dirigenza pubblica (art. 11), al riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 17), alle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18) e ai servizi pubblici locali (art. 19).

A circa un anno dal ricorso, è intervenuta la sentenza n. 251 del 2016, che ha accolto buona parte delle questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione Veneto, quando ormai il percorso di attuazione della delega era stato quasi completato. Le norme di attuazione erano in alcuni casi già entrate in vigore, come quelle sulla dirigenza sanitaria (d.lgs. 4 agosto

⁴ LORD JUSTICE LAWS, *Our Lady of the Common Law*, ICLR Lecture 1 March 2012, p. 13.

⁵ D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in www.questionegiustizia.it, 23 gennaio 2017.

2016 n. 171), sul licenziamento disciplinare (d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116) e sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175). In altri casi, come quelli delle deleghe in tema di dirigenza pubblica e di servizi pubblici locali, la sentenza della Corte costituzionale è stata invece depositata poco dopo l'approvazione definitiva dei decreti attuativi da parte del Consiglio dei ministri e poco prima che il Presidente della Repubblica firmasse quei decreti, con effetti su cui si tornerà.

La *ratio decidendi* della pronuncia si può riassumere in quattro punti, relativi: a) alla sussistenza dell'interesse al ricorrere; b) alla invasione sostanziale di ambiti di competenza legislativa regionale; c) alla conseguente illegittimità del contenuto procedurale della legge delega; d) alla validità provvisoria dei decreti attuativi adottati in base alla procedura illegittima prevista dalla delega annullata.

Sul primo punto, la Corte ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del Governo, fondata sul difetto di attualità della lesione, richiamando l'autorità dei propri precedenti e osservando, in modo stringato, che "il carattere puntuale delle disposizioni oggetto delle censure della legge n. 124 del 2015, contenenti deleghe, è sufficiente a dimostrare l'attitudine lesiva delle medesime".

Sul secondo punto, la Corte ha rilevato che molti dei criteri di delega in tema di dirigenza pubblica, di lavoro pubblico, di partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e di servizi pubblici locali dettano una disciplina in ordine alla quale è "palese il concorso di competenze, inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente, ma ciascuna delle quali concorre alla realizzazione dell'ampio disegno di riforma ...". La Corte ne ha tratto la conseguenza, alla luce della sua precedente giurisprudenza, che l'intervento del legislatore statale è costituzionalmente legittimo, "se necessario a garantire l'esigenza di unitarietà sottesa alla riforma", solo a condizione che esso si muova "nel rispetto del principio di leale collaborazione, indispensabile anche in questo caso a guidare i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie".

Sul terzo punto, la Corte, questa volta riconoscendo di innovare rispetto ai propri precedenti, ha ritenuto che il rispetto del principio di leale collaborazione, che implica il coinvolgimento delle Regioni nella forma dell'intesa, si applichi anche al procedimento legislativo⁶. Di conseguenza, con una

⁶ Secondo la Corte, "è pur vero che questa Corte ha più volte affermato che il principio

sentenza “manipolativa, del tipo sostitutivo di procedura”⁷, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate nella parte in cui prescrivono, “per l’adozione dei decreti legislativi delegati attuativi, una forma di raccordo con le Regioni – il parere in Conferenza unificata – da ritenersi lesiva del principio di leale collaborazione perché non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali, necessario a contemperare la compressione delle loro competenze”⁸.

Infine, sul quarto punto, la Corte esclude che i decreti attuativi adottati sulla base di una procedura incostituzionale siano automaticamente incostituzionali. Difatti, “le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.

In ordine a ciascuno di questi punti la pronuncia merita un breve approfondimento e, come vedremo, suscita perplessità.

di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo. Là dove, tuttavia, il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all’intesa. Quest’ultima si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l’attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell’art. 76 Cost. Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest’ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l’essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze”.

⁷ Così il Consiglio di Stato, nel parere richiesto dall’Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione in ordine agli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016 (Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83).

⁸ Secondo la Corte, difatti, “solo l’intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento”.

3. *Sull'interesse a ricorrere e sul regime dei decreti attuativi*

Incominciamo con il primo e il quarto elemento della *ratio decidendi*, che meritano un esame congiunto, perché si collegano, peraltro contraddicendosi.

La Corte, come anticipato, ha riconosciuto la sussistenza dell'interesse della Regione Veneto ad impugnare le disposizioni di una legge delega, appellandosi ad un proprio costante orientamento⁹. Tuttavia, da un lato, l'orientamento invocato dalla Corte, che risale al 1990, rappresenta a sua volta un discutibile *revirement* rispetto alla giurisprudenza costituzionale antecedente, affermata negli anni '70 del secolo scorso. Dall'altro lato, soprattutto, è dubbio che la sentenza n. 251 del 2016 abbia applicato in modo coerente l'orientamento emerso nel 1990.

Vi fu un tempo – forse felice – nel quale la Corte costituzionale affermava che “la legge di delegazione legislativa è soltanto fonte di un potere governativo, ha valore preliminare e, per non essere legge materiale interessante la Regione, dovrà essere integrata dall'atto di esercizio della delegazione. Il suo controllo di legittimità è strumentale a quello relativo alla legittimità della legge delegata; non può essere cioè promosso come fine a sé stante, tanto più che non si può escludere in via di fatto che il termine della delegazione trascorra inutilmente”¹⁰. Come ebbe limpidamente a osservare Crisafulli, “trattandosi di norme ad efficacia differita, si è tratta la logica conseguenza che alle Regioni non è dato ricorrere davanti alla Corte costituzionale in via diretta contro una legge di delega finché questa non abbia ricevuto attuazione, per la inidoneità della sola legge delegante ad invadere le altrui sfere di competenza”¹¹.

L'insegnamento di Crisafulli era uno di quelli in grado di resistere alla sfida del tempo – *standing the test of time*, direbbe Lord Justice Laws. Ma, appunto nel 1990, la Corte ha deciso di abbandonarlo, increspando la propria giurisprudenza. Nella sostanza, la Corte costituzionale ha preso ad affermare

⁹ Così, sul punto la sentenza n. 251 del 2016: “Questa Corte ha, già da tempo, riconosciuto che la legge di delegazione, in quanto atto avente forza di legge, non si sottrae, ai sensi dell'art. 134 Cost., al controllo di costituzionalità in via principale, di cui può divenire oggetto, quando sia possibile riscontrare una lesione dell'autonomia regionale (sentenza n. 224 del 1990; e, fra le altre, sentenze n. 205 del 2005, n. 50 del 2005 e n. 359 del 1993)”.

¹⁰ C. Cost. n. 111 del 1972; nello stesso senso, n. 91 del 1974.

¹¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, 1984, p. 86.

che, quando i criteri direttivi assurgono a “ipotesi normative sufficientemente precise e tali da poter dar luogo ad effettive lesioni delle competenze regionali”, allora “non si può contestare che le regioni (o le province autonome) abbiano interesse a ottenere una pronuncia d’illegittimità costituzionale delle norme di delegazione e a impedire, quindi, che siano adottati decreti legislativi conseguentemente invalidi e ulteriormente lesivi delle proprie competenze, così non si può non sottolineare che sarebbe profondamente irragionevole ritenere che questa Corte non possa eliminare tempestivamente eventuali illegittimità costituzionali, ma debba attendere che i relativi vizi siano riprodotti o, addirittura, ampliati nei successivi decreti delegati”¹². In tal modo è divenuta una questione interpretativa, talora difficile e opinabile, stabilire di volta in volta se una determinata disposizione sia un mero criterio direttivo di delega o anche una “ipotesi normativa sufficientemente precisa”, tale da determinare una immediata lesione delle competenze regionali. Al proposito, la Corte costituzionale ha individuato il seguente *test*, esplicitato ad esempio nella sentenza n. 278 del 2010: la lesione non sussiste “ogni volta che il legislatore delegante abbia determinato principi e criteri direttivi tali da consentire al Governo l’esercizio della funzione legislativa in modo conforme a Costituzione”¹³.

¹² C. Cost. n. 224 del 1990.

¹³ Anche di questo *test* si potrebbe peraltro discutere. Se è vero che la possibilità di esercizio non lesivo della delega esclude l’attualità della lesione, allora non si vede perché questa non sia esclusa anche dalla possibilità di mancato esercizio della delega, che per definizione non produce alcuna lesione ed è sempre astrattamente possibile. Probabilmente, il *test* più corretto dovrebbe essere allora un altro: la lesione sussiste solo se la previsione di delega è idonea a condizionare la sfera di competenza legislativa regionale *indipendentemente* dalla sua attuazione. Si tratterebbe, in altre parole di reinterpretare la più recente – e problematica – giurisprudenza costituzionale, nel senso che se una disposizione legislativa è sufficientemente precisa e dettagliata, tanto da determinare *ex se* una lesione delle competenze regionali, indipendentemente e a prescindere dal decreto delegato, allora essa è immediatamente impugnabile. Ma ciò non già perché sia impugnabile il *genus* delle leggi delega, bensì perché il contenuto di quella disposizione non si esaurisce in una delega. Le Regioni hanno interesse attuale a ricorrere, non già per evitare una futura ed eventuale lesione, o per eccitare un controllo preventivo di legittimità del decreto delegato (“impedire ... che siano adottati decreti legislativi conseguentemente invalidi e ulteriormente lesivi delle proprie competenze”), bensì perché la materia di competenza regionale viene ad essere immediatamente disciplinata da un principio legislativo statale già efficace e in grado di condizionare l’esercizio della potestà legislativa regionale. Se invece la disposizione legislativa è genuinamente un semplice criterio di delega, rivolto esclusivamente ad orientare, pur in modo puntuale e dettagliato, l’esercizio del potere legislativo delegato al governo, senza però condizionare o limitare la potestà legislativa regionale indipendentemente e a prescindere

Ma, proprio alla luce del criterio indicato, la sentenza n. 251 del 2016 presenta profili di contraddizione. Per avvedersene, è sufficiente prendere in esame il quarto elemento della sua *ratio decidendi*. La Corte afferma, come già accennato, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale, per ragioni procedurali, della legge delega, non si estende automaticamente ai decreti delegati adottati in base ad essa, essendo invece necessario verificare, nei successivi giudizi di legittimità costituzionale, eventualmente instaurati in riferimento alle norme delegate, “l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.

Con questa affermazione, la Corte evidentemente riconosce che vi possa essere una attuazione legittima, o comunque non lesiva, della delega oggetto di censura. E dunque, secondo gli stessi precedenti che la Corte richiama, la Regione non poteva aver interesse a impugnare una delega che “consent[er]e al Governo l’esercizio della funzione legislativa in modo conforme a Costituzione”¹⁴. Delle due l’una. O la Corte ritiene che la delega non consenta un esercizio della stessa conforme a Costituzione: e allora non si comprende l’utilità di rimandare l’accertamento della “effettiva lesione” delle competenze regionali a futuri giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto i decreti delegati. Oppure la Corte ritiene che la delega consenta invece al Governo un esercizio conforme a Costituzione, ad esempio mediante acquisizione dell’intesa sul piano procedurale, oppure mediante adozione di norme non lesive sul piano sostanziale. In tali casi, il decreto delegato sarebbe legittimo. Ma allora sarebbe anche evidente la carenza di interesse della Regione ad impugnare la delega, per difetto di attualità della lesione. Del resto, sarebbe paradossale immaginare la sussistenza dell’interesse della Regione alla caducazione di una legge delega attuata con un decreto delegato non lesivo delle competenze regionali e magari adottato anche in modo proceduralmente corretto.

dall’approvazione del decreto delegato, allora manca l’attualità della lesione, non potendo questa ravvisarsi nel pericolo di una futura invasione della sfera di competenza regionale, secondo l’insegnamento di Crisafulli.

¹⁴ Rileva analoghe contraddizioni MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *GDA*, 2016, p. 705 ss, secondo cui “se la lesione fosse stata certa, la Corte avrebbe dovuto affermare l’illegittimità costituzionale dei decreti legislativi (considerandoli caducati ovvero annullandoli in applicazione dell’art. 27 della l. 11 marzo 1953 n. 87). Invece ha affermato che essi mantengono i loro effetti, ritenendo possibile che essi non violino la Costituzione”.

4. *L'intreccio di competenze e il suo oggetto*

La riforma Madia esprime senza dubbio una visione olistica di riforma, che tende ad investire l'intero universo delle amministrazioni pubbliche, includendo nel disegno anche quelle regionali e locali. Non è sorprendente, pertanto, che questa concezione riformatrice abbia dato luogo a discipline che incidono sul sistema delle autonomie, stabilendosi un rapporto di tensione con la disciplina costituzionale sul riparto di competenze legislative introdotta nel 2001, la quale è, a un tempo, marcatamente autonomista e scarsamente cooperativa. Ciò è vero, in particolare, per la disciplina di riforma in materia di lavoro pubblico, e, soprattutto, di dirigenza. L'idea di fondo di queste riforme implica una spinta accentratrice, anche sul piano dell'organizzazione amministrativa, perché concepisce il personale pubblico come risorsa al servizio del sistema amministrativo complessivamente inteso, prevedendosi fra l'altro la costituzione di un sistema nazionale della dirigenza pubblica, con sistema di reclutamento accentrato, ampia mobilità dei dirigenti nell'ambito dell'intero perimetro della pubblica amministrazione, disciplina uniforme e "concorsualizzata" del conferimento degli incarichi dirigenziali.

Ciò premesso, appare indebita ed eccessiva la conclusione cui è giunta la Corte costituzionale, secondo la quale la attuazione del disegno di riforma prefigurato dalla legge delega comporterebbe, in tutti i settori considerati dalla pronuncia (lavoro pubblico, dirigenza pubblica, società pubbliche, servizi pubblici) e con riferimento a ciascun criterio di delega, un intreccio inestricabile di diversi titoli di competenza legislativa statale e regionale, con conseguente applicazione del principio di leale collaborazione quale condizione di legittimità dell'intervento statale.

La Corte ha difatti utilizzato una particolare tecnica di giudizio, riferendo le questioni di legittimità costituzionale non già a singole previsioni di delega, ma, come ha osservato il Consiglio di Stato in un recente parere, per "ambiti generali"¹⁵. In altre parole, la Corte ha riferito unitariamente e complessivamente le questioni di legittimità costituzionale a tutti i criteri di delega relativi a ciascun settore dalla stessa interessato, sul discutibile presupposto che i criteri di delega relativi allo stesso settore fossero fra loro avvinti

¹⁵ Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83 (parere richiesto dall'Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione in ordine agli adempimenti da compiere a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016).

da vincoli di connessione talmente intensi da far ritenere le singole previsioni normative fra loro inscindibili, nel senso di non attribuibili, singolarmente considerate, a distinti titoli di competenza legislativa.

La Corte si è così domandata se la disciplina di delega censurata, complessivamente intesa per ciascun settore di intervento, potesse ascriversi alla competenza esclusiva dello Stato o delle Regioni, anche secondo un criterio di prevalenza, ovvero determinasse, in virtù del collegamento inscindibile più sopra richiamato, un “inestricabile intreccio” di titoli di competenza statali e regionali, che può essere sciolto mediante l’esercizio della competenza statale, ma nel rispetto del principio di leale collaborazione. E, come ha anticipato, la Corte è pervenuta sempre alla stessa conclusione: la sussistenza di un “concorso di competenze inestricabilmente connesse”.

Si tratta di un approccio discutibile per almeno due ragioni.

La prima è che vi sono numerosi criteri di delega la cui attuazione potrebbe avvenire in modo autonomo senza minimamente coinvolgere, alla luce delle regole di riparto elaborate dalla stessa Corte costituzionale, le competenze regionali. Si pensi, nel settore del lavoro pubblico, a mero titolo di esempio, all’art. 11, co. 1, lett. n), che riguarda la retribuzione dei dirigenti; oppure all’art. 17, co. 1, lett. o), in tema di disciplina delle forme di lavoro flessibile ammesse nel settore pubblico; o, ancora, allo stesso art. 17, co. 1, lett. s), in materia di responsabilità disciplinare. In tutti questi casi, si tratta di profili “relativi al rapporto di lavoro privatizzato”, che spettano pacificamente alla potestà esclusiva dello Stato e potrebbero essere attuati in modo autonomo, anche in assenza di attuazione degli altri e senza dar luogo ad alcun “intreccio”. Analogamente, nel settore delle società partecipate, molti criteri di delega – anzi la maggior parte – identificano profili di disciplina pacificamente ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale, pure richiamata dalla sentenza n. 251 del 2016, alla potestà esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile o di tutela della concorrenza: ad esempio, il criterio che richiede la previsione di “condizioni e limiti” per il ricorso al modello della società partecipata da parte delle amministrazioni pubbliche, in modo da ricondurlo entro il “perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti”¹⁶, riguarda un ambito a più riprese assegnato

¹⁶ Art. 18, co. 1, lett. b), l. n. 124 del 2015: “ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l’assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro

dalla giurisprudenza costituzionale alla materia della tutela della concorrenza¹⁷. Considerazioni simili valgono, infine, anche per la materia dei servizi pubblici locali, nella quale è addirittura la stessa sentenza n. 251 del 2016 a riconoscere che vi sono criteri di delega la cui attuazione appartiene esclusivamente alla competenza legislativa dello Stato, come l'art. 19, co. 1, lett. b), che “attiene alla soppressione dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza”, o lettera g), “inerente alla definizione dei regimi tariffari”. E tuttavia la Corte, come anticipato, ritiene che queste previsioni di delega siano collegate ad altre, la cui attuazione spetta invece al legislatore regionale, in quanto tutte “funzionali al progetto di riordino dell'intero settore dei servizi pubblici locali di interesse economico generale”. Le diverse norme della delega in tale settore “risultano inscindibili l'una dall'altra, inserite come sono in un unico progetto”.

Si tratta di un approccio che non può essere condiviso e che conduce a conseguenze estreme, facendo dipendere la legittimità costituzionale di una disposizione legislativa dalla sede in cui essa è collocata. Se una previsione di delega, la cui attuazione spetta chiaramente alla potestà statale, si inserisce in un progetto complessivo di riordino di un settore normativo, ponendosi a fianco di altre previsioni che incidono su ambiti di competenza regionale, allora si verifica un effetto di attrazione: il Governo deve negoziare con le Regioni l'attuazione anche di quella previsione, che invece potrebbe attuare unilateralmente se fosse inserita, da sola, in una delega autonoma. Si giungerebbe così a ritenere uno stesso criterio di delega legittimo oppure illegittimo a seconda che esso si collochi in una delega più ampia o meno ampia: il Parlamento potrebbe delegare il Governo a riformare – senza intese – la responsabilità disciplinare del personale regionale, ma non potrebbe farlo se, nella stessa più generale delega di riforma del pubblico impiego, inserisse anche altri criteri, in tema ad esempio di concorsi pubblici.

dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere”

¹⁷ Cfr. ad esempio C. Cost. n. 229 del 2013, che ha attribuito alla potestà esclusiva in materia di tutela della concorrenza le disposizioni legislative “dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale ... al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza”.

Vi è poi, come detto, una seconda ragione per la quale l'approccio seguito dalla Corte suscita perplessità. L'intreccio di competenze viene riferito ai criteri di delega in sé considerati, anziché a quegli stessi criteri, ma nella sola parte in cui sono suscettibili di applicarsi anche alle Regioni. La Corte ha annullato, per le ragioni procedurali che fra breve si esporranno, ad esempio, praticamente tutti i criteri direttivi in tema di dirigenza ("art. 11, co. 1, lettere a), b), numero 2, c), numeri 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e co. 2"), senza limitare l'effetto di annullamento alla sola parte in cui essi siano riferibili alla dirigenza regionale. Quasi che si ritenga lesivo delle competenze regionali, ad esempio, anche l'introduzione di un concorso unico, di un ruolo unico e di procedimenti di conferimento degli incarichi per la dirigenza dello Stato. Ma è evidente che, in tema di dirigenza statale, nessun intreccio di competenze è dato rinvenire, rientrando nella potestà esclusiva dello Stato tanto i profili lavoristici quanto quelli organizzativi della disciplina. Analogamente, anche nel caso della delega sulle partecipate, la pronuncia della Corte ha riferito l'effetto di invasione delle competenze regionali ai criteri di delega in sé considerati, senza circoscrivere tale effetto alla sola parte in cui tali criteri sono suscettibili di applicarsi anche alle società partecipate regionali. Ad esempio, il criterio di cui all'art. 18, co. 1, lett e), che prevede "la razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi" non ha alcuna incidenza sulle competenze regionali nella parte in cui venga attuato per le partecipazioni azionarie delle amministrazioni statali. E tuttavia la sentenza n. 251 anche su questo punto non distingue, coinvolgendo l'intero criterio di delega nella dichiarazione di illegittimità costituzionale del procedimento previsto per la relativa attuazione.

L'osservazione non è formale e si ricollega anche a quanto detto in precedenza a proposito dell'interesse a ricorrere. Un criterio di delega che si riferisce anche, ma non solo, alla dirigenza regionale, è suscettibile di essere attuato in modo parziale, ad esempio limitatamente alla dirigenza statale e, in tal caso, il decreto delegato è certamente legittimo, anche in assenza del coinvolgimento delle regioni. La semplice possibilità di una simile attuazione, parziale e legittima, conferma il difetto di attualità della lesione ad opera della legge delega, dato che è configurabile un esercizio non lesivo della stessa. E il sindacato a valle sul decreto delegato, anziché a monte sul criterio di delega, avrebbe consentito di eliminare quelle sole disposizioni legislative

statali effettivamente lesive della competenza regionale, conservando, invece, le disposizioni sulla dirigenza statale, le quali sono state inutilmente coinvolte in una dichiarazione di illegittimità costituzionale che non distingue, colpendo la delega nel suo complesso¹⁸.

5. *Leale collaborazione e procedimento legislativo: il revirement della Corte costituzionale*

Si giunge così al terzo elemento della *ratio decidendi* della sentenza n. 251 del 2016, che è anche quello decisivo, ai fini della soluzione di accoglimento prevalse.

La riforma del titolo V della Costituzione, intervenuta nel 2001, presenta due fondamentali difetti, largamente messi in luce dalla scienza giuridica e dalla stessa Corte costituzionale. Un sistema di riparto delle competenze rigido e complicato, fondato esclusivamente su una inderogabile distinzione di “materie”, le quali, tuttavia, non vivono mai, nel mondo reale, come reciprocamente isolate. E un sistema privo di efficaci meccanismi cooperativi, che consentano di superare, in sede di formazione delle leggi, la delimitazione degli ambiti di esercizio della potestà legislativa esclusiva dello Stato e delle Regioni quando quegli ambiti inevitabilmente si intersecano e sovrappongono.

Ciò ha dato luogo ad un eccesso di contenzioso costituzionale, che la Corte ha avuto il merito di comporre, rinvenendo creativamente, nel tessuto dei principi costituzionali, originali soluzioni, volte a rimediare alle lacune

¹⁸ Considerazioni in parte simili si ritrovano nel citato parere del Consiglio di Stato (Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83), che rileva come la Corte abbia utilizzato “una tecnica di giudizio, fondata sul bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, che impedisce di individuare, se non per ambiti generali, la specifica disposizione ritenuta non conforme al sistema di riparto delle funzioni legislative. In particolare, la Corte ha riportato, in sintesi, l'intero contenuto dei decreti legislativi per poi rilevare come una parte di esso fosse riconducibile ad ambiti materiali di competenza statale e un'altra parte ad ambiti materiali di competenza regionale ...”. Da ciò il Consiglio di Stato trae come conseguenza il suggerimento al Governo, in sede di decreti correttivi, di riferire l'intesa non già alle “sole norme lesive delle competenze regionali”, bensì al “decreto nel suo complesso”, incluse dunque le norme che rientrano pacificamente nella competenza esclusiva del legislatore statale. Conseguenza abnorme, ma suggerimento saggio: visto che la Corte ha colpito senza discriminare, non sarebbe prudente, da parte del Governo, una sanatoria selettiva.

del testo della Costituzione. In assenza di meccanismi di flessibilità espressamente riferiti all'esercizio della funzione legislativa, la Corte ha innanzitutto fatto tesoro della flessibilità prevista per la funzione amministrativa. Donde la c.d. "attrazione in sussidiarietà" allo Stato della funzione amministrativa e, con essa, della funzione legislativa che la regola e disciplina¹⁹. La Corte ha poi somministrato ulteriori iniezioni di flessibilità al sistema, ad esempio, per quel che qui rileva, per effetto della giurisprudenza che ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore statale anche in casi di c.d. "intreccio" di competenze, cioè in quei casi, peraltro assai frequenti, in cui "vengono in rilievo competenze eterogenee, alcune delle quali di stretta spettanza esclusiva statale, altre a vario titolo attribuite alle Regioni e alle Province autonome ... [che] non si presentano separate nettamente tra di loro e sono, anzi, legate in un inestricabile intreccio ... senza che sia possibile identificarne una prevalente sulle altre dal punto di vista qualitativo o quantitativo"²⁰.

In tutti questi casi, la flessibilità non potrebbe però essere raggiunta semplicemente autorizzando lo Stato a "espropriare" le Regioni delle rispettive competenze legislative, costituzionalmente attribuite. L'intervento dello Stato, nelle ipotesi di attrazione in sussidiarietà, così come in quelle di intreccio o concorrenza di competenze, reclama una giustificazione e una compensazione, mediante opportune forme di coinvolgimento delle Regioni. La privazione di spazi sostanziali di regolazione autonoma deve convertirsi in diritto procedurale di partecipazione alla regolazione centralizzata.

La Corte ha più volte affermato, in proposito, l'esigenza urgente di una "trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi", quantomeno "nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3", che, come è noto, contempla l'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali. L'ideale, dunque, ad avviso della Corte, sarebbe una revisione costituzionale della struttura del Parlamento e del procedimento legislativo, per effetto della quale venissero previste procedure di approvazione delle leggi dello Stato con il coinvolgimento di organi rappresentativi delle autonomie. Ed è soltanto nella "perdurante assenza" di una siffatta trasformazione delle istituzioni rappresentative e delle procedure legislative, che

¹⁹ Si tratta di giurisprudenza consolidata a partire da C. Cost. n. 303 del 2003.

²⁰ C. Cost. n. 1 del 2016, che conferma un indirizzo costante.

evidentemente la Corte ha considerato attingibile solo mediante procedura di revisione costituzionale, che la Corte stessa ha comunque stabilito che “la legislazione statale di questo tipo può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”²¹.

Il punto è chiaro. In assenza di una “trasformazione costituzionale” che modifichi la struttura del parlamento e del procedimento legislativo, la Corte non può introdurre essa stessa tale trasformazione, bensì solo pretendere che la legislazione statale “prefiguri un *iter*”, e non già sia adottata secondo un *iter*, improntato al principio di leale collaborazione e all’intesa con le Regioni. Del resto si tratta di una lettura esplicitata a più riprese dalla stessa Corte, che, prima della pronuncia qui presa in esame, era stata “costante nel ritenere che l’esercizio dell’attività legislativa sfugge alle procedure di leale collaborazione”, affermando anche in recentissime occasioni²² che “l’esercizio della funzione legislativa non è soggetto alle procedure di leale collaborazione ..., né tali procedure si impongono al procedimento legislativo, ove ciò non sia specificamente previsto”. Il fondamento di tale orientamento era ben espresso in una sentenza del 2001, relatore Onida, secondo cui il principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni non può “esser dilatato fino a trarne condizionamenti, non altrimenti riconducibili alla Costituzione, rispetto alla formazione e al contenuto delle leggi”²³. Insomma il principio di leale collaborazione non può condizionare la sfera di libertà del Parlamento, imponendo a quest’ultimo, in assenza di precise previsioni costituzionali, vincoli per l’esercizio o per la delega del potere legislativo, che non sono previsti, rispettivamente, dall’art. 70 e dall’art. 76 Cost.

Fino alla sentenza n. 251 del 2016, dunque, in casi di concorrenza di competenze, la Corte costituzionale aveva sempre imposto il principio di leale collaborazione, nella forma dell’intesa, soltanto in ordine all’esercizio delle funzioni amministrative. In questa prospettiva si era espresso anche il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto delegato in tema di dirigenza, suggerendo di rafforzare l’intesa con la Conferenza Stato-Re-

²¹ C. Cost. n. 6 del 2004.

²² C. Cost. n. 65 del 2016.

²³ C. Cost. n. 437 del 2001.

gioni, sia qualificandola espressamente come intesa forte, con necessità di reiterate trattative per superare il dissenso, sia estendendone l'ambito di applicazione ad ulteriori profili di attuazione amministrativa della nuova disciplina legislativa. Tali suggerimenti del Consiglio di Stato erano stati in effetti recepiti nel testo del decreto sulla dirigenza approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri.

Ma poche ore dopo è sopravvenuta la sentenza n. 251 del 2016, la quale, “in senso evolutivo rispetto alla giurisprudenza precedente”, come la Corte stessa ha riconosciuto nella sintesi della sentenza, pubblicata sul proprio sito istituzionale, ha affermato che quando si tratti di “riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa ... anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost.”.

Si tratta di un importante *revirement* nella giurisprudenza della Corte, che smentisce quanti hanno qualificato la pronuncia in esame come “sentenza annunciata”²⁴ e deve essere valutato in rapporto ai suoi effetti, in rapporto alle sue giustificazioni e in rapporto alle sue più generali implicazioni.

6. Gli effetti del *revirement* sui decreti attuativi della riforma amministrativa

Gli effetti della pronuncia della Corte sulle riforme amministrative risultano assai diversificati, in ragione del diverso stato di avanzamento del percorso di approvazione dei decreti attuativi delle disposizioni di delega censurate al momento del deposito della sentenza stessa.

Per quanto riguarda i decreti a quella data già adottati, in materia di dirigenza sanitaria (d.lgs. n. 171 del 2016), licenziamento disciplinare (d.lgs. n. 116 del 2016) e società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175 del 2016), il Consiglio di Stato, interpretando in modo condivisibile la pronuncia della Corte, ha chiarito che essi “restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente” e che, nel frattempo, il Governo potrebbe agevolmente sanare il vizio procedurale della legge delega. A tal fine, sarebbe sufficiente che “il Governo adotti decreti correttivi che

²⁴ POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 25.

intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso”. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, “il decreto correttivo può svolgere una funzione di sanatoria di tale vizio procedimentale, facendo confluire nel decreto originario la portata dell'intesa di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 281 del 1997: a tal fine, il decreto deve riportare integralmente l'intesa raggiunta”. Dunque, il Governo acquisisce l'intesa sul correttivo, che, facendo proprio il contenuto del decreto originario, ne sana anche il vizio procedurale²⁵.

Molto diversa, e assai più sfortunata, la sorte dei decreti che, al momento del deposito della sentenza, erano a un passo dall'approvazione definitiva, ma anche dalla scadenza del termine per l'esercizio della delega: ci si riferisce alla riforma dei servizi pubblici locali e della dirigenza pubblica. Per quest'ultimo decreto, in particolare, il deposito della sentenza (25 novembre) è avvenuto dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei ministri (24 novembre), ma prima della emanazione da parte del Presidente della Repubblica e a due giorni dalla data di scadenza della delega (26 novembre). Il Presidente della Repubblica non ha potuto firmare un decreto adottato secondo una procedura dichiarata illegittima dalla Corte. E il Governo non ha potuto correggere la procedura di adozione del decreto, né prima né dopo il deposito della sentenza. La delega è così scaduta e la riforma della dirigenza è naufragata. Il successivo esito del referendum costituzionale e la crisi di governo hanno poi creato un contesto politico che rende poco probabile un

²⁵ Si pone, al riguardo, il problema dell'oggetto dell'intesa: deve questa essere acquisita sull'intero decreto legislativo originario, oppure solo sulle disposizioni che sostanzialmente ledono la competenza legislativa regionale? La prima soluzione è stata raccomandata, per ragioni di opportunità, dal Consiglio di Stato a causa della difficoltà di “identificare con certezza le disposizioni attuative suscettibili di essere coinvolte in un eventuale futuro giudizio di costituzionalità”, perché la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha riguardato la legge delega (e non il decreto legislativo) e secondo una tecnica di giudizio che – come si è messo in evidenza nel testo – “impedisce di individuare, se non per ambiti generali, la specifica disposizione ritenuta non conforme al sistema di riparto delle funzioni legislative”. Tuttavia, da un punto di vista strettamente giuridico, la stessa sentenza n. 251 del 2016 ha chiarito che gli effetti invalidanti della stessa non colpiscono automaticamente tutte le disposizioni dei decreti attuativi, per le quali occorre “accertare” la effettiva lesione delle competenze regionali. Se ne dovrebbe dedurre che le disposizioni dei decreti attuativi, che disciplinano chiaramente aspetti di competenza esclusiva dello Stato, sono legittime, anche se adottate senza intesa della Conferenza Stato-Regioni, e, quindi, anche se il Governo non riferisse ad esse il decreto correttivo “sanante” adottato previa intesa.

recupero del naufrago, mediante una nuova delega o, come suggerirebbe il Consiglio di Stato per ragioni su cui si dovrà tornare, mediante un disegno di legge che faccia propri i contenuti del decreto abortito.

La sentenza n. 251 del 2016 ha così avuto effetti tutto sommato modesti per i decreti già adottati ed effetti dirompenti per quelli che stavano per esserlo. Il governo ne potrebbe trarre la seguente morale: se ti affidano una delega illegittima, allora affrettati ad attuarla!

7. *Le giustificazioni del revirement*

Si è già detto che la logica del rispetto del precedente non esclude il cambiamento, ma richiede di motivarlo: *change has to be justified*.

La sentenza n. 251 del 2016 opera un grande cambiamento, offrendo una piccola giustificazione²⁶: l'intesa – secondo la Corte – “si impone, dunque, quale cardine della leale collaborazione anche quando l’attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell’art. 76 Cost. Tali decreti, sottoposti a limiti temporali e qualitativi, condizionati quanto alla validità a tutte le indicazioni contenute non solo nella Costituzione, ma anche, per volontà di quest’ultima, nella legge di delegazione, finiscono, infatti, con l’essere attratti nelle procedure di leale collaborazione, in vista del pieno rispetto del riparto costituzionale delle competenze”.

Si tratta di un sillogismo, che presuppone l’equivalenza fra il concetto di “attuazione della legge” come esercizio di funzione amministrativa e il concetto di “attuazione della legge (delega)” come esercizio delegato della funzione legislativa. Una volta stabilita, e accettata, questa equazione, il sillogismo effettivamente fila: a) l’intesa è necessaria per l’attuazione di disposizioni legislative statali che incidono su competenze statali e regionali inestricabilmente connesse; b) anche il decreto legislativo è attuazione delle disposizioni legislative contenute nella legge delega; c) quindi l’intesa è necessaria anche per l’adozione di un decreto legislativo. Ma certo l’attrazione

²⁶ La sostanziale assenza di motivazione sorprende non solo in rapporto ai numerosi precedenti in senso opposto, ma anche in rapporto al ricorso introduttivo del giudizio costituzionale, il cui *petitum*, come è stato notato, “non consisteva affatto in una richiesta di intesa nel procedimento di formazione dei decreti”. La Corte quindi è andata “oltre la domanda formulata dal ricorrente” (Così D’AMICO, *op. cit.*).

dell'esercizio delegato della funzione legislativa nella sfera dell'amministrazione²⁷, ed eventualmente il suo contestuale allontanamento dalla sfera dell'esercizio (non delegato) della funzione legislativa, suscita perplessità sul piano sistematico e determina rilevanti implicazioni costituzionali.

8. *Le implicazioni del revirement*

Si tratta di trasformazioni dell'assetto costituzionale così importanti che non possono essere qui esaminate in modo approfondito. Può solo accennarsi ad alcuni problemi, che derivano dai nuovi vincoli costituzionali, che vengono a gravare sul Parlamento, il quale, in determinate materie, non può più delegare l'esercizio della funzione legislativa al solo Governo, dovendo invece includere fra i destinatari della delega anche un organo non menzionato dalla Costituzione, quale la Conferenza Stato-Regioni.

Si pone, innanzitutto, il problema di capire se anche il Parlamento stesso, quando legifera nelle stesse materie, ma senza delegare il Governo, debba acquisire l'intesa della Conferenza Stato-Regioni. Se così fosse, verrebbe sostanzialmente modificato, per effetto di una interpretazione costituzionale combinata con le norme del titolo V, anche l'art. 70 Cost., inserendosi la Conferenza Stato-Regioni nel procedimento legislativo ordinario, in modo analogo a come avrebbe dovuto inserirsi in esso il nuovo Senato, se la riforma costituzionale avesse superato il referendum del 4 dicembre. Tale ipotesi, tuttavia, non pare trovare conferma nelle motivazioni della sentenza n. 251 del 2016 ed essa si scontrerebbe anche con difficoltà di ordine pratico. La sentenza della Corte impone espressamente il vincolo dell'intesa al solo procedimento di adozione del decreto delegato (come detto nel presupposto che esso sia attuazione di legge) e non anche alla legge parlamentare. E come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere più volte citato, "apparirebbe problematico individuare per il Parlamento vincoli procedurali diversi e ulteriori rispetto a quelli tipizzati dalla Carta costituzionale". Inoltre, sul piano pratico, sarebbe difficile per il Parlamento acquisire l'intesa, salvo immaginare che sia imposto ai singoli membri dell'Assemblea legislativa di approvare o

²⁷ Lo rileva puntualmente D'AMICO, *op. cit.*, il quale osserva che "il decreto legislativo viene degradato al rango di un qualsiasi atto amministrativo, svincolando la sua natura di atto avente forza di legge".

non approvare, senza emendarlo, il testo del disegno di legge su cui è stata raggiunta l'intesa (ma *quid iuris* in caso di iniziativa parlamentare?), oppure che l'intesa divenga condizione di efficacia della legge approvata dal Parlamento.

Ma una volta che si scarti l'ipotesi dell'obbligo di acquisire l'intesa della conferenza Stato Regioni da parte del Parlamento, quando questo legifera senza delegare, i problemi comunque rimangono.

Delle due l'una. O si ritiene che l'unico modo a disposizione dello Stato per legiferare in casi di "concorrenza di competenze" sia l'uso dello strumento della delega, con conseguente decreto delegato assunto previa intesa della Conferenza Stato-Regioni. Ma allora si avrebbe un paradosso: il Parlamento non potrebbe fare direttamente (incidere unilateralmente su materie su cui insistono diversi titoli di competenza esclusiva inestricabilmente connessi) ciò che esso potrebbe invece delegare al Governo, sia pur a condizione che questo acquisisca l'intesa Stato-Regioni. Oppure si ritiene che il Parlamento possa legiferare unilateralmente e senza intesa, non potendo trasferire un analogo potere al Governo. Ma allora si verificherebbe l'effetto opposto, svalutandosi il ruolo della delega legislativa. E forse non è un caso che il Consiglio di Stato abbia suggerito, per riprendere il cammino della riforma della dirigenza pubblica, interrotto dalla sentenza della Corte, la strada del disegno di legge, anziché quella di una nuova legge delega. In ogni caso, resterebbe l'anomalia di un assetto nel quale lo Stato può o non può dettare, in via unilaterale, la disciplina di determinate materie, a seconda del tipo di procedura legislativa adottata²⁸.

9. Conclusioni

La vicenda della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale illustra un doppio paradosso.

Primo: il cambiamento giurisprudenziale della Corte ha avuto l'effetto di bloccare il cambiamento amministrativo del Governo. Ciò, per verità, anche in ragione di circostanze curiosamente contingenti, relative ai tempi

²⁸ Insiste criticamente su questa anomalia MARSHALL, *op. cit.*, p. 706 ss. Nello stesso senso anche D'AMICO, *op. cit.*: "perché mai la necessità del ricorso all'intesa dovrebbe venir meno nel caso di una legge ordinaria, anziché di un decreto legislativo?".

di deposito della sentenza. Queste hanno determinato un cortocircuito istituzionale, di cui è rimasta vittima una parte importante del disegno di riforma amministrativa: la riforma della dirigenza pubblica, anche nella parte più rilevante, applicabile cioè alle amministrazioni statali, per nulla investita dalla sostanza delle censure di legittimità costituzionale, tutte riferite alla lesione della competenza legislativa delle Regioni in materia di dirigenza regionale; la riforma dei servizi pubblici locali, in ordine alla quale il Consiglio di Stato ha ad esempio sottolineato l'importanza dei "positivi effetti economici, ambientali e sociali che l'avvio di una regolazione indipendente per il settore dei rifiuti avrebbe potuto, potrebbe ancora, e dovrebbe apportare al sistema Paese"²⁹; la stessa riforma del lavoro pubblico, rispetto alla quale la prospettiva di dover negoziare con le Regioni la riscrittura dell'intero *corpus* normativo già consolidatosi e bisognoso di una operazione di riordino e sistematizzazione, sembra aver indotto il Governo a rinunciare al progetto più ambizioso per concentrarsi su innovazioni normative più specifiche e circoscritte³⁰.

Secondo: il cambiamento amministrativo, di fonte legislativa, è stato arrestato da una pronuncia giurisdizionale, che a sua volta ha dato luogo ad un rilevante cambiamento costituzionale. La sentenza n. 251 del 2016, per certi versi, attribuisce alla Conferenza Stato-Regioni una funzione non troppo dissimile rispetto a quella che le riforme costituzionali avrebbero inteso attribuire ad un rinnovato Senato delle autonomie, cioè la necessaria partecipazione delle rappresentanze regionali e locali al procedimento legislativo statale che incida sulla loro sfera di autonomia. Può dirsi che tale sentenza sia l'unica riforma costituzionale che abbia avuto successo, anche perché non è stata sottoposta a *referendum*.

²⁹ Cons. St., Adunanza della Commissione speciale del 9 gennaio 2017, n. 83.

³⁰ Come osserva MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in corso di pubblicazione: "per le deleghe ancora da esercitare, come quella per il nuovo testo unico sul lavoro pubblico, si profila un esercizio minimale e si allontana l'obiettivo del riordino normativo. Per una seria operazione di riordino normativo, occorre sostituire il testo unico vigente, invecchiato e appesantito (oltre che incompleto fin dal principio) con uno nuovo, con una diversa sistematica. Ma questo significa riversare tutta la disciplina contenuta nell'attuale testo unico, e molte altre norme vigenti, nel nuovo testo, che a questo punto deve ottenere l'intesa in conferenza. Ciò significa, per il Governo, dover negoziare tutte le disposizioni già vigenti in materia, per lo più rientranti nella materia dell'ordinamento civile e approvate senza il consenso delle regioni e degli enti locali. È inevitabile che il Governo abbia la tentazione di rinunciare al riordino normativo, per non metterle in discussione".

Il che conferma una tendenza in corso. Il processo decisionale politico fatica a partorire riforme amministrative, elettorali, costituzionali, lasciando che siano le corti a divenirne arbitri, e non di rado artefici. La Corte costituzionale è oggi il cuore della vita pubblica italiana. Essa decide, interpretando e talora integrando il testo costituzionale, quali riforme amministrative passano; con quali regole elettorali si può votare; con quali procedure il Parlamento debba coinvolgere le Regioni nell'esercizio della funzione legislativa. Una simile concentrazione di potere nelle mani della Corte impone di sottoporre ad un esame critico più serrato e stringente le manifestazioni del suo crescente *judicial activism*. Si tratta di una esigenza più avvertita in paesi maggiormente abituati a riconoscere il ruolo creativo del giudice e, quindi, a controllarlo, ad esempio con il principio di *horizontal stare decisis*. Quell'esigenza è invece maggiormente sottovalutata nei sistemi che restano ancorati al mito del giudice che applica la legge, o la Costituzione. Tali sistemi assumono prevalentemente la prospettiva della statica giurisdizionale, preoccupandosi della coerenza di ciascuna singola e puntuale decisione rispetto alle premesse normative. Ma sovente trascurano di considerare che l'attività delle corti è un flusso, ha una dinamica, richiede coerenza fra ciascuna decisione e quelle che la precedono e seguono. La giurisprudenza costituzionale dovrebbe imitare le corti anglosassoni, ricercando quel "*general balance which the common law strikes between certainty and adaptability*". La sentenza n. 251 del 2016 ha fallito quest'opera di bilanciamento, sacrificando inutilmente la "calcolabilità del diritto", in nome di un cambiamento che poggia su premesse fragili e contraddittorie.

Anna Alaimo

La “Riforma Madia” al vaglio della Corte costituzionale. Leale collaborazione e intese possono salvare la riforma della pubblica amministrazione

Sommario: **1.** La sentenza n. 251/2016: brevi considerazioni di contesto politico-istituzionale. **2.** Censure, eccezioni di inammissibilità e risposte della Corte: una guida alla lettura della sentenza. **3.** Il principio di leale collaborazione applicato al procedimento legislativo delegato: pareri e intese (“deboli” e “forti”). **3.1** Leale collaborazione, intese e disciplina del lavoro. Come cambia la mediazione della Corte costituzionale con la sent. n. 251/2016. **4.** Cosa succede dopo la pronuncia della Corte? Il Parere del Consiglio di Stato sugli effetti della decisione della Consulta.

1. *La sentenza n. 251/2016: brevi considerazioni di contesto politico-istituzionale*

A meno di dieci giorni dal *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 e all'indomani dell'approvazione governativa di un nutrito pacchetto di decreti legislativi attuativi di deleghe previste dalla legge 7 agosto 2015 n. 124 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni*: cd. “legge Madia”)¹, la Corte costituzionale ha depositato la sentenza che ha di-

¹ Il Consiglio dei ministri, riunitosi il 24 novembre 2016, aveva approvato *in extremis* una nuova *tranche* di decreti legislativi attuativi della l. n. 124/2015 (la delega al Governo sarebbe scaduta dopo pochi giorni). Il pacchetto comprendeva: (1) il decreto di riordino della dirigenza; (2) il decreto contenente il Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale; (3) il decreto *per il riordino delle funzioni e del finanziamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura* (divenuto d.lgs. n. 219/2016); (4) il decreto contenente la *Individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti* (divenuto d.lgs. n. 222/2016, cd. decreto Scia); (5) il decreto recante *Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca* (divenuto d.lgs. n. 218/2016).

chiarato l'incostituzionalità di numerose disposizioni di delegazione contenute nella legge².

La decisione ha posto un freno all'avviata edificazione della riforma della pubblica amministrazione³, anche se i giudici costituzionali hanno tentato, con alcuni accorgimenti tecnici (v. *infra*, §§ 3 e 4), di mitigare gli effetti della pronuncia, al fine di non sottrarre slancio al progetto di riordino. Tutto ciò non ha impedito un rallentamento della riforma, soprattutto di alcune sue parti, *in primis* del Testo unico sul lavoro pubblico, la riforma più difficile da traghettare (visti gli stretti tempi di attuazione della delega) sulla sponda dell'esecutivo nominato dopo l'esito del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016⁴.

La Corte, prendendo in esame un ricorso presentato dalla Regione Veneto, ha infatti “bocciato” diverse disposizioni di delega della “legge Madia” (in materia di dirigenza pubblica, lavoro pubblico, servizi pubblici locali di interesse economico generale, società a partecipazione pubblica) – ritenute incostituzionali per violazione del principio di leale collaborazione (d'ora in poi: PLC) – “assolvendo” la sola norma di delega sul codice dell'amministrazione digitale e dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa agli oneri finanziari della riforma.

Già da queste prime battute è chiaro che la sentenza può essere considerata da diverse prospettive. La prima – politico-istituzionale – è già stata utilizzata in diversi commenti “a caldo”⁵ e verrà tralasciata in questa sede,

² Sent. 25 novembre 2016, n. 251 (rel. S. Sciarra), decisa il 9 novembre 2016.

³ Per un'introduzione generale alla riforma si vedano almeno i contributi di BARBIERI, BELLA VISTA; D'AURIA; REALFONZO, VISCIONE; ZOPPOLI L.; BORGOGELLI; GARILLI; VETTOR; D'ONGHIA sul d.d.l.A.C. n. 3098 e pubblicati sul fascicolo monografico della RGL, 2015, n. 3, I, p. 473 ss., e i diversi commenti alla l. n. 124/2015 pubblicati sul *Giorn. dir. amm.*, 2015, n. 5, p. 621 ss.

⁴ Nonostante alcune negative previsioni, secondo cui il nuovo Governo sarebbe stato sul punto di “dire addio” alla riforma del pubblico impiego (*T.U. Pubblico Impiego: il Governo pronto a dimezzare la riforma*, la *Gazzetta degli enti locali*, 11 gennaio 2017), la bozza di decreto sul nuovo Testo Unico dovrebbe ricevere, a breve, l'approvazione del Consiglio dei Ministri. Ulteriori rallentamenti ha subito la riforma delle società a partecipazione pubblica, dal momento che il nuovo Testo unico – entrato in vigore il 23 novembre 2016 – prevedeva una serie di adempimenti da realizzare entro termini predefiniti – il più importante dei quali era quello del 31 dicembre 2016 per l'adeguamento degli statuti – mentre non tutti gli enti locali hanno rivisto le loro partecipate, adeguandole alle previsioni del d.lgs. n. 175/2016 (sul punto v. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT.*, n. 319/2017).

⁵ MONTEMARANO, *La Riforma Madia travolta dalla Corte costituzionale*, in *GL*, 23 dicembre

benché non ci si possa esimere dal ricordare alcuni passaggi, utili per contestualizzare la pronuncia.

La sentenza è stata, infatti, depositata il 25 novembre 2016, mentre il termine per l'adozione di uno dei più attesi e importanti decreti delegati – quello sulla dirigenza pubblica – scadeva il 26 novembre 2016 (in virtù della proroga disposta dall'art. 11, c. 2, periodo 3, l. n. 124/2015)⁶.

Il decreto – approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri il 24 novembre 2016 – era, dunque, all'esame del Presidente della Repubblica e in attesa di emanazione al momento del deposito della sentenza, mentre in seguito alla decisione della Consulta è stato immediatamente ritirato dal Governo, assieme al decreto sui servizi pubblici locali d'interesse economico generale⁷.

Altri tre decreti coinvolti dalla pronuncia – il d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116 (riguardante il licenziamento disciplinare) e parzialmente attuativo della delega sul pubblico impiego prevista dall'art. 17); il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, contenente il “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*” e il d.lgs. 4 agosto 2016 n. 171, in materia di *dirigenza sanitaria* – erano già in vigore da qualche mese⁸ e, come si vedrà (§ 4), sono stati interessati dal punto 9 della decisione.

Infine, al tempo della pronuncia non circolava bozza del decreto contenente le nuove disposizioni sul lavoro pubblico, poiché i termini assegnati per l'esercizio della delega erano più ampi (18 mesi, anziché 12, ex art. 17, l. n. 124/2015) rispetto a quelli previsti per le altre “deleghe di semplificazione” contemplate dagli artt. 16 e ss.

La pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale è inoltre avvenuta il 30 novembre, e cioè a distanza di quattro giorni dal *referendum* costituzionale.

Se si considera la decisione della Consulta anche alla luce del successivo risultato referendario (la bocciatura popolare del d.d.l. cost. n. 2613-d), si può

2016, 14; v. anche l'intervista a CASSESE, *Così si depotenzia il Governo*, *il Mattino*, 26 novembre 2016.

⁶ Art. 11, c. 3, terzo periodo: “Se il termine previsto per il parere cade nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto al comma 1 o successivamente, la scadenza medesima è prorogata di novanta giorni”.

⁷ Sono queste le “norme interrotte” dalla sent. n. 251/2016 (G. NICOSIA, *Valutazione e responsabilità dei dirigenti: le norme interrotte e l'attesa del legislatore che verrà*, Relazione svolta al Seminario di studi di Bertinoro, Bologna, 12-13 dicembre 2016).

⁸ I dd. lgs. n. 116/2016, n. 171/2016 e n. 175/2016 erano entrati in vigore, rispettivamente, il 13 luglio 2016, il 18 settembre 2016 e il 23 settembre 2016.

certamente condividere l'impressione che i pochi giorni trascorsi dal 25 novembre al 4 dicembre abbiano segnato un recupero dell'impianto federalista della (immutata) Costituzione formale, impresso alla carta costituzionale dalla riforma del 2001⁹.

Da un punto di vista più generale, la sentenza mostra che la dialettica Stato-Corte si intensifica nei periodi, come l'attuale, in cui le contingenze economiche – che si traducono anche in esigenze di ammodernamenti e riforme in senso efficientista degli apparati pubblici¹⁰ – rendono lo Stato più “centralizzante”, in ragione della sempre più pressante esigenza di decisioni celeri da parte degli organi politici e, in particolare, dell'esecutivo¹¹, anche per via della continua e necessaria interfaccia con le istituzioni europee¹². In simili contesti, la Corte è costretta ad assumere un ruolo di garante degli equilibri istituzionali disegnati “sulla carta” e non sempre mantenuti nella prassi.

Se è vero, dunque, che il sistema politico non smette di oscillare “tra ispirazioni cripto-federaliste (...) e tentazioni semplificatrici incentrate su un neo-centralismo tutto da ri-sperimentare”¹³, è pur vero che la “riforma Madia” – come molte altre del Governo Renzi – aveva mosso i suoi primi passi (con la legge delega e i primi decreti attuativi) in un contesto istituzio-

⁹ MONTEMARANO, *La Riforma*, cit., 14.

¹⁰ REALFONZO, VISCIONE, *Costi ed efficienza dell'amministrazione pubblica italiana nel confronto internazionale*, in *RGL*, 2015, I, n. 3, p. 497.

¹¹ PICALARGA, *La leale collaborazione ancora di fronte alla Corte. Nota a Corte costituzionale, sent. n. 39 del 2013*, visionabile al sito <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 6.

¹² V. la *Raccomandazione del Consiglio sul Programma Nazionale di Riforma 2016 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2016 dell'Italia* [COM (2016) 332 del 18.5.2016] nella quale si legge che “La riforma della pubblica amministrazione è un passo importante che, se saranno adottati e attuati i necessari decreti legislativi, permetterà all'Italia di cogliere i benefici attesi in termini di maggiore efficienza e migliore qualità nel settore pubblico. Di particolare importanza per risolvere la cause profonde delle inefficienze sono i decreti legislativi sulle imprese di Stato e sui servizi pubblici locali, proposti dal governo a gennaio 2016, e l'imminente decreto sul pubblico impiego”. Il Consiglio raccomanda che l'Italia adotti provvedimenti nel 2016 e nel 2017 al fine di: “attuare la riforma della pubblica amministrazione adottando e applicando tutti i decreti legislativi necessari, in particolare in materia di riforma delle imprese pubbliche locali, servizi pubblici locali e gestione delle risorse umane; potenziare la lotta contro la corruzione riformando l'istituto della prescrizione entro fine 2016”. Sul nesso fra la “Riforma Madia” e il programma di stabilità dell'Italia, D'AURIA, *La riforma delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia* (n. 124/2015), in *RGL*, 2015, I, n. 3, p. 481 ss.

¹³ ZOPPOLI L., *Reclutamento e ruolo unico: filosofie organizzativo-istituzionali e tecniche regolative*, Relazione svolta al Seminario di studi di Bertinoro, Bologna, 12-13 dicembre 2016.

nale in cui il disegno di riorganizzazione amministrativa era strettamente connesso alla prospettiva della riforma costituzionale.

Nella dialettica Stato-Corte, la sentenza n. 251/2016 è invece fondata (e non poteva essere diversamente) sul vecchio impianto costituzionale e procede, anzi, in direzione di una sua valorizzazione¹⁴, imponendo, come meglio si vedrà, il rispetto del PLC anche all’esercizio della funzione legislativa.

2. *Censure, eccezioni di inammissibilità e risposte della Corte: una guida alla lettura della sentenza*

Ma vediamo quali sono state le censure mosse dalla Regione Veneto e quali le risposte della Corte costituzionale.

Come si legge nella sentenza, le disposizioni impugnate spaziavano “dalla cittadinanza digitale (art. 1)¹⁵, alla dirigenza pubblica (art. 11)¹⁶, dal lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 17)¹⁷, alle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche (art. 18)¹⁸, ai servizi pubblici locali di interesse economico generale (art. 19)¹⁹ e, proprio per questo, influivano su molteplici sfere di competenza legislativa anche regionale”. Venivano contestate, dunque: una delle “deleghe di semplificazione amministrativa” contenute nel capo I della l. n. 124/2015; la delega sulla dirigenza pubblica e sanitaria e, infine, le tre deleghe “di semplificazione della normativa” previste dagli artt. 16 e ss. in tre settori (lavoro pubblico; società partecipate; servizi pubblici locali d’interesse economico generale: SPL) nei quali il Governo veniva delegato ad adottare Testi Unici di riordino della normativa.

Le disposizioni di delega venivano impugate sotto un duplice profilo. La Regione ricorrente riteneva, innanzitutto, che le medesime non fos-

¹⁴ Ancora L. ZOPPOLI, *Reclutamento e ruolo unico*, cit.

¹⁵ Comma 1, lett. b), c) e g), e comma 2.

¹⁶ Comma 1, lett. a) b) numero 2, c) numeri 1 e 2, e), f), g) h), i), l) m), n), o), p) e q) e comma 2.

¹⁷ Comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s), e t).

¹⁸ Lett. a), b), c) e), i), l) e m) numeri da 1 a 7.

¹⁹ Lett. b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t), e u).

sero interamente riconducibili a sfere di competenza legislativa statale esclusiva, violando competenze regionali concorrenti o residuali; prospettava, poi, una violazione del PLC, poiché tutte le disposizioni censurate prevedevano che il Governo adottasse i decreti legislativi *previo parere* e non *previa intesa* della Conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome o della Conferenza unificata (Stato-Regioni-Città-Autonomie locali).

Le questioni si innestavano, dunque, sul delicato terreno dei confini fra potestà legislativa statale e regionale, dei limiti al potere di indirizzo e coordinamento statale, del PLC.

Alla fine, la Corte ha accolto pressoché per intero le censure della Regione (anche se quest'ultima aveva chiesto la caducazione secca delle norme impugnate)²⁰, facendo sì che la partita Stato-Regioni si concludesse con un “quattro a uno” a favore delle autonomie.

Dopo aver dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa agli oneri di finanziamento della riforma²¹, la Consulta ha dichiarato infondata la sola questione relativa alle disposizioni di delega sul codice dell'amministrazione digitale, le quali, pur intersecando “sfere di attribuzione regionale come il turismo e l'organizzazione amministrativa regionale, costituiscono, in via prevalente, espressione della competenza statale nella materia del “coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale” (art. 117, c. 2, lett. r, Cost.).

Diversa la soluzione per tutte le altre norme censurate, in relazione alle quali la Corte ha verificato l'esistenza di un “concorso di competenze, inestricabilmente connesse”.

Così è stato, innanzitutto, per le disposizioni di delega sul riordino della dirigenza (art. 11), ritenute incostituzionali perché contenenti principi e criteri direttivi anche in tema di dirigenza regionale. Qui la Corte ha riconosciuto che le competenze statali esclusive in materia di “*ordinamento civile*”

²⁰ V. ric. n. 94 del 2015. Riferisce D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, visionabile al sito www.questionegiustizia.it, 2017, che il *petitum* della Regione ricorrente non consisteva affatto in una richiesta di intesa nel procedimento di formazione dei decreti. Anche per tale ragione la decisione non appare né spiccatamente filo-regionalista, né interamente filo-statalista.

²¹ La questione era promossa nei confronti degli artt. 1, c. 1, e 23; le disposizioni venivano impuginate in riferimento agli artt. 81 e 119 Cost. poiché avrebbero imposto un nuovo e improprio onere di finanziamento della riforma in capo alle Regioni, del quale secondo la Corte, “non è fornita dimostrazione”.

(indiscutibili per i profili relativi, per esempio, al trattamento economico o al regime delle responsabilità dei dirigenti) si intrecciano con quelle regionali residuali in materia di “ordinamento e organizzazione amministrativa” delle Regioni e, con riferimento alla dirigenza sanitaria, con quelle concorrenti in materia di “tutela della salute”.

Proprio per tale ragione lo stesso legislatore delegante aveva previsto che l’istituzione del ruolo unico dei dirigenti regionali dovesse avvenire “previa intesa” in sede di Conferenza Stato-Regioni²², mostrando consapevolezza delle ripercussioni dell’istituzione del ruolo unico (regionale) sulle sfere di competenze delle Regioni e, dunque, conscio dell’esigenza di procedere ad un coinvolgimento di tali enti nella fase dell’istituzione del ruolo. La Corte ha, invece, ritenuto che “le procedure di raccordo previste “a valle” per l’istituzione del ruolo della dirigenza regionale” non fossero sufficienti e rendessero “a fortiori” necessario l’estensione del vincolo concertativo “a monte”, così da consentire alle Regioni di co-decidere”²³ anche sui requisiti di accesso al ruolo e di reclutamento e sui criteri di conferimento, durata e revoca degli incarichi, “requisiti che attengono ai profili pubblicistico-organizzativi del lavoro pubblico, come tali riconducibili alla materia dell’organizzazione amministrativa regionale”²⁴. Come dire che l’iper-regolazione con la quale il legislatore delegante aveva inteso avviare la riforma della dirigenza²⁵, con un adattamento del modello regolativo statale a quello di altre amministrazioni²⁶, aveva un prezzo (anche alla luce del “polimorfismo” delle dirigenze)²⁷ – quello della concertazione – che il legislatore delegato avrebbe dovuto pagare alle autonomie.

Ci si potrebbe anche fermare qui, se non fosse opportuno notare come l’intento di dare celere attuazione alla riforma abbia fatto perdere di vista all’esecutivo che l’incostituzionalità delle disposizioni di delega sulla dirigenza era, in qualche modo, stata annunciata nel *Parere* espresso dalla Conferenza

²² Art. II, c. I, lett. b), n. 2).

²³ Le due citazioni sono tratte da POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *Federalismi.it*, 28.12.2016.

²⁴ C. Cost. punto 4.2.1. del Considerato in diritto.

²⁵ ZOPPOLI L., *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *RGL*, 2015, I, p. 520.

²⁶ D’ALESSIO, *Il nuovo statuto della funzione pubblica nella legge delega n. 124 del 2015: la dirigenza*, in *IF*, 2015, n. 3, p. 591.

²⁷ NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la “buona amministrazione”*, in AA.VV., *La dirigenza*, in *QDRLL*, 2009, p. 65.

delle Regioni sullo schema di decreto²⁸, con il quale – a distanza di poche settimane dalla successiva decisione della Consulta²⁹ – la Conferenza aveva revocato l’assenso inizialmente prestato sulla riforma della dirigenza; ciò era avvenuto dopo l’esame del testo di decreto deliberato dal Consiglio dei ministri il 25 agosto 2016³⁰.

Un analogo intreccio di competenze è stato ravvisato dalla Corte nelle disposizioni di delega sul lavoro pubblico.

Si ricorda che il disegno tracciato dalla riforma costituzionale bocciata pochi giorni dopo la sentenza intendeva riservare alla potestà legislativa esclusiva dello Stato “le norme sul procedimento amministrativo e sulla disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche tese ad assicurarne l’uniformità nel territorio nazionale” (art. 117, c. 2, lett. g), anche al fine di evitare che le Regioni a statuto ordinario, in forze di regole attinenti alla loro organizzazione amministrativa, potessero prevedere trattamenti differenziati per i propri dipendenti. Nell’ordinamento costituzionale sopravvissuto al *referendum* del 4 dicembre la materia dell’impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni *non statali* (Regioni ed enti locali) va ripartita, invece, fra la potestà legislativa dello Stato, per i profili relativi al rapporto di lavoro (che ineriscono alla materia dell’“*ordinamento civile*”) e la competenza regionale residuale in materia di “*ordinamento e organizzazione amministrativa*”. L’intreccio si verifica specie quando le disposizioni statali intervengono – come nel caso della delega *de qua* – “a dettare precisi criteri inerenti alle procedure concorsuali pubblicistiche per l’accesso al lavoro pubblico regionale, ripetutamente ricondotto (...) alla competenza residuale delle Regioni di cui all’art. 117, quarto comma, Cost.”³¹.

c) Anche con riguardo alle disposizioni di delega sulle “società partecipate” (art. 18), la Corte, richiamando la propria giurisprudenza in tema di

²⁸ POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare*, cit., p. 12 ss. Dubbi di costituzionalità della riforma provenivano, del resto, da più voci in dottrina: cfr. DEODATO, *Brevi riflessioni sulla costituzionalità e sulla ragionevolezza di alcuni aspetti della riforma della dirigenza pubblica*, in *LPA*, 2014, p. 952 ss.

²⁹ *Parere sullo Schema di decreto legislativo recante disciplina della dirigenza della Repubblica ai sensi dell’art. 11 della legge 7 agosto 2015 n. 124 del 3 novembre 2016*.

³⁰ Di una “accoglienza tiepida o ipercritica” dello schema di decreto da parte della dottrina parla ZOPPOLI L., *Alla ricerca di una nuova riforma*, cit., ove richiami bibliografici alla vicenda della delega e della sua attuazione.

³¹ La sent. n. 251/2016 richiama, al riguardo, le sent. n. 100 del 2010, n. 95 del 2008, n. 233 del 2006 e n. 380 del 2004.

società a partecipazione pubblica, ha ravvisato un inestricabile intreccio fra: competenze statali in materia di "*ordinamento civile*" (legate alla definizione del regime giuridico delle società, che sono, indiscutibilmente, soggetti di diritto privato); altre competenze statali esclusive ("*tutela della concorrenza*" e "*coordinamento della finanza pubblica*") e competenze regionali in materia di "*ordinamento e organizzazione amministrativa*"³².

d) Infine, anche la delega sui SPL (art. 19) incrocia, secondo la Corte, la "competenza legislativa statale esclusiva a disciplinare il regime dei servizi pubblici locali di interesse economico "per gli aspetti che hanno una diretta incidenza sul mercato" (...) e che siano volti, "in via primaria, alla tutela e alla promozione della concorrenza (...)" e la competenza regionale residuale "a disciplinare tutti quei profili (ivi compreso il trasporto pubblico locale) che non siano strumentali a garantire la concorrenza"³³.

In tutti e quattro i casi il concorso di competenze avrebbe dunque richiesto al legislatore delegato il rispetto del PLC, "indispensabile (...) a guidare i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie".

Per tale ragione, larga parte della motivazione della sentenza è dedicata al "sistema delle Conferenze"³⁴ e allo strumento dell'intesa quale mezzo privilegiato per l'attuazione del PLC.

Il pronunciamento finale è che le disposizioni impugnate sono illegittime "nella parte in cui prevedono che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa" in sede di Conferenza unificata o di Conferenza Stato-Regioni.

Il messaggio lanciato dalla Corte suona così chiaro e preciso: 1) in presenza di una concorrenza di competenze, statali e regionali, occorre legiferare

³² La Corte ha richiamato, al riguardo, la propria sent. n. 229/2013, con la quale sono state dichiarate costituzionalmente illegittime "disposizioni statali che, imponendo a tutte le amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali, sottraevano alle medesime la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, violando la competenza legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa regionali".

³³ Anche qui la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza: sentt. n. 325/2010, n. 307/2009, n. 272/2004.

³⁴ Il sistema, regolato dal d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281, comprende la Conferenza Stato-Regioni (capo II) e la Conferenza unificata (capo III). Quest'ultima è la sede congiunta della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali.

sotto l'egida del PLC; 2) lo strumento dell'intesa è il mezzo privilegiato per l'attuazione del principio ed è, dunque, lo strumento “cardine della leale collaborazione”.

La sentenza della Corte sulla “riforma Madia” è, dunque, una “sentenza manipolativa del tipo sostitutivo di procedura”, com'è stato chiarito dal *Parere del Consiglio di Stato del 17 gennaio 2017*³⁵, emesso in risposta al quesito relativo agli adempimenti da compiere dopo la sentenza. È vero infatti che la decisione incorpora una parte demolitoria e una parte ricostruttiva: le disposizioni impugnate vengono dichiarate incostituzionali (parte demolitoria) e si indica ciò che la conformità a Costituzione avrebbe invece richiesto (parte ricostruttiva)³⁶. Oggetto della sostituzione è il procedimento di formazione dei decreti delegati, nel quale la legge avrebbe dovuto prevedere l'intesa, in luogo del parere.

3. *Il principio di leale collaborazione applicato al procedimento legislativo delegato: fra pareri e intese (“deboli” e “forti”)*

Fornita una sintesi della vicenda e una breve mappatura della sentenza, si possono considerare gli effetti della decisione, (a) sul procedimento legislativo e, in particolare, sul procedimento di formazione dei decreti delegati, in generale, (§ 3) e (b) sui decreti delegati che erano già stati approvati ed erano entrati in vigore (§ 4).

Nella prospettiva del diritto costituzionale, di particolare interesse è apparsa la circostanza che la sentenza abbia superato il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui le procedure di leale collaborazione non si applicano, salvo espresse previsioni di legge, nell'esercizio della funzione legislativa³⁷.

Rinviano l'approfondimento della questione ai numerosi commenti di taglio costituzionalistico³⁸, ci si limita a ricordare che, in base alla normativa di legge riguardante il sistema delle Conferenze (d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281), la previsione di *intese* in sede di Conferenza Stato-Regioni è rimessa al legislatore (art. 3), mentre “in attuazione del principio di leale collaborazione

³⁵ Cons. St., comm. spec., 17 gennaio 2017 n. 83.

³⁶ MEZZACAPO, *Prime osservazioni*, cit.

³⁷ Cfr. nota 47.

³⁸ V. i diversi commenti richiamati nelle precedenti note.

e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa”, possono essere conclusi, sempre in sede di Conferenza Stato-Regioni, “*accordi*, al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività' di interesse comune” (art. 4)³⁹. Per quanto riguarda poi la Conferenza unificata, essa “assume deliberazioni, promuove e sancisce *intese* ed *accordi*, esprime *pareri*, designa rappresentanti in relazione alle materie ed ai compiti di interesse comune alle regioni, alle province, ai comuni e alle comunità' montane” (art. 9).

Al cospetto delle disposizioni richiamate – di non semplice lettura anche per via della (non esplicitata) differenza tra accordi e intese – la Corte costituzionale, già più di dieci anni or sono, aveva chiarito che ogniquale volta vengono in rilievo interessi riconducibili a materie di competenza regionale, *tocca al Parlamento* stabilire gli strumenti del “confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse”⁴⁰. E in effetti si è sempre operata in sede di delega la scelta fra parere e intesa, adottandosi, volta per volta, la soluzione ritenuta più congeniale alla disciplina delegata.

Se si apre una finestra sul panorama legislativo del lavoro, si osservano così numerosi casi in cui il legislatore delegante ha *espressamente* previsto la “*previa intesa*” (con la Conferenza Stato-Regioni o con la Conferenza unificata) come forma di leale collaborazione fra Stato e autonomie.

Un caso vicino alle disposizioni di delega della “legge Madia” riguardanti il lavoro pubblico e la dirigenza, è quello della “legge Brunetta” (art. 2, c. 2, l. n. 15/2009), che, diversamente dalla “Madia”, prescriveva la “*previa intesa*”, in sede di Conferenza unificata, per numerosi profili di disciplina del lavoro pubblico⁴¹. Viceversa, nella precedente delega – e cioè nel 1997 – non solo si prevedevano semplici pareri, ma questi ultimi erano solo quelli delle competenti Commissioni parlamentari (cfr. l'art. 11, c. 2, della l. n. 59/1997), dal momento che la previsione di “pareri della Conferenza permanente per

³⁹ D.lgs. n. 281/1997, art. 3, c.1: “Le disposizioni del presente articolo si applicano a tutti i procedimenti in cui la legislazione vigente prevede un'intesa nella Conferenza Stato-Regioni”. Art. 4, c. 1.: “Governo, regioni e province autonome di Trento e di Bolzano, in attuazione del principio di leale collaborazione e nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, possono concludere in sede di Conferenza Stato-regioni accordi, al fine di coordinare l'esercizio delle rispettive competenze e svolgere attività' di interesse comune”.

⁴⁰ C. Cost. 1 febbraio 2006 n. 31.

⁴¹ I profili erano quelli di cui agli artt. 3, co. 2, lett a); 4; 5 e 6.

i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e della Conferenza Stato-Città e autonomie locali allargata ai rappresentanti delle comunità montane” non era riferibile (*ex art. 6, l. n. 59/1997*) ai decreti attuativi della delega sul pubblico impiego, ma solo a quelli *di cui all’art. 1 della l. n. 59/1997* (il “sistema delle Conferenze” sarebbe stato disciplinato, del resto, mesi dopo).

Un altro esempio, temporalmente prossimo alla “Riforma Madia”, è quello della delega in materia di politiche attive del lavoro e servizi per l’impiego disposta, all’interno dell’altra grande riforma del Governo Renzi, il cd. *Jobs Act* (art. 3, l. n. 183/2014); in quel caso il governo è stato delegato ad adottare “uno o più decreti legislativi finalizzati al riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive” “previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano”⁴².

D’altra parte, si registrano significative omissioni da parte del legislatore delegante: si pensi alle altre deleghe contenute nella l. n. 183/2014 (molte riguardanti profili di competenza concorrente di Stato e Regioni)⁴³ e – per fare un esempio meno recente, ma importante – alla delega relativa al T.U. sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 1, c. 4, l. 3 agosto 2007, n. 123), nella quale, a dispetto della competenza concorrente delle Regioni in materia di “tutela e sicurezza del lavoro”, si prevedeva il parere, e non l’intesa, con la Conferenza Stato-Regioni⁴⁴.

Gli esempi potrebbero, ovviamente continuare ma tanto basta per capire che le valutazioni del legislatore delegante, anche in materia di lavoro, sono – e sono state – ondivaghe ed è per questa ragione che la Consulta è spesso chiamata a “mettere ordine” nelle modalità con cui le Regioni sono, di volta in volta, coinvolte nel processo di formazione di norme – “primarie” o “secondarie” – deputate a completare riforme nazionali unitarie. È così toccato alla Corte costituzionale contemperare in casi innumerevoli le esigenze di

⁴² Analoga previsione era contenuta nelle precedenti (ma inattuate) deleghe in materia di politiche attive e servizi per l’impiego contenute nella l. n. 247/2007 e nella l. n. 92/12.

⁴³ TROJSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni: riforma costituzionale e anticipazioni legislative*, in *RGL*, 2016, I, p. 502 ss., la quale osserva che il legislatore delegato ha poi provveduto, in alcuni casi, ad “aggiustare il tiro”, coinvolgendo le Regioni nella predisposizione dei decreti legislativi.

⁴⁴ In quel caso, tuttavia, il forte coinvolgimento delle Regioni nella stesura del d.lgs. n. 81/2008, realizzato in via di fatto, ha portato alla condivisione del prodotto normativo finale da parte delle Regioni, con la sola eccezione, anche in quel caso, del Veneto (TROJSI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013, p. 171).

unitarietà delle riforme con la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie⁴⁵.

In tal senso, il ragionamento sviluppato dalla Corte nella sent. n. 251/2016 è fortemente innovativo – come i costituzionalisti ci hanno sin da subito avvertito – perché modifica i termini della precedente giurisprudenza.

Mai, sino ad oggi, la Corte costituzionale era giunta ad imporre le procedure collaborative (1) *laddove il legislatore delegante non le avesse previste* e (2) *laddove ci si trovasse di fronte a procedimenti di formazione di decreti legislativi e non di atti di natura regolamentare* (d.p.c.m. o decreti ministeriali e, dunque, fonti secondarie). Fino ad ora la sostituzione dell'intesa al parere non era mai stata applicata *giudizialmente al procedimento legislativo delegato*.

Perciò, la sent. n. 251/2016 “aggiunge un nuovo importante tassello alla giurisprudenza della Corte in tema di leale collaborazione”⁴⁶ e di “necessarie intese”, poiché la violazione di tale principio potrà, d'ora in poi, esser fatta valere anche per censurare leggi di delegazione⁴⁷.

Come si legge nel *Parere del Consiglio di Stato del 17 gennaio 2017*, la Consulta ha così inteso superare l'orientamento, sino ad oggi costante, secondo cui “il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo” nella perdurante assenza della trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi “anche solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione)”⁴⁸.

⁴⁵ Si pensi ai giudizi svolti sulle impugnazioni regionali riguardanti le norme di modifica del Codice dei beni culturali e del paesaggio – d.lgs. n. 42/2004 – (C. Cost. 7 novembre 2007 n. 367) e le disposizioni del Codice dei contratti pubblici – d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (C. Cost. 23 novembre 2007 n. 401), contenenti entrambi riforme di grande impatto sul sistema delle autonomie e destinate a valere sull'intero territorio nazionale.

⁴⁶ POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare*, cit.

⁴⁷ Pur appartenendo al copioso filone di giurisprudenza costituzionale con il quale sono state dichiarate illegittime leggi che subordinavano l'adozione di atti di normazione secondaria al previo parere, e non all'intesa, con le Conferenze – cfr., senza pretesa di completezza, C. Cost. 31 marzo 2006 n. 134; C. Cost. 15 marzo 2013 n. 39 e, più di recente, C. Cost. 21 gennaio 2016 n. 7 – la decisione *de qua* è, dunque, innovativa perché riferisce la necessità dell'intesa al procedimento di formazione di *decreti delegati*, superando il consolidato orientamento in base al quale “il principio di leale collaborazione, ove non specificamente previsto, non si impone nel procedimento legislativo” (cfr. anche le recenti C. Cost. 3 marzo 2016 n. 43 e C. Cost. 24 marzo 2016 n. 65).

⁴⁸ L'art. 11 della l. cost. n. 3/2001 prevede l'allargamento della Commissione parlamentare per le questioni regionali alla partecipazione dei rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali (“Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della

Nella sentenza in commento si è affermato, infatti, che tale orientamento non può essere seguito nei casi in esame poiché “là dove (...) il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all’intesa” (punto 2 del *Considerato in diritto*).

Rappresenta dunque un’indiscutibile novità l’aver previsto, per via giurisprudenziale, la necessità dell’intesa nel procedimento di formazione dei decreti delegati.

Alcune ultime osservazioni riguardano, infine, la natura dell’intesa. Se è quasi superfluo ricordare che il parere esige lo svolgimento di una fase consultiva con la quale si acquisisce un’opinione, ma si lascia poi campo libero all’iniziativa governativa, mentre l’intesa è prodromica ad un accordo, vale la pena di richiamare, invece, la generale distinzione fra intesa “forte” e intesa “debole”⁴⁹. La prima svolge, infatti, una funzione di *co-decisione* paritaria, mentre la seconda comporta l’apertura, ed eventualmente la reiterazione, di *trattative utili alla conclusione di un accordo*, ma è sostanzialmente “dotata di un dispositivo che la rende superabile in caso di esito negativo delle trattative”⁵⁰; essa non paralizza, dunque, l’iniziativa legislativa del Governo.

Ora, come si legge nella sent. n. 251/2016, “la reiterazione delle trattative non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell’ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo” (Punto 3 del *Considerato in Diritto*). L’intesa richiesta

Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali. 2. Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell’articolo 117 e all’articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all’introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l’esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l’Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti”. Con sent. n. 196/2004 la Corte costituzionale ha stabilito che “non è individuabile un fondamento costituzionale dell’obbligo di procedure legislative ispirate alla leale collaborazione tra Stato e Regioni” (nel caso di specie le ricorrenti sostenevano che dall’art. 11 della legge cost. n. 3/2001 fosse desumibile il principio costituzionale che prescrive “la partecipazione regionale al procedimento legislativo delle leggi statali ordinarie, quando queste intervengono in materia di competenza concorrente”).

⁴⁹ CANDIDO, *La leale collaborazione tra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, in *GCost*, 2016, n. 1, p. 15 ss. ma sp. p. 19.

⁵⁰ Ancora POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare*, cit., sp. 8.

dalla pronuncia è, dunque, un’intesa “debole”; qualcosa in più – ma non troppo – del parere originariamente previsto dal legislatore delegante, che le Conferenze avrebbero dovuto prestare “entro quarantacinque giorni dalla trasmissione di ciascuno schema di decreto, decorso il quale il Governo avrebbe potuto (n.d.r.) comunque procedere”⁵¹.

Resta da ricordare, tuttavia, che il parere obbligatorio è adottato *a maggioranza* dei membri della Conferenza unificata o dalla Conferenza Stato-Regioni, mentre l’intesa è un atto per il quale è richiesta l’*unanimità* di tutti i partecipanti alle sedute⁵²; questo sì è un ulteriore elemento di rafforzamento della concertazione, per cui non ci si potrà limitare – nel caso della richiesta di intesa – ad acquisire solo il consenso di alcune Regioni.

Il chiarimento sulla natura debole dell’intesa è, tuttavia, importante per i giudici della Consulta: richiedere un’intesa “debole”, e non un’intesa “forte”, è uno degli accorgimenti impiegati per contenere gli effetti della pronuncia (al quale, come si vedrà, si aggiunge la precisazione compiuta al punto 9); un modo per non mettere troppi “bastoni fra le ruote” della riforma e di attenuare il carattere sostanzialmente filo-regionalista della sentenza.

3.1. *Leale collaborazione, intese e disciplina del lavoro. Come cambia la mediazione della Corte costituzionale con la sent. n. 251/2016*

Al di là del tecnicismo con cui il principio di leale collaborazione può essere innervato nel procedimento di formazione di fonti, primarie o secondarie, destinate a completare riforme nazionali unitarie, vale la pena di spendere qualche considerazione sul modo in cui il principio viene invece impiegato nella giurisprudenza della Corte.

In generale, il principio è stato, nel tempo, adoperato dai giudici costituzionali come strumento dinamico, capace di introdurre flessibilità nel sistema delle competenze legislative Stato-Regioni ripartite dall’art. 117 Cost. in maniera tendenzialmente statica, attraverso gli elenchi di materie contenuti nei commi 2 e 3⁵³.

⁵¹ Come la Corte ha osservato in altre occasioni (sent. n. 39/2013, cit. alla nt. 47), lo Stato potrebbe persino determinare “con l’inerzia o con altri comportamenti elusivi, l’inutile decorrenza del termine”, così compromettendo la partecipazione delle Regioni al processo decisionale (PICALARGA, *La leale collaborazione*, cit.).

⁵² Sempre POGGI, BOGGERO, *Non si può riformare*, cit., p. 8.

⁵³ Per un adattamento di tale generale considerazione alla materia del lavoro v. CARINCI F., *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, 2006, p. 1496; CARUSO, ALAIMO,

Pertanto, esso fa parte di quel “sostegno ortopedico”⁵⁴ utilizzato dalla Consulta per rimediare alle laconicità e alle incongruenze del titolo V e all’impatto generato dalla riforma del 2001 sul contenzioso Stato-Regioni⁵⁵.

E benché siano parecchi gli interrogativi sull’estensione attribuibile alla leale collaborazione come principio costituzionale generale⁵⁶, il medesimo, al pari di altri principi e operazioni ermeneutiche costruite sul testo dell’art. 117 – si pensi al principio di sussidiarietà, utilizzato anche “verso l’alto” e, cioè, come clausola di ritorno (più forte del vecchio strumento dell’interesse nazionale e) in grado di consentire al centro la riappropriazione di competenze regionali⁵⁷, e all’uso delle “competenze trasversali” (per es., la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”: art. 117, c. 1., lett. m, Cost.) – è impiegato dalla Corte ogniqualvolta non si possa applicare l’opposto principio della separazione delle sfere di competenza di Stato e Regioni⁵⁸. Assieme ad altri strumenti, esso soddisfa,

Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione, in RIDL, 2007, II, p. 569.

⁵⁴ L’espressione è di D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, GCost, 2003, p. 2776, ed è ora ripresa da BALBONI, *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni... e l’intendenza seguirà*, visionabile al sito www.forumcostituzionale.it, 10 gennaio 2017.

⁵⁵ V. l’*Analisi del contenzioso Stato/Regioni. Anni 2011-2015 (I trimestre)* pubblicata dal Servizio studi della Corte costituzionale (aprile 2015).

⁵⁶ Il principio è enunciato, com’è noto, nell’art. 120, co. 2, Cost., che definisce l’esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo. L’enunciazione del principio in Costituzione può essere letta per tentare un riconoscimento del principio costituzionale di leale collaborazione esteso alla generalità dei rapporti fra Stato e Regioni (tentativo possibile anche in virtù della giurisprudenza elaborata dalla Corte costituzionale nel corso degli anni) o, viceversa, in modo da circoscriverne la portata al solo ambito dell’art. 120, c. 2: GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, Atti del seminario di Pavia, 6-7 giugno 2003, Giappichelli, 2003. Sul principio v., in generale e per tutti, BERTOLINO, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Giappichelli, 2007.

⁵⁷ MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2008, p. 12. Cfr. la arcinota sent. n. 303/2003.

⁵⁸ Fra le prime sentenze con cui la Corte ha affermato (sia pure con riferimento all’esercizio del potere sostitutivo statale) che il PLC “viene in particolare evidenza in (...) ipotesi (...) nelle quali non sia (eccezionalmente) applicabile l’opposto principio della separazione delle sfere di attribuzione” v. C. Cost. 18 febbraio 1988 n. 177. Cfr. anche la successiva C. Cost. 1 giugno 2006 n. 213, nella quale si conferma che “l’analisi dell’intreccio delle competenze deve essere effettuata caso per caso, con riguardo alle concrete fattispecie normative, facendo applicazione del principio di prevalenza e del principio fondamentale di leale collaborazione, che si deve sostanziare in momenti di reciproco coinvolgimento istituzionale e di necessario coordinamento dei livelli di governo statale e regionale”.

dunque, l'esigenza di far funzionare un sistema caratterizzato da plurimi intrecci di competenze.

A prescindere dal riparto di competenze introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, con giurisprudenza pluridecennale, ma soprattutto a partire dagli anni '80 del secolo scorso⁵⁹, i giudici costituzionali hanno ricostruito, inoltre, il canone della leale collaborazione in chiave “procedimentale”, valorizzando il requisito dell'intesa.

Come ci ricorda la sent. n. 251/2016, “la Corte ha individuato nel sistema delle conferenze “il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale” (sentenza n. 401 del 2007) e “una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione” (sentenza n. 31 del 2006)”.

Nella decisione del 2016, il rifiuto della censura di incostituzionalità riguardante la norma di delega sul codice dell'amministrazione digitale mostra, ancora una volta, che, sino a quando può, la Corte si è ancora al riparto materiale inscritto nell'art. 117 Cost; mentre nel caso di uno stretto intreccio fra competenze – e cioè quando la valutazione sulla prevalenza di una materia sulle altre si rivela impossibile – i giudici costituzionali ricorrono al PLC, ravvisando nell'intesa la soluzione che meglio incarna tale “collaborazione”⁶⁰ e che più efficacemente realizza il modello di regionalismo cooperativo costruito dal legislatore costituente.

Di tale operazione – articolata su due livelli (impiego del riparto materiale statico; uso di principi e meccanismi dinamici idonei ad introdurre flessibilità nel sistema)⁶¹ – la materia del lavoro (pubblico e privato) ha fornito numerose occasioni di conferma e non è un caso che fra le censure accolte dalla pronuncia *de qua* due su quattro (artt. 11 e 17, l. n. 124/2015) riguardino proprio profili di diritto del lavoro pubblico.

Come le regole sul lavoro privato, anche quelle su lavoro e dirigenza

⁵⁹ La sent. n. 219/1984 – con il suo *obiter dictum* finale – segnerebbe la data di nascita del PLC secondo BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, Relazione al Convegno di Roma (12 marzo 2008) promosso dall'Avvocatura dello Stato, *Rass. Avv. Stato*, 2008, 2, 34. Poco dopo, il principio è stato ulteriormente specificato dalla sent. n. 359/1985, benché a partire, addirittura, dalla sent. n. 49/1958, la Corte costituzionale abbia evocato, in più occasioni, la “collaborazione” fra Stato e autonomie (GRATTERI, *La faticosa emersione*, cit.).

⁶⁰ PICALARGA, *La leale collaborazione*, cit.

⁶¹ CARUSO, ALAIMO, *Il conflitto*, cit., p. 570-572.

nel settore pubblico, rientrano fra gli ambiti materiali ai quali è più difficile applicare il criterio della prevalenza, per via della compresenza, nel testo dell'art. 117 Cost., di aree di competenza *esclusiva statale* (ordinamento civile e coordinamento della finanza pubblica) e *concorrente* (tutela e sicurezza del lavoro); circostanza alla quale si aggiunge l'indiscusso riconoscimento della materia dell'"ordinamento e organizzazione amministrativa" come materia di competenza *residuale* delle Regioni (ai sensi del comma 4 dell'art 117)⁶².

Ci si trova, pertanto, di fronte a macro-aree (rapporto e mercato del lavoro, impiego e dirigenza pubblici) nelle quali il potere legislativo statale non può essere spesso legittimamente esercitato – e, se del caso, valutato dalla Corte costituzionale – applicando il criterio della prevalenza, ma solo ricorrendo a principi diversi, *in primis* quello della leale collaborazione.

È forse superfluo ricordare che sono molte le pronunce in cui la Corte ha valorizzato il PLC come canone di soluzione di conflitti Stato-Regioni riguardanti il diritto del lavoro; basti pensare alla nota decisione sulla riforma del mercato del lavoro del 2003 (sent. n. 50/2005)⁶³ – con la quale la Corte si è confrontata con l'articolato corpo normativo della "Riforma Biagi" (l. n. 30/2003 e d. lgs. n. 276/2003) – e alle altrettanto note pronunce sull'apprendistato⁶⁴, le agenzie per il lavoro⁶⁵, i servizi ispettivi⁶⁶.

Quella fase – che seguiva le riforme costituzionali e del lavoro dei primi

⁶² TROJSI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 146, ma *passim*; GAROFALO D., *Federalismo e diritto del lavoro*, Cacucci, 2005; SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Cedam, 2005.

⁶³ Nella sent. 28 gennaio 2005 n. 50 si legge, infatti, che "Questioni di legittimità costituzionale possono quindi anzitutto insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l'istruzione e formazione professionale, alle Regioni. In tali ipotesi può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (v. sent. 370/2003), qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre".

⁶⁴ V. sentt. 7 dicembre 2006 n. 406; 19 dicembre 2006 n. 425; 6 febbraio 2007 n. 24; 10 maggio 2010 n. 176; 24 novembre 2010 n. 334. Per un commento a tale giurisprudenza v. CIUCCIOVINO, *Stato, Regioni, autonomia privata nell'apprendistato professionalizzante*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1089; *Ead.*, *La concorrenza di competenze Stato-Regioni nella disciplina dell'apprendistato ancora una volta all'attenzione della Corte Costituzionale*, *RIDL*, 2011, II, p. 276.

⁶⁵ V. sentt. 7 dicembre 2006 n. 406; 2 febbraio 2007 n. 21; 6 febbraio 2007 n. 24.

⁶⁶ C. Cost. 14 ottobre 2005 n. 384.

anni 2000 – ha tuttavia aperto un *trend* giurisprudenziale nel quale sono state relativamente esigue le dichiarazioni di illegittimità di fonti statali e sporadici i casi in cui la Corte costituzionale ha imputato allo Stato la lesione di competenze regionali (residuali, concorrenti e primarie). Molto più numerose sono state, infatti, le dichiarazioni di non fondatezza delle questioni sollevate dalle Regioni, che la Corte ha generalmente motivato con il riconoscimento di una competenza statale a dettare la disciplina impugnata. Altrettanto numerose sono state le declaratorie di incostituzionalità di leggi regionali⁶⁷.

Tutto ciò è tanto più vero per le pronunce che hanno riguardato l'impiego e la dirigenza nel settore pubblico, che, nella stragrande maggioranza dei casi e sino a tempi recenti, hanno risolto a favore della legislazione statale, e a scapito delle autonomie, le diverse questioni di legittimità costituzionale⁶⁸.

Negli anni passati, dunque, il riequilibrio operato dalla giurisprudenza della Corte attraverso l'impiego del PLC e di altri canoni ermeneutici è stato prevalentemente di segno contrario a quello che si rinviene, oggi, nella sent. n. 251/2016, poiché attraverso l'uso di vari dispositivi dinamici (ma anche attraverso l'impiego del riparto statico), la Consulta ha districato, *più a vantaggio delle competenze statali che di quelle regionali, più a favore del centralismo che del decentramento*, l'intreccio di competenze generato dal testo dell'art. 117 Cost.⁶⁹.

Il PLC è stato, dunque, per lo più invocato "in relazione ad operazioni di accentramento della disciplina legislativa in capo allo Stato, con l'obiettivo sostanziale di avallarle"⁷⁰, quasi a voler concedere allo Stato un *passaport*

⁶⁷ *Analisi del contenzioso Stato/Regioni. Anni 2011-2015 (I trimestre)*, cit. Sempre in materia di lavoro, si pensi all'altra nota sent. n. 268/2007, che ha dichiarato incostituzionale la legge della Regione Puglia sullo *status* di disoccupazione.

⁶⁸ Cfr. il Paper dell'Aran, *Lavoro pubblico e titolo V della Costituzione. L'orientamento della Corte Costituzionale*, Aran Occasional paper 5/2014, www.aranagenzia.it/index.php/statistiche-e-pubblicazioni/. In moltissimi casi le questioni sono state risolte, in quest'ambito, attraverso l'impiego del riparto materiale statico e, in particolare, delle competenze statali esclusive in materia di "ordinamento civile" e "coordinamento della finanza pubblica": v., per es., la sent. n. 324/2010 (in *LPA*, 2011, II, p. 139, con nota di BOLOGNINO, *Problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6 bis, alle Regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*) sull'applicazione anche alle Regioni e agli enti locali delle disposizioni del d.lgs. n. 150/2009 limitative degli incarichi dirigenziali esterni e su quelle relative al previo esperimento della mobilità volontaria prima dell'indizione di concorsi pubblici.

⁶⁹ Nella sent. n. 50/2005, per es., sono solo due le dichiarazioni di incostituzionalità della l. delega n. 30/2003 e del d.lgs. n. 276/2003, a fronte delle numerosissime censure mosse dalle Regioni.

⁷⁰ TROJSI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 153.

per interventi normativi poco ancorati alle garanzie riconosciute alle autonomie territoriali dalla Costituzione.

Nella sent. n. 251/2016 l'impiego del PLC a favore delle autonomie si pone, pertanto, in contro tendenza rispetto alla prevalente giurisprudenza costituzionale precedente.

Non è ovviamente il caso – e neanche più il tempo – di discutere della riforma costituzionale, ma è probabile che sedi più adeguate di raccordo fra Stato e autonomie, finalizzate anche a migliorare le forme di responsabilizzazione delle Regioni nella definizione delle politiche legislative nazionali, avrebbero potuto conseguirsi in altri *loci*, in primo luogo nella Camera delle Regioni ipotizzata dalla proposta contenuta nel d.d.l. cost. n. 2613-d. Quest'ultima soluzione avrebbe consentito di “recuperare” la presenza delle comunità territoriali in una delle Camere del Parlamento, spostando il baricentro dei rapporti Stato/Regioni dalla Corte costituzionale al Parlamento nazionale⁷¹.

È vero, infatti, che il sistema delle Conferenze – tarato sull'assetto costituzionale precedente la riforma del 2011 – non è la soluzione più adatta ai rapporti fra Stato e autonomie prefigurati dalla legge cost. n. 3/2001, la quale, com'è noto, ha impresso al sistema una concezione paritaria delle altre componenti della Repubblica rispetto allo Stato (cfr. l'art. 114 Cost.)⁷².

4. Cosa succede dopo la pronuncia della Corte? Il Parere del Consiglio di Stato sugli effetti della decisione della Consulta

“Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.

Con questa precisazione – contenuta nel punto 9 del “Considerato in diritto” – la Corte costituzionale ha chiuso il cerchio della propria decisione,

⁷¹ BARBERA A., *Note sul Disegno di legge costituzionale n. 1429 (Riforma del Bicameralismo e del Titolo V) - Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato - Seduta del 27 maggio 2014.*

⁷² Ancora TROJSI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 165.

indebolendone la forza demolitoria a vantaggio di quella ricostruttiva, con il manifesto (pur se non dichiarato) intento di far sì che la pronuncia non travolgesse del tutto il disegno riformatore della l. n. 124/2015.

Ancora una volta giova ricordare che tre importanti decreti attuativi di deleghe dichiarate costituzionalmente illegittime (potere e licenziamento disciplinare nel pubblico impiego; dirigenza sanitaria e società partecipate) erano entrati in vigore nell'estate del 2016.

Il punto 9 della decisione – definito “criptico” anche da autorevoli commentatori, all'indomani della pronuncia⁷³ – appare meno oscuro alla luce del già richiamato *Parere del Consiglio di Stato del 17 gennaio 2017*, con il quale si suggeriscono condivisibili “forme di corretta esecuzione della sentenza della Consulta”. Dopo aver ribadito che la pronuncia è una “sentenza manipolativa, del tipo sostitutivo di procedura”, che non rende necessario alcun intervento sulla legge delega, il Consiglio di Stato indica come “percorso più ragionevole compatibile con l'impianto della sentenza – per i decreti già in vigore – (...) quello dell'adozione di decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi”, nel rispetto, ovviamente, del requisito della “*previa intesa*” (a tal fine, sarebbe opportuno, sempre secondo il *Parere*, che il decreto correttivo riportasse integralmente l'intesa raggiunta). Si legge, infine, nel *Parere* che “la natura squisitamente “procedimentale” del vizio” appare, di per sé, compatibile con una valenza retroattiva degli effetti correttivi”, benché anche di tale retroattività sarebbe opportuno dare atto nell'intesa⁷⁴.

Per il Consiglio di Stato non appare dirimente la circostanza che la l. n. 124/2015 prevede l'adozione di decreti legislativi *integrativi* e *correttivi* solo in relazione ai decreti sulla dirigenza (art. 11, co. 3), mentre negli altri due casi (partecipate e pubblico impiego) non esiste una disposizione simile nella legge. La soluzione suggerita dal Consiglio di Stato ha, infatti, una portata generale e viene sganciata dalla presenza (o assenza) di dati testuali espliciti nella l. n. 124/2015.

Diversa la soluzione prospettata per i settori nei quali la delega era, invece, stata esercitata in bilico fra la data di scadenza della stessa e il deposito della sentenza, causando il “ritiro” dei relativi decreti (dirigenza e servizi pubblici locali); in tal caso la strada più facilmente percorribile appare quella

⁷³ *Intervista* a Cassese, cit.

⁷⁴ Nel *Parere* si precisa, infatti, l'opportunità che l'intesa si riferisca “anche agli effetti relativi al periodo intercorso tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella delle misure di correzione”.

di una *nuova delega*, conforme ai vincoli procedurali imposti dalla manipolazione della Consulta. Non si tratta, tuttavia, dell'unico percorso praticabile: sono infatti "ipotizzabili anche altre modalità di intervento a livello primario", per esempio, "un disegno di legge governativo avente, almeno in parte, il contenuto del decreto che andrebbe a sostituire"⁷⁵.

Per concludere, appare chiaro che tanto il giudice delle leggi quanto l'organo di vertice della giustizia amministrativa non hanno inteso sottrarre slancio alla riforma, consapevoli che i decreti interessati dalla sentenza "costituiscono (...) elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori". Sin dal *Parere* sulla l. n. 124/2015 (sez. norm. n. 515 del 2016) il Consiglio di Stato aveva, del resto, ricordato l'importanza di un intervento che considerasse la riforma della pubblica amministrazione come un tema unitario e non costituisse un ennesimo riassetto di singole parti, ma una riforma dell'apparato pubblico nel suo insieme. Quasi a voler dire che ogni riforma non si fa "a morsi e bocconi", ma va servita per intero, anche aggiustando i pezzi che si sono rotti.

Tutto ciò a dispetto di un'ipotetica maggiore coerenza di una sentenza costituzionale di illegittimità costituzionale derivata (che avrebbe potuto travolgere i decreti delegati)⁷⁶, che la Corte si è mostrata restia ad adottare proprio perché, per l'ennesima volta, si è trovata di fronte alla politica, costretta a "portare il conflitto ad una "bassa intensità"⁷⁷, nel tentativo di mediare al meglio esigenze di unitarietà della riforma e garanzie di coinvolgimento delle autonomie, pur nelle forme di raccordo Stato-Regioni offerte dall'attuale ordinamento.

5. *Postilla di aggiornamento*

Mentre il presente contributo era in corso di pubblicazione, il Consiglio dei Ministri del 17 febbraio 2017 ha approvato, in prima lettura, i tre decreti correttivi – suggeriti dal Consiglio di Stato – su società partecipate, licenziamento disciplinare e dirigenza sanitaria. Il 23 febbraio 2017 sono stati approvati altri cinque decreti attuativi della "legge Madia". Due di questi

⁷⁵ Ancora dal *Parere*, cit. alla nt. 29.

⁷⁶ MONTEMARANO, *La Riforma Madia*, cit.

⁷⁷ BALBONI, *La Corte richiede*, cit.

contengono nuove disposizioni sul lavoro pubblico e sono, dunque, attuativi della delega contenuta nell'art. 17 della l. n. 124/2015 e modificativi della disciplina dettata dai dd.lgs. n. 165/2001 e n. 150/2009. Gli altri tre decreti riguardano: (1) le funzioni e i compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; (2) le disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle forze di polizia; (3) la razionalizzazione dei processi di gestione dei dati di circolazione e proprietà di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi al fine del rilascio di un documento unico.

Key words

Corte costituzionale, Pubblica amministrazione, Competenze, Stato/Regioni, Principio di leale collaborazione.

Constitutional Court, Public administration, Competences, State/Regions, Principle of loyal cooperation.

Cass., 9 settembre 2016, n. 17867, Sez. lav. – Pres. Nobile – Est. Bronzini – Di Nardo C. (avv. Martelli) v. Honeywell Garret S.P.A. (avv. La Morgia.)

Lavoratori disabili – Convenzione – Assunzione a tempo determinato – Indicazione delle specifiche causali – Obbligo – Sussiste.

In caso di assunzione con contratto a tempo determinato di un disabile, sulla base di una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 11, l. n. 68/1999, è richiesta l'indicazione nel contratto di lavoro delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine, come previsto dal regime generale di cui al d.lgs. n. 368/2001.

★ ★ ★

Valentina Pasquarella

Assunzione a termine “necessariamente” causale per i soggetti disabili: un revirement della Cassazione nell’ottica di una tutela multilivello

Sommario: **1.** La Suprema Corte torna sulle assunzioni a termine (tramite convenzione) dei disabili. **2.** Sulla “specialità” del contratto a termine all'interno del modello convenzionale: due pronunce della Cassazione a confronto. **3.** La soluzione offerta dalla Cassazione alla luce delle “connessioni” col diritto sovranazionale e internazionale.

1. *La Suprema Corte torna sulle assunzioni a termine (tramite convenzione) dei disabili*

Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sull’obbligo di giustificare l’assunzione a tempo determinato di un lavoratore disabile attraverso l’indicazione delle ragioni (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), che sino alle modifiche introdotte nel 2014 (d.l. 20 marzo 2014, n. 34, conv. in l. 16 maggio 2014, n. 78), legittimavano l’apposizione del termine.

In particolare, nel caso sottoposto al vaglio della Corte, il lavoratore disabile era stato assunto a termine per 12 mesi in forza di una convenzione (ex art. 11, l. 12 marzo 1999 n. 68) tra una s.p.a. e la Provincia di Chieti, ma nel contratto di lavoro non erano state specificate le causali giustificatrici richieste dal previgente regime di cui al d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368.

Nella vigenza di tale regola generale e mancando – nell’art. 11, co. 2, l. n. 68/1999 – ulteriori indicazioni circa le condizioni per un valido ricorso allo schema contrattuale a termine, la Corte di appello di L’Aquila aveva rigettato l’appello proposto dal lavoratore avverso la sentenza di primo grado (che a sua volta aveva rigettato la domanda di declaratoria di nullità di apposizione del termine al contratto stipulato dalla s.p.a.), ritenendo la suddetta regola non applicabile al caso di specie, che, invece, sarebbe stato assoggettabile unicamente alla disciplina di cui alla l. n. 68/1999. A parere dei giudici di seconde cure, la legge del 1999, nel perseguire attraverso “norme speciali” obiettivi di integrazione e di reinserimento delle persone disabili nel mondo del lavoro, prevede una serie di strumenti diretti a tal finalità, tra cui la possibilità di stipulare specifiche convenzioni tra gli organi pubblici competenti e le imprese, nell’ambito delle quali concordare, tra le modalità assunzionali

dei disabili, anche il ricorso al contratto a termine, come espressamente riconosciuto dall'art. 11, co. 2, l. n. 68/1999.

In sostanza, i giudici di secondo grado, conformandosi all'orientamento espresso dalla Cassazione in una precedente decisione¹ (*infra*) resa su una questione analoga, hanno ritenuto che la l. n. 68/1999, in quanto normativa speciale, si sottrarrebbe alla normativa di ordine generale di cui al d.lgs. 368/2001 e, specificatamente, all'obbligo di indicare nel contratto le causali giustificatrici del tipo negoziale, ammettendo, quindi, che la “specialità” della disciplina sui disabili legittimi l’“acausalità” del contratto a termine stipulato con questi ultimi. Dunque, a parere della Corte di appello, la durata di 12 mesi stabilita nel contratto “era conseguente all'assunzione attraverso convenzione” di cui, sin dall'inizio, il lavoratore era a conoscenza, avendo “di fatto” acconsentito all'instaurazione di un rapporto di lavoro a termine.

Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione, accogliendo due dei tre motivi di impugnazione addotti dal lavoratore, ribalta la decisione dei giudici di secondo grado e cassa la sentenza con rinvio alla Corte di appello de L'Aquila. Infatti, l'analisi fortemente critica del suo precedente orientamento, condotta alla luce degli imprescindibili richiami al diritto europeo e internazionale, porta la Corte all’“inevitabile affermazione in chiave nomofilattica” dell'applicabilità della regola della “causalità” del termine all'assunzione dei disabili (tramite convenzione)².

2. Sulla “specialità” del contratto a termine all'interno del modello convenzionale: due pronunce della Cassazione a confronto

Nel demolire l'impianto argomentativo dei giudici di appello, gli ermellini affrontano la questione dell'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001 alle assunzioni a termine – tramite convenzione – dei soggetti disabili e, più in generale, del rapporto tra quest'ultima normativa e quella ex l. n. 68/1999.

A dire il vero, il complicato rapporto tra queste due leggi era già emerso in passato, quando la Suprema Corte, in più occasioni, aveva escluso la possibilità di utilizzare contratti a termine per coprire la quota d'obbligo, che

¹ Si tratta di Cass. 31 maggio 2010 n. 13285, in *FI*, 2010, 9, I, p. 2364.

² Così BUFFA, *Assunzione di lavoratori disabili e limiti del contratto a termine*, in *QG*, 3 ottobre 2016, consultabile su www.questionegiustizia.it, il quale lo definisce un “principio giusto”, al quale la Corte perviene nonostante il difforme parere del Procuratore generale.

dovendo essere computata sul personale stabile dell'impresa, richiedeva necessariamente assunzioni a tempo indeterminato³; nel caso in esame, invece, la questione, pur sempre attinente la "compatibilità" tra le due discipline, è diversa, riguardando l'obbligatorietà o meno dell'indicazione della specifica causale giustificativa del termine, problematica di cui la Corte si era già occupata qualche anno prima. Anche in quel caso, la vicenda era stata originata da un accordo di avviamento di un disabile (psichico) attraverso il ricorso a un contratto a termine stipulato in virtù di una convenzione *ex art. 11, l. n. 68/1999*; dunque, l'elemento chiave era rappresentato dallo strumento convenzionale tra società e pubblica amministrazione.

A tal riguardo, mette conto ricordare come le convenzioni rappresentino importanti strumenti di "flessibilità concordata"⁴, che attraverso "una gestione consensuale, anziché coercitiva, nell'avviamento al lavoro"⁵ dei soggetti disabili, consentono un migliore adattamento tra le differenti condizioni di tali soggetti e le esigenze dell'organizzazione produttiva. Costituiscono, dunque, lo "strumento privilegiato" per assicurare un più proficuo inserimento di tali soggetti in ambito aziendale, realizzando il contemperamento dell'interesse del disabile allo svolgimento di "un'attività adeguata alla residua capacità lavorativa e corrispondente alla propria professionalità", con l'interesse datoriale a ricevere "una prestazione lavorativa proficua e corrispon-

³ Cfr. Cass. 26 settembre 1998 n. 9658, in *FI*, 1999, I, p. 134 ss., con nota di PERRINO. La Corte, diversamente da quanto precedentemente affermato (Cass. 26 ottobre 1991 n. 11440, in *MGL*, 1992, p. 26, con nota di OROFINO) ha ritenuto che l'incompatibilità tra assunzione a termine e collocamento obbligatorio (*ex l. n. 482/1968*) potesse desumersi dalla circostanza che il personale deve comprendere la prescritta quota di appartenenti alle categorie protette rispetto alle normali esigenze produttive dell'impresa, sia pure "nella dimensione scelta dall'imprenditore per fronteggiarle". In questo senso, si è espresso anche il Ministero del lavoro nella Circolare del 17 gennaio 2000 n. 4. Inoltre, secondo Cass. 16 agosto 2004 n. 15951, in *MGC*, 2004, p. 2061, dalla possibile violazione delle norme sul collocamento obbligatorio non discendeva la conversione del rapporto fin dall'origine in un contratto a tempo indeterminato, né sorgeva in capo a quel lavoratore un diritto all'assunzione a tempo indeterminato. In senso contrario, cfr. l'Interpello del Ministero del lavoro del 31 luglio 2009 n. 66, in cui si è ritenuta ammissibile l'assunzione a termine in assenza di convenzione (nel rispetto del d.lgs. 368/2001), anche se, per quanto riguarda la copertura della quota di riserva, tale tipologia di assunzione "potrebbe non consentire l'adempimento degli obblighi occupazionali, laddove la durata dello stesso contratto fosse inferiore a 9 mesi", ciò alla luce dell'art. 4, l. n. 68/1999.

⁴ BOZZAO, *Il collocamento mirato e le relative convenzioni*, in CINELLI, SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commento alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, 2000, p. 202.

⁵ CORBO, *Le convenzioni per il diritto al lavoro dei disabili: natura, struttura, funzione e strumenti di tutela*, in *ADL*, 2009, 2, p. 386.

dente alle proprie esigenze”⁶, in nome del duplice obiettivo costituzionale di assistenza e di libertà di iniziativa economico privata (artt. 38, co. 3 e 41, co. 1, Cost.).

Non a caso gli strumenti convenzionali sono stati definiti una delle “parti più innovative e qualificanti della riforma del diritto al lavoro dei disabili”⁷, in quanto nell’“ampio e duttile contenitore”⁸ sono concentrati gli elementi principali della transizione dal collocamento obbligatorio a quello mirato e, dunque, rappresentano la “chiave di lettura” del complessivo sistema di tutele delineato dalla legge⁹.

In seguito a diversi interventi del legislatore diretti a incidere, attraverso modifiche significative, non solo sul “profilo strutturale e funzionale”¹⁰ dello strumento convenzionale, ma anche sul connesso sistema degli incentivi (*infra*), attualmente è possibile delineare tre tipologie di convenzioni: la prima per l’inserimento e l’integrazione lavorativa (art. 11); la seconda finalizzata all’inserimento lavorativo temporaneo con finalità formative (art. 12) e la terza c.d. di inserimento lavorativo diretta all’assunzione di disabili con “particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario” (art. 12-*bis*). Tali tipologie si differenziano tra loro a seconda che il datore di lavoro assuma il disabile e: a) ne utilizzi la prestazione lavorativa; b) lo distacchi temporaneamente presso un terzo; c) differisca l’assunzione del disabile al momento della scadenza della convenzione, in quanto quest’ultima prevede la temporanea assunzione e utilizzazione del soggetto da parte di un terzo¹¹. Dal punto di vista strutturale, quindi, il legislatore ha preferito delineare modelli flessibili e più facilmente adattabili alle differenti esigenze dell’inserimento.

⁶ Così RIGANÒ, *Commento all’art. 11*, in SANTORO PASSARELLI G., LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Commentario*, in NLCC, 2000, 6, p. 1428.

⁷ Cfr. Ministero del Lavoro, “Seconda Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 12 marzo 1999” n. 68, Roma, 2004, 22.

⁸ Così TULLINI, *Il diritto al lavoro dei disabili: dall’assunzione obbligatoria al collocamento mirato*, in DML, 1999, p. 244.

⁹ In tal senso, CORBO, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰ Cfr. GAROFALO D., *L’inserimento e l’integrazione lavorativa dei disabili tramite convenzione*, in RDSS, 2010, p. 232, il quale fa riferimento a ben quattro interventi modificativi: il d.lgs. n. 10 settembre 2003 n. 276, la l. 27 dicembre 2006 n. 296, la l. 24 dicembre 2007 n. 247 e la l. 6 agosto 2008 n. 133, ai quali successivamente si sono aggiunti la l. 23 dicembre 2014 n. 190, il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151 e il d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185.

¹¹ La ricostruzione è di GAROFALO D., *L’inserimento e l’integrazione*, cit., p. 233.

Considerato che, in entrambe le vicende sottoposte al giudizio della Cassazione, la convenzione che ha legittimato l'assunzione a termine era quella ex art. 11, co. 1-3, l. 68/1999, risulta opportuno ricordarne brevemente i tratti distintivi.

In generale, il modello convenzionale ex art. 11 è fondato sul coinvolgimento bilaterale di amministrazione e soggetto privato, ma prevede diversi sottotipi in base alle caratteristiche dei soggetti coinvolti e delle finalità perseguite¹².

Il primo sottotipo (c.d. "generale") è costituito dalle convenzioni ordinarie di programma, mirate a "favorire l'inserimento lavorativo dei disabili" sulla base di un programma concordato tra servizio competente e datore di lavoro, al fine di pianificare gli ingressi nel mercato del lavoro delle persone con disabilità (art. 11, c. 1 e 2): si intende così garantire, *a latere praestatoris*, un avviamento adeguato alle sue caratteristiche umane e professionali, e *a latere datoris*, "una corretta progressione qualitativa e quantitativa degli inserimenti", in base alle specificità tecniche e organizzative aziendali¹³.

Per il secondo sottotipo, rappresentato dalle convenzioni di "integrazione lavorativa per l'avviamento di disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo lavorativo ordinario", si prevedono forme di sostegno, consulenza e tutoraggio da parte dei servizi pubblici competenti, nonché verifiche periodiche sull'andamento del percorso formativo (c. 4); invece, nel terzo rientrano le convenzioni di inserimento mirato, nell'ambito delle quali è possibile coinvolgere operatori e imprese del c.d. terzo settore (cooperative sociali e loro consorzi, organizzazioni di volontariato, ecc...), che, quindi, assumono un ruolo rilevante nell'attuazione delle politiche del lavoro dirette all'inserimento lavorativo dei disabili (c. 5).

In particolare, in relazione alla convenzione di inserimento lavorativo di cui ai co. 1-3, dell'art. 11, che in questa sede rileva, la legge prevede la facoltà di concordare tempi e modalità di adempimento dell'obbligo anche in deroga alle previsioni legali. In particolare, tra le possibili modalità oggetto di negoziazione – elencate a titolo esemplificativo dalla legge¹⁴ – rientrano

¹² Secondo CORBO, *op. cit.*, p. 387, "dall'articolazione tipologica si rileva una flessibilità nella flessibilità".

¹³ Cfr., in tal senso, le premesse dell'Accordo della Conferenza permanente per i rapporti tra lo stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano del 22 febbraio 2001, n. 13426.

¹⁴ L'uso dell'avverbio "anche" fa propendere per la non tassatività dell'elencazione, tant'è

lo svolgimento di tirocini formativi o di orientamento, la previsione di un periodo di prova più lungo rispetto a quanto stabilito dai contratti collettivi, la facoltà di scelta nominativa¹⁵, nonché l’assunzione con contratto a termine¹⁶.

Ebbene, secondo la pronuncia più datata, ossia quella del 2010, il ricorso al contratto a termine, espressamente contemplato dalla l. n. 68/1999, costituirebbe “un’ipotesi speciale [e, quindi, derogatoria] rispetto a quelle considerate nelle regole generali della materia del contratto a tempo determinato”, così come speciali andrebbero considerate le ulteriori modalità negoziabili in convenzione¹⁷.

In tale prospettiva, l’eventuale assunzione a termine pattuita nella convenzione risulterebbe funzionale non solo all’“individuazione della forma di assunzione più adatta, in un determinato momento, al tipo di inabilità e di disagio dell’invalido”, ma anche alla promozione dell’assunzione di personale invalido che presenti particolari problemi di inserimento lavorativo (nel caso di specie si trattava di un disabile psichico). Del tutto distonica rispetto alla realizzazione di tali obiettivi risulterebbe l’applicazione – a tale tipologia di assunzione – della disciplina generale delle causali giustificative del contratto a tempo determinato¹⁸: è come se, per i giudici, i vincoli causali di cui al d.lgs. 368/2001 finissero per sminuire la finalità inclusiva della modalità assunzionale convenuta. Ed è proprio in virtù della “collocazione” di tale modalità “tra altre misure derogatorie rispetto alla disciplina generale (...), in un’ottica di collocamento mirato del soggetto disabile”, nonché della

che, successivamente, è stata ammessa la stipulazione del contratto di inserimento (cfr. Circolare Ministero del lavoro, 10 giugno 2008, n. 17) e del *part-time*. A tal proposito, secondo l’Accordo della Conferenza permanente, *cit.*, la convenzione può avere oggetto “tutte le ordinarie tipologie di inserimento previste dall’ordinamento”, in presenza dell’intento della “stabilizzazione, seppure progressiva, del rapporto di lavoro”.

¹⁵ Com’è noto, il d.lgs. n. 151/2015 (art. 6, co. 1, lett. a)), modificando l’art. 7, co. 1, l. n. 68/1999, ha previsto la generalizzazione del sistema della richiesta nominativa che, invece, nel testo previgente, aveva efficacia meramente residuale.

¹⁶ Secondo CORBO, *op. cit.*, p. 396, questa previsione risolve in senso negativo il “problema dell’utilizzabilità del contratto a termine, al di fuori delle convenzioni, ai fini della computabilità nella quota di riserva della relativa assunzione”.

¹⁷ Così Cass. 31 maggio 2010 n. 13285, *cit.* Nello stesso senso si era pronunciata precedentemente la giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Modena 22 giugno 2007, in *MGL*, 2008, p. 159, con nota di DALLACASA e Trib. Milano 14 settembre 2007, in *D&L*, 2008, p. 139, con nota di VESCOVINI.

¹⁸ Cfr. ancora Cass. 31 maggio 2010 n. 13285, *cit.*

“ratio giustificativa di una tale collocazione”, che si può affermare la “specialità” del contratto a termine *ex art. 11, co. 2, l. 68/1999*, al quale, quindi, si potrà ricorrere indipendentemente dall’applicazione dei limiti all’epoca stabiliti dall’art. 1, co. 1 e 2, d.lgs. 368/2001; cosicché la mancata indicazione delle causali non comporterebbe l’inefficacia del termine apposto e, quindi, la trasformazione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato.

Una specialità – quella di cui parla la Corte – che si limiterebbe soltanto a legittimare l’utilizzo in ambito convenzionale del contratto a termine “acausale”, alla luce di una *ratio* interna alla legge sul collocamento mirato, volta a favorire l’inserimento di un lavoratore affetto da una grave patologia (disabilità psichica), per il quale il ricorso allo strumento convenzionale rappresenta l’unico strumento di inserimento.

In conclusione, l’assunzione a tempo determinato nell’ambito del collocamento mirato si collocherebbe in un sistema diverso da quello delineato dal d.lgs. 368/2001 e, quindi, sarebbe la stessa normativa speciale [ossia la l. 68/1999] a individuare “nei modi indicati la particolare ragione giustificativa del termine”¹⁹. Quindi, sarebbe lo stesso art. 11, co. 2, l. 68/1999, analogamente alla normativa sul contratto a termine, a richiedere (seppur in modo indiretto e implicito) la sussistenza di una ragione oggettiva che, diversamente da quelle di natura tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva, avrebbe natura solidaristica; essa coincidendo con la finalità inclusiva del disabile, troverebbe il suo fondamento nel sistema complessivo della legge sul collocamento mirato, ma ancor prima nei principi costituzionali di cui agli artt. 38, co. 2 e 41, co. 1, Cost.²⁰.

Contrariamente a quanto sostenuto nella prima pronuncia, in cui la specialità del contratto a termine *ex art. 11* giustifica la liberalizzazione dell’assunzione del disabile, la Cassazione, nella pronuncia del 2016, esclude che lo strumento convenzionale possa sollevare il datore di lavoro dall’obbligo di

¹⁹ Sono queste le conclusioni cui giunge Cass. 31 maggio 2010, n. 13285, cit.

²⁰ Cfr. SQUEGLIA, *Assunzione a termine di lavoratore diversamente abile e assenza di motivazioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*, in *DRI*, 2011, I, p. 144 e s., il quale evidenzia i punti di contatto con la fattispecie di cui all’art. 8, co. 2, l. 23 luglio 1991 n. 223, in relazione alla quale la giurisprudenza di legittimità, quella di merito e la prassi amministrativa hanno riconosciuto un’ulteriore ipotesi di contratto a termine derogatoria – rispetto a quelle previste dall’allora vigente l. 18 aprile 1962 n. 230 – che prescinderebbe dal riferimento a cause oggettive, richiedendo unicamente un requisito soggettivo, ossia lo stato di disoccupazione del soggetto e l’iscrizione nelle liste di mobilità.

indicare (e provare) le ragioni che giustificano l'apposizione del termine. Infatti, gli ermellini, attraverso una motivazione scrupolosa, “ben argomentata ed (...) efficace nella sua sintesi”²¹, fondata su condivisibili richiami al diritto europeo e a quello internazionale, evidenziano in modo critico le irragionevoli conseguenze della precedente decisione.

In primis, viene richiamata la dir. 99/70 CE del 28 giugno 1999 e, in particolare, la previsione secondo cui si potrebbero sottrarre (su decisione del singolo Stato membro e previa consultazione delle parti sociali) all'applicazione delle regole *ivi* contenute soltanto “contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici” (clausola 2, lett. b)), ipotesi, queste, non riscontrabili nel caso di specie.

Passando poi alla normativa nazionale, i giudici osservano come nè il d.lgs. n. 368/2001 prevede alcuna deroga per i contratti a termine conclusi nel rispetto di convenzioni tra organi pubblici deputati e imprese; nè, nella l. n. 68/1999, è rinvenibile alcun elemento di natura letterale per ritenere che il legislatore abbia inteso “esentare” tali assunzioni dal rispetto delle regole generali in materia, limitandosi, invece, a mettere a disposizione delle imprese un ulteriore strumento da utilizzare per agevolare l'inserimento lavorativo di questi soggetti più deboli.

Oltre ai riscontri oggettivi, secondo la Corte, andrebbero considerate le conseguenze sul piano delle agevolazioni che la legge (all'epoca) riserva(va) ai datori di lavoro (obbligati e no) che adoperassero lo strumento delle convenzioni *ex art. 11*, l. n. 68/1999.

A tal proposito, è opportuno ricordare che l'intero sistema degli incentivi originariamente previsto dalla l. n. 68/1999 (art. 13) è stato ridefinito nel corso degli anni. In seguito alla novella del 2007²², diretta a raccordare la disciplina nazionale con l'allora vigente normativa comunitaria relativa agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione²³, oltre ad essere stata modificata la definizione dell'emolumento (non si parlava più di “contributo all'assunzione”, ma di “incentivo”), era stato sancito il passaggio dalla fiscalizzazione dei contributi previdenziali e assistenziali (totale o parziale, a seconda del grado di invalidità del disabile) alla concessione di un contributo all'assun-

²¹ Così BUFFA, *op. cit.*

²² Si tratta della l. 24 dicembre 2007, n. 247 (art. 1, co. 37, lett. c)).

²³ Si tratta del Regolamento (CE) n. 2204 della Commissione del 5 dicembre 2002.

zione erogato dalle regioni solo per le convenzioni *ex art. 11* relative ai disabili con riduzione della capacità lavorativa pari almeno al 67% e ragguagliato a una percentuale del costo salariale annuo da corrispondere al lavoratore (variabile in base al grado di invalidità).

Da ultimo, con la riforma del 2015, nell'ottica della semplificazione del procedimento di concessione degli incentivi, sono state apportate alcune modifiche strutturali all'art. 13, l. n. 68/1999. Infatti, per assicurare una tendenzialmente stabilità del rapporto di lavoro, il legislatore ha reintrodotto un incentivo economico concesso su base mensile (come l'originario sgravio contributivo), in luogo del contributo all'assunzione *una tantum* previsto nel 2007, prevedendo, quale presupposto per la concessione, non più la stipula delle convenzioni, ma l'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato (solo per i disabili psichici o intellettivi è ammessa anche l'assunzione a termine di durata non inferiore a 12 mesi)²⁴. Inoltre, sul versante delle competenze per la concessione dell'incentivo, è stata prevista la conversione dell'incentivo regionale in incentivo erogato direttamente dall'Inps (tramite conguaglio nelle denunce contributive mensili), a condizione che vi sia una disponibilità effettiva di risorse nel Fondo Nazionale disabili, dal quale si attinge²⁵.

Ebbene, secondo la Corte, se agli incentivi (all'epoca) concessi solo ai datori di lavoro che avessero fatto ricorso alle convenzioni, si andasse ad aggiungere anche "la sterilizzazione della normativa" sul ricorso al contratto a termine, si finirebbe per spostare il baricentro del sistema del collocamento mirato verso i datori di lavoro, tradendo così l'obiettivo principale della legge.

Alla luce di queste attente valutazioni i giudici sono portati a ritenere l'opzione normativa (di non derogare alle regole generali sul contratto a ter-

²⁴ In sostanza, il periodo di fruizione dell'incentivo varia in base al tipo di disabilità di cui è portatore il lavoratore (la durata *standard* è di 36 mesi, ma per i lavoratori con disabilità intellettiva e psichica è di 60 mesi). La misura dell'incentivo, invece, varia in base al grado di riduzione della capacità lavorativa. Cfr. art. 13, co. 1, 1-bis, 1-ter, l. n. 68/1999 in seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 151/2015 (art. 10). Su questi profili, si rinvia ampiamente a GAROFALO D., *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016, 1, p. III ss.

²⁵ Si passa, quindi, da una ripartizione di risorse (annuale) tra regioni e province autonome in proporzione alle richieste presentate e ritenute ammissibili, ad un affidamento esclusivo della gestione del suddetto Fondo all'Inps. Per la procedura di concessione dell'incentivo, cfr. art. 13, co. 1-ter, l. n. 68/1999. Il co. 5 prevede che l'ammontare delle risorse del Fondo da trasferire dall'Inps (dal 2016) è determinata con decreto del Ministero del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con un aggiornamento annuale: cfr. d.i. del 23 marzo 2016.

mine) “doverosa”, in quanto la scelta opposta finirebbe per produrre effetti discriminatori, ponendo il sistema delle assunzioni *ex l. n. 68/1999* in contrasto con la *dir. 00/78 CE* del 27 novembre 2000, nonché con l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (d’ora in poi: Carta), di sicuro applicabile alla fattispecie in esame alla luce dell’art. 51 relativo al campo di applicazione della Carta stessa. Infatti, in virtù del divieto di “qualsiasi forma di discriminazione fondata (...) [sul]la disabilità”, sancito dalla Carta (art. 21, par. 1) e del corrispondente divieto di discriminazione nelle condizioni di accesso all’occupazione, propugnato dalla *dir. 00/78/CE* (art. 3), nonché della previsione – dettata dalla stessa direttiva – sull’attuazione delle c.d. “soluzioni ragionevoli per i disabili”, quali provvedimenti datoriali (adeguati in base alle esigenze concrete) finalizzati all’attuazione il principio di parità di trattamento, non sarebbe di sicuro legittimo escludere il diritto delle persone disabili di rivendicare in via giudiziaria l’applicazione dei criteri generali previsti dalla disciplina generale ai fini dell’assunzione a tempo determinato. In altre parole, se si seguisse l’impostazione accolta dalla Corte di appello di L’Aquila, e prima ancora dalla sentenza della Cassazione n. 13285/2010, i disabili risulterebbero discriminati rispetto agli altri lavoratori, non potendo far valere in giudizio la mancata allegazione da parte del datore di lavoro delle ragioni giustificatrici del termine apposto al contratto di lavoro.

Ma gli “effetti collaterali” più gravi di tale interpretazione consisterebbero nell’attribuire al datore di lavoro il potere di “predisporre all’interno del ciclo produttivo ordinario alcuni posti di lavoro riservati in via stabile ai disabili” (oltretutto grazie a massicce “facilitazioni” da parte degli organi pubblici), impedendo, però, a tali soggetti l’accesso “a posti di lavoro stabili e duraturi”; ciò in quanto, per quei determinati posti, si sceglierebbe di assumere in via sistematica disabili a termine che, al momento della scadenza del contratto, verrebbero sostituiti da altri disabili assunti con la medesima modalità. In questo modo, il sistema legale delle agevolazioni non risulterebbe più funzionale all’inserimento stabile di questi soggetti deboli nel mercato del lavoro, ma al contrario, consolidando il sistema delle assunzioni a termine “all’infinito”, finirebbe con l’aggravarne la precarietà, per di più sostenuta da finanziamenti pubblici. Ed è quanto si è riscontrato nel caso in esame, in cui, secondo quanto dedotto schiettamente dalla società resistente, il mancato rinnovo del contratto a termine era motivato dalla necessità di assumere altri disabili, sempre a tempo determinato e attraverso lo strumento convenzionale.

In conclusione, in presenza di un orientamento non univoco della Cassazione, la questione si potrebbe considerare ancora aperta almeno in relazione alle assunzioni a termine di disabili effettuate (attraverso lo strumento convenzionale) prima dell'entrata in vigore delle nuove regole sul contratto a tempo determinato, rispetto alle quali, in caso di controversia, i giudici di merito – in assenza di un intervento chiarificatore e risolutivo da parte delle Sezioni Unite – potranno giungere, verosimilmente, a conclusioni difformi a seconda che si conformino alla prima o alla seconda pronuncia. Com'è noto, infatti, il Governo, operando inizialmente in via d'urgenza, attraverso il d.l. n. 34/2014 e, successivamente, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183, attraverso il d.lgs. n. 81/2015, nell'ottica di deflazionare il contenzioso e, per l'effetto, di potenziare il contratto a termine per “dare un immediato impulso ad un mercato del lavoro asfittico”²⁶, ha disposto la liberalizzazione totale²⁷ di questa tipologia contrattuale (attraverso l'eliminazione dell'obbligo di indicare le causali), confermando, seppur con qualche elemento di novità, il “duplice limite quantitativo”²⁸, che finisce per rappresentare lo spartiacque tra contratto a termine e la forma comune del rapporto di lavoro.

3. *La soluzione offerta dalla Cassazione alla luce delle “connessioni” col diritto sovranazionale e internazionale*

Il profilo più interessante della sentenza in esame riguarda, di sicuro, la scelta di risolvere la controversia alla luce dei principi del diritto europeo e del diritto internazionale; tale opzione ermeneutica e metodologica induce i giudici a discostarsi dalla precedente decisione che, invece, aveva definito la questione inquadrandola nell'ambito più circoscritto del diritto nazionale.

A sostegno della dichiarata “coerenza” della soluzione accolta con il di-

²⁶ Così, SCHIAVONE, *Contratto a termine: limiti e divieti*, in GHERA E., GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Cacucci, 2015, p. 244. Critica l'idoneità dell'intervento rispetto alla finalità, BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, p. 556.

²⁷ MISCIONE, “Jobs Act” con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge delega, in *LG*, 2014, p. 305 ss.

²⁸ CARINCI F., *Jobs Act, atto I. La legge 78/2014 fra passato e futuro*, in *WPADAPT*, 15 ottobre 2014, p. 27 s.

ritto internazionale e sovranazionale, la sentenza in commento richiama, da un lato, la Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sui diritti delle persone con disabilità (d'ora in poi: Convenzione)²⁹ e, da un altro, le direttive europee antidiscriminatorie, nonché i principi propugnati dalla Carta.

Com'è noto, la Convenzione, quale strumento condiviso dalla comunità internazionale per ampliare il grado di inclusione sociale dei disabili, pur collocandosi nel solco di una lunga tradizione giuridica, ha sancito la conclusione di un processo di sviluppo del diritto internazionale in questa materia e ha rappresentato “una variazione di paradigma rispetto al tradizionale modo di intendere la disabilità”³⁰. È stato così inaugurato un vero e proprio “modello sociale della disabilità”, in cui si riconosce centralità non al *deficit*, alla minorazione del disabile, ma alle sue potenzialità, da esprimere in un contesto socio-culturale “ragionevolmente accomodato”³¹. Dunque, “riconoscendo i preziosi contributi, esistenti e potenziali, apportati da persone con disabilità in favore del benessere generale e della diversità delle loro comunità” e considerando l'importanza di coinvolgere attivamente questi soggetti “nei processi decisionali inerenti alle politiche e ai programmi, inclusi quelli che li riguardano direttamente” (lett. m) e o) del Preambolo), la Convenzione mira a “promuovere, proteggere e assicurare” il loro “pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali” e “il rispetto per la loro intrinseca dignità” (art. 1, co. 1), anche attraverso “la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società”.

In particolare, per quanto concerne lavoro e occupazione, si afferma il diritto all'opportunità di mantenersi attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato “in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità” (nonché il diritto al lavoro anche per coloro che sono divenuti inabili nel corso del rapporto lavorativo), con l'obiettivo di impedire qualsiasi forma di discriminazione sia nell'accesso al lavoro, sia nello svolgimento del rapporto e di ga-

²⁹ La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 13 dicembre 2006 ed entrata in vigore il 3 maggio 2008, è stata ratificata (unitamente al relativo Protocollo opzionale) e resa esecutiva dall'Italia con la L. n. 18/2009, con cui è stato anche istituito l'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (art. 3).

³⁰ Così SIMONETTI, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, p. 73 ss.

³¹ GRISAFI, *I diritti e doveri (risarcitori) del disabile*, in *RC*, 2010, 7, p. 537.

rantire ai disabili l'esercizio dei propri diritti del lavoro e sindacali su base di eguaglianza con gli altri (art. 27). È importante evidenziare come tali principi siano stati di recente ribaditi dalla Strategia europea sulla disabilità 2010-2020, nell'ambito della quale l'occupazione rappresenta uno degli otto ambiti d'azione principale ai fini dell'eliminazione della barriera: l'integrazione nella società, a partire dalla famiglia, dalla scuola, non può che completarsi con un pieno inserimento/reinserimento nella realtà lavorativa, in quanto "un impiego di qualità assicura l'indipendenza economica, favorisce la riuscita personale e offre la migliore tutela contro la povertà".

Ebbene, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza europea, la Convenzione, quale primo strumento internazionale sui diritti umani giuridicamente vincolante, formando parte integrante dell'ordinamento dell'UE³², rappresenta la fonte giuridica da cui derivano anche i criteri ermeneutici per l'interpretazione della dir. 00/78/CE (e le altre direttive antidiscriminatorie)³³, a conferma del "particolare valore che la tutela delle persone portatrici di *handicap* assume nell'ordinamento sovranazionale"³⁴.

Ed è proprio quest'ultima direttiva ad essere specificamente richiamata dalla sentenza *de quo*, quale emblematico riferimento del diritto antidiscriminatorio europeo³⁵, ponendosi l'obiettivo di lottare contro alcuni fattori di discriminazione (tra cui la disabilità) per garantire la parità di trattamento tra le persone sul luogo di lavoro.

In particolare, riguardo alla disabilità, l'obbligo previsto in capo ai datori

³² La Convenzione è stata firmata dall'UE il 30 marzo 2007 ed è entrata in vigore il 22 gennaio 2011.

³³ In questo si esprime la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione delle dir. 00/43 CE del 29 giugno 2000 e 00/78/CE, Bruxelles, 17 gennaio 2014, COM (2014) 2 final, 15, sulla base di alcune pronunce della Corte di Giustizia: CG 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, per conto di Jette R., c. Dansk almennyttigt Boligselskab* (C-335/11) e *HK Danmark, per conto di Lone S.W., c. Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S, in stato di fallimento* (C-337/11); CG 8 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. c. A Government department e The Board of management of a community school*; CG 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA), per conto di Karsten Kaltoft, c. Kommunernes Landsforening (KL), per conto di Billund Kommune*, tutte reperibili in <http://curia.europa.eu>.

³⁴ Così Cass. 4 febbraio 2016 n. 2210, in *LG*, 2016, 5, p. 511 espressamente richiamata dalla sentenza che si annota.

³⁵ Sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio europeo alla luce di alcune recenti sentenze della CGUE sulla nozione di *handicap*, cfr. ampiamente PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, 1, p. 199 ss.

di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli per questi soggetti, ossia “misure appropriate, (...) efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell’handicap”³⁶ – in conformità ai principi normativi di matrice internazionale, i quali sollecitano l’attuazione di “modifiche” e “adattamenti necessari ed appropriati (...) per garantire alle persone disabili il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali” (art. 2, Convenzione) – rappresenta uno degli elementi fondamentali della direttiva (art. 5), tant’è che la Commissione europea ha controllato rigorosamente il corretto recepimento di questa previsione da parte degli ordinamenti nazionali: nel nostro Paese, infatti, tali misure sono state rese obbligatorie solo con la l. 9 agosto 2013 n. 99, in seguito alla dura condanna inflittaci dalla Corte di Giustizia³⁷.

L’altro riferimento del diritto europeo cui si aggancia la decisione in commento è l’art. 21 della Carta, al quale si è già fatto cenno. Ai fini che qui interessano, giova solo ricordare come, in una pronuncia coeva a quella qui annotata, la giurisprudenza di legittimità, in linea con quanto più volte affermato dalla Corte Costituzionale, abbia evidenziato che, anche nelle fattispecie alle quali la Carta “non sia direttamente applicabile in quanto ‘fonte’”, trattandosi di “questione [che] non può definirsi attuativa del diritto dell’Unione”, non può dubitarsi che del “suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei” il rispetto dei quali deve presumersi nelle politiche legislative degli Stati membri, tanto più quando quel principio è replicato in altre Carte ratificate dall’Italia ed è supportato dalla Convenzione³⁸. Proprio in quest’ottica, la Corte costituzionale, in diverse occasioni

³⁶ Cfr. XX Considerando della dir. 00/78/CE che, a titolo esemplificativo, fa riferimento a misure di ordine fisico (sistemazione dei locali, adattamento delle attrezzature), organizzativo (intervento sui ritmi di lavoro e sulla suddivisione dei compiti) e formativo (fornitura di mezzi di formazione o di inquadramento). In particolare, l’art. 5 della direttiva stabilisce l’obbligo del datore di lavoro di adottare i “provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato”.

³⁷ Cfr. art. 9, co. 4-ter, l. n. 99/2013, che ha introdotto il co. 3-bis all’art. 3, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, in seguito alla pronuncia della CGUE, sez. IV, 4 luglio 2013, causa C-312/11, Comm. UE c. Repubblica italiana (in *RIDL*, 2013, 4, II, 922, con note di CINELLI e di LUGHEZZANI), con cui l’Italia è stata condannata per non aver recepito correttamente e completamente l’art. 5 della dir. 00/78/CE.

³⁸ Cfr. Cass. 4 febbraio 2016 n. 2210, cit., che richiama C. Cost. 24 aprile 2002 n. 135, in *Cass. Pen.*, 2002, 2285, nel cui iter argomentativo compare per la prima volta il riferimento alla

ha richiamato, a fini interpretativi, non solo le disposizioni della Carta in “questioni non di diritto europeo” ai sensi dell’art. 51, della Carta medesima³⁹, ma anche la giurisprudenza europea e le Convenzioni internazionali, nella logica di un collegamento sincronico tra l’interpretazione della fonte costituzionale e l’evoluzione delle fonti sovranazionali da cui la prima “trae ulteriore coerenza”⁴⁰.

D'altronde non è la prima volta che gli stessi giudici di legittimità, nell’attività interpretativa (*rectius*: nel dubbio interpretativo), hanno fatto ricorso alla tecnica dell’interpretazione conforme al diritto sovranazionale e internazionale; anzi, la scelta di risolvere le questioni controverse inquadrandole in prospettiva giuridica più ampia sembra essere un elemento costante delle più recenti pronunce in tema di disabilità. La *ratio* è chiaramente quella di valorizzare la tutela del soggetto disabile, “meritevole di una protezione rafforzata anche sul piano lavorativo”, privilegiando, sul piano metodologico, una “logica di integrazione tra fonti di protezione dei diritti fondamentali interne, convenzionali, sovranazionali ed internazionali”⁴¹.

Questo processo osmotico di integrazione tra fonti di matrice diversa rappresenta una “preziosa e significativa indicazione anche per il Giudice comune, in particolare per quello di legittimità”, al quale spetta, in primo luogo, il compito di “orientare, senza rotture con il dato letterale delle norme

Carta (artt. 7 e 52), oltre ad essere richiamati la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 8) e il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17).

³⁹ È quanto ricorda Cass. 4 febbraio 2016 n. 2210, cit., richiamando l’art. 51, Carta, ai sensi del quale la Carta vincola anzitutto le istituzioni e gli organi dell’Unione; gli Stati membri, invece, sono tenuti ad osservare le disposizioni della Carta, solo quando attuano il diritto dell’Unione.

⁴⁰ Cfr., da ultimo, C. Cost. 23 luglio 2015 n. 178, in *GI*, 2015, 12, 2703, con nota di SCAGLIARINI. Nella decisione, che ha dichiarato l’incostituzionalità del c.d. blocco della contrattazione collettiva per il lavoro pubblico risultante da tutta una serie di disposizioni introdotte a partire dalla c.d. “Manovra correttiva 2011” – (d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111), specificate dal d.P.R. 4 settembre 2013, n. 122 e prorogate dalle Leggi di stabilità per il 2014 e il 2015, si fa riferimento non soltanto alla Carta (art. 28), ma anche alla Carta sociale europea, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in relazione all’interpretazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 11) e alle Convenzioni Oil (n. 87, 98, 151).

⁴¹ In tal senso, cfr. sempre Cass. 4 febbraio 2016 n. 2210, cit., che richiama anche l’art. 15 della Carta sociale europea e l’art. 26 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

nazionali, la giurisprudenza interna in modo che sia coerente con i vincoli liberamente assunti dal nostro paese in sede europea e internazionale”⁴².

Ma non è tutto. Questo policentrismo normativo che coinvolge più ordinamenti e permette di strutturare l'apparato di tutela dei diritti fondamentali su più livelli, potrebbe essere funzionale al superamento di limiti e aporie della normativa nazionale sul collocamento mirato. Quest'ultima, infatti, nonostante le misure recentemente messe in campo dal legislatore del *Jobs Act* (artt. 11-13, d.lgs. n. 151/2015 e s.m.i.)⁴³, risulta ancora inadeguata rispetto all'obiettivo di favorire un'effettiva integrazione lavorativa delle persone disabili e, dunque, più ampiamente, di rendere effettivo il loro diritto di beneficiare di misure idonee a “garantire l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità” (art. 26 Carta), al fine di realizzare quell'ampliamento del grado di inclusione sociale propugnato nella Convenzione. Per il pieno raggiungimento di questo “ambizioso” obiettivo sarà necessario un profondo mutamento culturale, che partendo da una maggiore sensibilizzazione della coscienza collettiva rispetto ai diritti di questi soggetti e all'utilità generale del loro contributo, deve poi tradursi nell'abbandono della tradizionale visione medica, assistenzialistica e compassionevole, che considera i disabili come meri “destinatari (passivi)”⁴⁴ delle politiche di sostegno e di assistenza messe in atto, a favore di una prospettiva più moderna – ispirata all'eguaglianza sostanziale – che li reputa soggetti “attivi”, titolari di “potenzialità il cui apporto umano, sociale ed economico alla collettività può contribuire ad incrementare il senso di appartenenza generale alla stessa”⁴⁵.

⁴² Così ancora Cass. 4 febbraio 2016 n. 2210, cit. Nello stesso senso, cfr. anche Cass. 3 novembre 2015, n. 22421, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, secondo cui la Convenzione è “finalizzata a garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti” e Cass. 6 aprile 2011 n. 7889, in *DPL*, 2013, 16, p. 1086, che richiama l'art. 26 della Carta e l'art. 27 della Convenzione.

⁴³ Per una disamina delle novità introdotte in materia dal *Jobs Act*, cfr. GAROFALO D., *Jobs act*, cit., p. 89 ss. Cfr. anche GRAGNOLI, *Il collocamento obbligatorio e le politiche attive*, in *RGL*, 2016, 3, 533 ss., che parte da un'analisi critica delle politiche del lavoro nei confronti dei soggetti disabili e dalle ragioni dello scarso successo del collocamento obbligatorio.

⁴⁴ Così DI STASI, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del “collocamento mirato”*, in *ADL*, 2013, p. 902 ss.

⁴⁵ Così SIMONETTI, *op. cit.*, p. 73 ss.

Key words

Disabili, contratto a termine, convenzione, l. n. 68/1999, d.lgs. n. 368/2001, diritto sovranazionale, diritto internazionale.

Disabled, fixed term contract, agreement, law n. 68/1999, legislative decree n. 368/2001, supranational law, international law.

Roberta Calvano

Il quesito referendario sull'art. 18.

Corte e promotori tra giudizio di ammissibilità
e politica

1. Ancora una volta il ventaglio di pronunce rese nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum* espone la Corte alla critica dell'opinione pubblica, in ragione di una giurisprudenza sui requisiti del quesito referendario apparentemente criptica ed imprevedibile.

Questa difficile leggibilità dell'operato del giudice costituzionale in materia di *referendum* rischia di sommarsi oggi ad un diffuso sentimento di distanza delle istituzioni dalla società, rischiando di contribuire ad approfondire un divario sempre più preoccupante. Non si intende con ciò sostenere la necessità di una ricerca del consenso popolare da parte del giudice costituzionale, fenomeno che sarebbe quanto mai improprio, oltre che estraneo alla funzione della giustizia costituzionale. È superfluo ricordare che il nostro sistema costituzionale non prevede una legittimazione politica per la Corte, ma esclusivamente tecnica, basata sull'autorevolezza complessiva dell'organo, che può derivare dalla elevata competenza tecnico giuridica dei componenti, oltre che dalla coerenza e saggezza degli orientamenti giurisprudenziali. La riflessione nasce tuttavia dalla difficoltà del costituzionalista di spiegare decisioni che giungono a valle di un procedimento lungo e partecipato, come quello della raccolta delle firme per le iniziative referendarie popolari¹.

¹ Per di più con l'aggravante della sempre più frequente, e totalmente impropria, circolazione di "voci" sugli organi di informazione circa le posizioni dei diversi giudici costituzionali, nonché l'assegnazione, a seguito della discussione in camera di consiglio, del compito di estensore a giudice diverso dal relatore inizialmente assegnato al procedimento.

2. Invece, ancora una volta, si giunge con la sentenza 26/17 ad una decisione profondamente controversa in materia di estrema delicatezza, dato anche il valore di “norma manifesto” di una delle disposizioni coinvolte nel quesito². Si tratta infatti di una decisione vertente su un ennesimo quesito sull’articolo 18 della legge 300/70, dopo che già in passato altri quesiti avevano investito la medesima disciplina³.

Il quesito sul quale il principale sindacato italiano ha raccolto tre milioni e trecentomila firme era stato poi intitolato dall’Ufficio centrale per il *referendum* come “abrogazione di disposizioni in materia di licenziamenti illegittimi”. I promotori chiedevano l’abrogazione di due gruppi di disposizioni, con ambiti applicativi differenti, regolanti complessivamente *i due binari paralleli* di disciplina degli strumenti di tutela del lavoratore contro i licenziamenti illegittimi. Il quesito chiedeva in particolare l’abrogazione di alcuni frammenti delle disposizioni riunite nell’art. 18 della legge 300/70 (Statuto dei lavoratori, modificato dalla legge 92/12, cd. legge Fornero), nonché dell’intero testo del d.lgs. 23/15 (disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti – attuativo del *Jobs Act*)⁴.

Questo primo dato già avrebbe potuto indurre a dubitare dell’ammissibilità di un quesito così formulato, dovendosi tener conto del requisito dell’omogeneità posto dalla Corte Costituzionale tra i limiti all’ammissibilità del *referendum* elaborati nella sua oramai quasi quarantennale giurisprudenza, a partire dalla sentenza 16/78.

Il criterio dell’omogeneità richiede, infatti, che non si riuniscano in un unico quesito più disposizioni aventi oggetto diverso, sulle quali l’elettore potrebbe voler esprimere il proprio voto in modo difforme. Ciò a tutela della libertà del voto di cui all’art. 48 Cost. (“il voto è personale ed eguale, libero e segreto”), dovendosi intendere tale libertà non solo in senso fisico, ma anche come libertà da ogni coartazione nell’esercizio voto.

² Si esprime in termini di “sismicità che caratterizza da sempre la tematica”, e di “questione centrale intorno a cui ruota, non solo il sistema delle garanzie in caso di licenziamento, ma l’intero assetto del mercato del lavoro e, in sintesi, lo stesso diritto sindacale e del lavoro”, MAIO, *Ammissibilità del referendum in tema di reintegrazione nel posto di lavoro*, nota a C. Cost. 41/03, in *GCost*, 2003, p. 276.

³ Si vedano in proposito le sentenze 65/90, 46/00, 41/03.

⁴ La l. 92/12 reca “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”. L’intervento in materia di tutele crescenti reca norme di attuazione alla delega contenuta nella l. 183/14.

A tali considerazioni, relative all'inammissibilità del quesito che riuniva due distinti complessi normativi (il sistema "a tutele crescenti" e la disciplina "Fornero"), si deve poi aggiungere che il richiamato d.lgs. 23/15, di cui si chiedeva l'integrale abrogazione, disciplina con riferimento ai lavoratori a tempo indeterminato assunti in data successiva al 7 marzo 2015⁵ differenti oggetti: il licenziamento individuale e collettivo, discriminatorio o nullo, le ipotesi del reintegro del lavoratore e la misura delle indennità (crescenti al crescere dell'anzianità nel rapporto di lavoro) dovute dal datore di lavoro nel caso di licenziamento illegittimo, nonché il rito applicabile (escludendo per i lavoratori a "tutele crescenti" l'applicabilità del rito previsto dalla legge cd. Fornero per i lavoratori cui si applica invece l'art. 18). Per quanto concerne la disciplina posta dall'art. 18, a seguito delle modifiche intervenute, essa può a sua volta essere scissa in base all'ambito applicativo in almeno tre versioni: pre 2012, 2012-2015, post 2015.

Come si vede bene le possibili opzioni dell'elettore rispetto ai differenti contenuti normativi da abrogare erano innumerevoli. Stando dunque al ragionamento che la Corte viene svolgendo, da molti anni, in relazione alla necessità di tutela della libertà dell'elettore nell'espressione del voto sul *referendum*, era quindi difficile ritenere che la formulazione di questo quesito potesse non arenarsi nelle secche dell'inammissibilità.

3. Chiedersi il perché si sia scelta una simile formulazione del quesito, anche alla luce dei precedenti quesiti in materia, tutti dichiarati ammissibili, sembra inevitabile.

I tre quesiti presentati nel corso degli anni in relazione all'art. 18, infatti, erano intervenuti tutti con precisione chirurgica: quello del '90 eliminando solamente quattro parole dall'articolo per ampliare l'ambito di applicazione della norma, eliminando il numero dei dipendenti impiegati⁶; quello del 2000 chiedendo l'abrogazione dell'intero art. 18⁷; nel 2003 si era di nuovo intervenuti

⁵ In base all'art. 1 la disciplina si applica anche ai lavoratori (dirigenti esclusi) assunti nelle imprese in cui, in conseguenza delle nuove assunzioni, venga superato il limite dei 15 dipendenti, dove in questo caso si applica anche ai rapporti già in essere. Essa riguarda anche eventuali trasformazioni di rapporti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

⁶ Il *referendum* non si era poi celebrato per il sopraggiungere della legge 108/90.

⁷ Nella consultazione del 21 maggio 2000 non era stato raggiunto il *quorum*, avendo partecipato al voto solo il 32,5% degli aventi diritto, di cui il 66,6% aveva respinto il quesito.

azzerando la soglia dimensionale del numero minimo di dipendenti, aggiungendo rispetto al precedente quesito anche le disposizioni concernenti la tutela obbligatoria, con l'effetto di estendere complessivamente la tutela reale⁸.

A fronte di questa esperienza, i promotori del 2016, nel formulare il quesito, sembrano aver concentrato la loro attenzione prevalentemente sulla normativa di risulta, piuttosto che sull'omogeneità dello stesso, ponendo quindi l'accento sul momento ricostruttivo di una nuova disciplina, privilegiando quindi la prospettiva della proposta politica, piuttosto che quella tecnico giuridica.

Mettendo da parte i precedenti richiamati, bisogna tuttavia considerare che nella pregressa giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del *referendum* erano rinvenibili elementi in grado di mettere i promotori in una difficile condizione. Tra gli altri criteri del giudizio di ammissibilità, la Corte ne ha infatti elaborati alcuni più discutibili, come quello della omogeneità-completezza (consistente, in estrema sintesi, nella raccolta nel quesito di tutte le disposizioni presenti nell'ordinamento che contribuiscano a delineare la disciplina dell'istituto da abrogare) e della univocità del quesito, che spingono i promotori a perseguire il risultato di una normativa di risulta autoapplicativa e che non richieda interventi successivi del legislatore sulla materia. Simili criteri spingono dunque i promotori a costruire il quesito sulla base dell'esito legislativo da produrre, senza avere tuttavia a disposizione gli strumenti del legislatore. Ed in effetti, dinanzi alla Corte, essi hanno dichiarato stavolta che "Il sì al quesito lascerebbe in vigore (quale normativa di risulta) una disciplina precisa e rigorosamente unitaria, incentrata sulla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro per la generalità dei licenziamenti illegittimi, in tutti i casi in cui il datore di lavoro occupi alle sue dipendenze più di cinque lavoratori"⁹. Si avverte in questa affermazione una preoccupazione tutta incentrata sull'esito para-legislativo. Il quesito che si è così costruito appare, però, a tutti gli effetti più una proposta politica, che l'esercizio di quel diritto che l'articolo 75 Cost. disegna in termini scarni ed essenziali, ma che consiste pur sempre nel chiedere "l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge"¹⁰.

⁸ In quella circostanza si era in realtà sorvolato su un piccolo elemento di disomogeneità poiché il quesito riguardava anche una disposizione della l. 108/90 che esentava dalla tutela dell'art. 18 gli enti "di tendenza", come sottolinea MAIO, *op. cit.*, p. 279.

⁹ Sentenza 26/17, punto 4 della motivazione in fatto.

¹⁰ Sull'istituto in sé, oltre che sulla sua evoluzione alla luce della giurisprudenza costitu-

4. La ricercata *cosmesi* della disciplina di risulta non è valsa dunque a cancellare la natura composita della disciplina di cui si chiedeva la sottoposizione ad abrogazione referendaria.

La sentenza 26/17 ha quindi dichiarato inammissibile la richiesta referendaria sulla base del suo difetto di omogeneità nonché della sua natura propositiva e manipolativa. Questo secondo aspetto deriva dal ritaglio normativo operato sul testo dell'art. 18 (sul quale sembra essersi incentrata prevalentemente l'attenzione della Corte) col quale i promotori, chiedendo l'abrogazione di singoli frammenti lessicali, miravano a produrre una disposizione che rendesse applicabile la tutela reale del reintegro del lavoratore licenziato ad un ambito diverso e più esteso (le imprese con più di 5 dipendenti) da quello già previsto. In questo modo, la natura sostanzialmente creativa, derivante dalla scelta di una soglia applicativa nuova, comportante quindi una valutazione discrezionale propria della funzione legislativa più che referendaria, si è aggiunta agli altri profili di inammissibilità.

Anche il riferimento al già richiamato precedente quesito ammesso con la sentenza 41/03, che secondo i sostenitori dell'ammissibilità avrebbe dovuto giocare a favore dell'odierno quesito, è valso solo ad ulteriore riprova della disomogeneità del quesito: allora si chiedeva solo di estendere a tutti la tutela reale prevista dall'art. 18. Oggi si chiede di modificare la soglia (portandola a 5 dipendenti), di intervenire sulla disciplina sopraggiunta, in parte modificandola, in parte cancellandola. Troppe scelte e troppa innovazione per un solo quesito.

Introdurre tale nuova soglia, non desumibile dalla norma vigente, neanche nelle sue precedenti versioni, *come soglia dimensionale generale*, applicabile a tutti i tipi di imprese, ha portato il quesito, secondo la Corte, a varcare la soglia della "manipolatività ammissibile" (che riespande cioè norme o principi già presenti nella legislazione), portandolo ad una "manipolatività inammissibile", comportante la creazione di contenuti normativi del tutto nuovi rispetto a quelli preesistenti. L'individuazione del sottile confine tra quesiti manipolativi ammessi e non ammessi è operazione invero difficile per i promotori, come già si era detto a commento del precedente che la Corte stessa oggi evoca (sentenza 36/97)¹¹.

zionale sull'ammissibilità, v. tra tutti LUCIANI, *Commento all'art. 75, Il referendum abrogativo*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 2005.

¹¹ CALVANO, *Il falso problema dei referendum manipolativi*, in *GCost.*, 1997, p. 322.

5. La vera radice dei problemi che emergono in questa decisione, dunque, al netto di quella che non può che essere ritenuta una leggerezza nella redazione del quesito da parte dei promotori, è tuttavia da rinvenire proprio nella complessa giurisprudenza della Corte sull'ammissibilità dei *referendum*. Come in altri ambiti¹², anche qui si assiste ad una tendenza del giudice costituzionale ad autoassumersi oneri e responsabilità di supplenza, a fronte dell'inerzia delle istituzioni politiche e in particolare del legislatore parlamentare.

Ciò sembra averla indotta a costruire una casistica dei limiti all'ammissibilità del *referendum* che grava i promotori di un compito difficilissimo. Il vero e proprio *horror vacui* che sembra affliggere la Corte in relazione al prodursi di vuoti nell'ordinamento, o anche solo alla necessità di un intervento del legislatore di "manutenzione" del tessuto legislativo a seguito del *referendum*, la porta a richiedere indirettamente ai promotori l'impossibile. Da un lato essi sono indotti alla costruzione di quesiti manipolativi, che tramite la tecnica del ritaglio normativo, portino alla costruzione di norme di significato diverso da quelle di partenza, pur di non procedere ad una abrogazione *tout court* che lasci una lacuna nell'ordinamento. Da questo punto di vista viene da chiedersi se non si sarebbe potuto meramente e semplicemente chiedere l'abrogazione di una delle due disposizioni chiave della disciplina che ha ridotto la tutela reale contro il licenziamento illegittimo¹³, lasciando al legislatore poi di procedere a dare seguito alla volontà molto chiara del corpo elettorale che ne sarebbe derivata. Ciò anche alla luce dell'art. 37 della legge 352/70, che consente al Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, di "ritardare l'entrata in vigore della abrogazione per un termine non superiore a 60 giorni dalla data della pubblicazione".

¹² Ci si riferisce alla materia elettorale, e al vero e proprio vicolo cieco che la Corte si è costruita in primo luogo, richiedendo indirettamente in tale materia quesiti manipolativi onde evitare di produrre, tramite un'abrogazione totale, una paralisi di funzionamento degli organi costituzionali coinvolti (v. in particolare C. Cost. 47/91). Passaggio successivo di questa giurisprudenza "autolesionistica" è stato poi quello in cui sono state ammesse questioni in materia elettorale che andavano probabilmente ben oltre i canoni dell'ammissibilità, decise con le sentenze 1/14 e 35/17, che hanno gettato la Corte al centro dell'arena politica, rendendola arbitro di una situazione difficilissima, ancora una volta in nome della pretesa di svolgere un compito di supplenza di fronte a un Parlamento e forze politiche che hanno espressamente rinunciato a sciogliere il problema della legge elettorale.

¹³ Come era avvenuto con il già richiamato quesito dichiarato ammissibile con sentenza 46/00.

Inoltre, la pretesa della Corte rispetto al criterio della omogeneità-completezza del quesito, con cui si chiede da molti anni che i promotori passino al vaglio e “ripuliscano” tutto l’ordinamento, riunendo nel quesito ogni disposizione collegata o parzialmente riproduttiva di quella da abrogare, li costringe ad un’impossibile operazione di ricognizione del tessuto normativo, che potrebbe forse essere ritenuta alla base dell’eccesso di zelo che ha, in questo caso, fuorviato i promotori del quesito sull’art. 18.

Non resta da dire, insomma, che *ad impossibilia nemo tenetur*. Ciò vale per i promotori, che non sempre sanno esercitare al meglio i compiti predittivi circa gli orientamenti di una spesso mutevole giurisprudenza costituzionale sui limiti di ammissibilità del *referendum*, così come non possono, tramite la formulazione di un quesito, riportare a coerenza un panorama legislativo caotico dove la produzione alluvionale di corpi normativi disorganici rende il compito dell’interprete sempre più arduo.

Ma il brocardo vale ancor più per la Corte, che non deve smettere di essere giudice costituzionale, addossandosi oneri impropri, per essere supplente, tutore e guida di un sistema politico inerte, o di un Parlamento paralizzato. Il rischio che si intravede non è tanto quello di un tempo, lo spettro del *gouvernement des juges*, quanto la perdita di legittimazione della giustizia costituzionale, male da evitare con ogni mezzo, a maggior ragione in un’epoca di crisi come quella che viviamo.

Claudio De Fiores

Art. 18: un referendum inammissibile nonostante i precedenti

Lo scorso 11 gennaio, il giudice costituzionale ha dichiarato ammissibili i quesiti referendari relativi all'abrogazione delle "*disposizioni limitative della responsabilità solidale in materia di appalti*" e quelli concernenti le norme sul c.d. "*lavoro accessorio (voucher)*". La scure della Corte si è invece abbattuta, sancendone l'inammissibilità, sulla richiesta di referendum denominato "*Abrogazione delle disposizioni in materia di licenziamenti illegittimi*".

Quest'ultimo quesito, pur adottando una formulazione particolarmente (e inutilmente) complessa, si poneva due obiettivi. Da una parte l'abrogazione integrale del d.lgs. 23/15 (c.d. decreto sulle tutele crescenti) contenente il nuovo regime sanzionatorio applicabile ai licenziamenti illegittimi di operai, quadri e impiegati assunti successivamente al 7 marzo 2015. Dall'altra l'abrogazione della modifica dell'art. 18 della l. 300/70 al fine di assicurare per questa via l'estensione del campo applicativo della norma.

Dall'abrogazione delle disposizioni oggetto della richiesta referendaria ne sarebbe derivata la *sostituzione* degli attuali quattro regimi contemplati dall'art. 18 (tutela reintegratoria piena, tutela reintegratoria attenuata, tutela indennitaria piena e tutele indennitaria dimezzata) con l'introduzione di due sole ipotesi sanzionatorie, entrambe finalizzate ad assicurare la reintegra del lavoratore licenziato. Una soluzione destinata a produrre i suoi effetti anche sul terreno applicativo, vincolando tutti i datori di lavoro con almeno cinque dipendenti e, non più, soltanto le imprese dotate di almeno quindici.

Di qui la supposta mancanza di contenuto unitario della richiesta referendaria. Eppure la Corte ha in passato offerto una interpretazione quanto mai estesa della nozione di omogeneità del quesito, ammettendo la presenza di una "matrice razionalmente unitaria" anche a fronte di richieste concer-

nenti più atti normativi. Anche in questo caso il giudice sarebbe potuto approdare alle medesime conclusioni, dato che la richiesta di reintrodurre il sistema della “reintegra in caso di licenziamento senza giusta causa” si fondava su un’istanza razionalmente unitaria e intrinsecamente corrispondente al titolo del *referendum*.

Più controversa la questione (sottesa alla formulazione della parte finale del quesito) concernente l’automatica estensione delle tutele a tutte le imprese strutturate con più di cinque dipendenti. Attraverso un’abile “manipolazione” del testo, il quesito referendario puntava, in questo caso, ad assicurare una più ampia estensione delle tutele, anche *oltre* gli ambiti applicativi delineati dalla precedente normativa. Di qui la temuta alterazione, censurata dal giudice costituzionale, della natura stessa del *referendum* (da abrogativo a propositivo).

Un’argomentazione certamente plausibile, ma che come la precedente appare assai poco in linea con la passata giurisprudenza della Corte.

Referendum manipolativi sono stati ricorrentemente celebrati nel corso della recente storia repubblicana. A cominciare dai *referendum* elettorali che manipolativi lo sono per forza, essendo la legge elettorale costituzionalmente necessaria (la sua vigenza cioè non può mai venire meno e con essa la possibilità di procedere, in ogni momento, ad elezioni). Basti solo pensare a quanto avvenne in Italia, nei primi anni novanta, con la riforma maggioritaria “imposta” da un *referendum* popolare che aveva abrogato il sistema proporzionale. D’altra parte chi redige un quesito, più che puntare ad abrogare integralmente una legge, procede ad uno scrupoloso ritaglio della normativa vigente proprio al fine di assegnare alle disposizioni “superstiti” un significato compiuto.

In passato, la pronuncia più rigorosa della Corte, quella nella quale il giudice costituzionale ha censurato più severamente il carattere manipolativo dei *referendum* è stata la sentenza 36/97 che ha definito i quesiti propositivi “contrari alla logica dell’istituto referendario”. Ma tale definizione – a nostro modo di vedere – non si attaglia al caso di specie. Il quesito non ammesso più che *contro* l’istituto referendario si proponeva di agire al suo interno. Dall’eventuale abrogazione non sarebbe scaturita una “norma assolutamente diversa”, ma la stessa norma, seppure diversamente modulata sul piano applicativo.

Ma vi è un ulteriore profilo argomentativo, che appare opportuno in questa sede richiamare, proprio perché direttamente concernente la disciplina

normativa sui licenziamenti: in Italia un *referendum* manipolativo sull'art. 18 si è già svolto.

Nel 2003 la Corte – come si ricorderà – ha dichiarato ammissibile un *referendum* avente ad oggetto questa stessa disposizione e i cui effetti *propositivi* erano altrettanto marcati ed evidenti: obiettivo espressamente perseguito dal quesito referendario era l'estensione a tutti (e quindi anche alle imprese dotate di meno di quindici dipendenti) dell'ambito e dei “limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 della l. 300/70”.

Eppure in quella circostanza la Corte non manifestò alcuna esitazione nel ritenerlo ammissibile in ragione della “propria obbiettiva *ratio* unitaria consistente [...] nell'estensione della garanzia della reintegrazione e del risarcimento del danno contenuta nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, in modo da comprendere in essa anche l'ambito in cui oggi vale la tutela obbligatoria” (sentenza 41/03).

Ciononostante, anche con riferimento a questo secondo profilo, il giudice costituzionale ha preferito privilegiare una diversa soluzione, evitando così, ancora una volta, di agire *secundum iurisprudentiam*.

Emilia D'Avino

**Una riflessione sull'attuazione dei diritti fondamentali
negli ordinamenti giuslavoristici sudamericani**

Sommario: **1.** Introduzione. I diritti fondamentali in America latina. **2.** Le contraddizioni e i limiti degli ordinamenti sudamericani in relazione ai diritti connessi alla libertà, dignità, solidarietà e eguaglianza dei lavoratori. **3.** *Segue.* La tutela dei diritti sindacali: i principali problemi emersi. **4.** Le prospettive evolutive. **5.** Conclusioni

1. Introduzione. I diritti fondamentali in America latina

Il riconoscimento, la tenuta e l'espansione dei diritti fondamentali rappresentano, per il giurista, uno dei banchi di prova della possibile sostenibilità democratica della globalizzazione. Si è detto, in tal senso, che “oggi la sfida alla democrazia è quella generata da un lato dal vecchio assolutismo delle sovranità esterne degli Stati, dall'altro dal neoassolutismo dei grandi poteri economici e finanziari transnazionali e dalla crisi delle stesse costituzioni statali quali strutture costitutive della sovranità”¹. Di conseguenza, l'esigenza di tendere verso un costituzionalismo internazionale foriero di garanzie effettive è sempre più impellente, anche perché “il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo”².

Tuttavia, la dimensione multilivello e globale dei principi fondamentali è tenuta a confrontarsi con gli ostacoli derivanti dal differente “stato dell'arte” dei singoli ordinamenti nazionali. In effetti a ordinamenti giuslavoristici più evoluti – con uno stadio compiuto di proclamazione dei diritti fondamentali – se ne contrappongono altri, non solo caratterizzati da un

¹ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali, un dibattito teorico*, Laterza, 2001, p. 347.

² *Ibidem*.

progresso ben più sofferto ma, in più, ancora arretrati sul piano di un'effettiva attuazione e traduzione concreta di quei diritti stessi.

Il VI *Seminario de postgrado internacional y comparado de derecho del trabajo sobre derechos fundamentales*, svoltosi in Venezuela nel maggio del 2016³, ha rappresentato una preziosa occasione di confronto su un tema così cruciale, affrontato proprio partendo dall'esame dell'effettività dei diritti fondamentali dei lavoratori negli ordinamenti sudamericani.

Ovviamente, per approcciare la tematica, in una prospettiva implicitamente comparata, è necessario fare uno sforzo di gradazione; perché mentre nell'ordinamento europeo quando si parla di effettività non ci si riferisce più al concetto novecentesco di statica "messa in sicurezza" di un insieme di principi e diritti⁴, nell'ambito sudamericano la problematica è correlata ancora al recepimento stesso di norme internazionali⁵ e al mero formalismo di alcune enunciazioni di principio. Al punto che, pur non dovendosi generalizzare data la complessità e la varietà del quadro sudamericano, può evidenziarsi, sin da subito, un elevato contrasto tra la retorica dei diritti e la loro attuazione. Potendosi parlare, dunque, più che di ineffettività, di "illusorietà" dei diritti.

Illusorietà creata anche dalle esperienze dittatoriali, iniziate a declinare solo dagli anni '80 in poi, che hanno lasciato segni indelebili in materia di diritti umani fondamentali⁶.

Nello sviluppo, saranno quindi evidenziate le contraddizioni e i limiti degli ordinamenti sudamericani, con particolare riferimento alla tutela della

³ Coordinato dai professori Oscar Hernández Álvarez, Professore di Derecho del Trabajo della Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado e Presidente della *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* e Iván Mirabal Rendón, Professore di *Derecho del Trabajo* della Universidad Fermín Toro e Direttore della *Universitas Fundación* (Venezuela). Le attività sono state organizzate in sessioni mattutine, durante le quali gli esperti hanno presentato le proprie relazioni, e pomeridiane, in cui i partecipanti hanno comparato le esperienze nazionali su specifici argomenti in materia di diritti fondamentali. Al termine di ogni giornata sono stati presentati, poi, i risultati dai gruppi di lavoro.

⁴ L. ZOPPOLI, *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Introduzione*, Vol. I, Giappichelli, 2015, p. 98.

⁵ Il riferimento è, tra le altre, alle convenzioni sul lavoro forzato e sull'abolizione del lavoro forzato (n. 20 del 1930 e n. 105 del 1957), sull'uguaglianza di retribuzione (n. 100 del 1951), sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale (n. 87 del 1957), e sulla discriminazione (n. 111 del 1958).

⁶ ARESE, *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Rubinza Culzoni, 2014, p. 13 ss.

riservatezza, del lavoro minorile, dell'uguaglianza di genere e, infine, dei diritti sindacali.

2. *Le contraddizioni e i limiti degli ordinamenti sudamericani in relazione ai diritti connessi alla libertà, dignità, solidarietà e eguaglianza dei lavoratori*

Nonostante l'America Latina abbia aderito formalmente alla gran parte delle convenzioni fondamentali Oit⁷, l'andamento dei diritti dei lavoratori ha subito vicende alterne. Infatti, grazie all'irruzione del discorso garantista alla fine del secolo XIX – avviatosi poi in concreto con la *Constitución del Querétaro* del 1917⁸ – gli ordinamenti sudamericani hanno mostrato una certa sensibilità verso un diritto eteronomo incentrato sulla tutela del lavoratore dipendente.

Tuttavia, la crisi postfordista ha posto un freno all'evoluzione di quella parte di diritto del lavoro, tanto da portare ad una brusca riduzione del suo ambito protettivo⁹; creandosi così notevoli ritardi nell'attuazione e nella garanzia di diritti fondamentali.

Ciò è avvenuto particolarmente negli ambiti afferenti a valori che dovrebbero ispirare – su un piano ideale – le scelte politiche, economiche e sociali di un Paese; quali la libertà, la dignità, la solidarietà e, infine, l'eguaglianza.

Così, nonostante il riconoscimento formale di alcuni principi come la libertà e dignità del lavoratore¹⁰ lascerebbe supporre vi sia parificazione della

⁷ Cfr. il sito normlex per le convenzioni ed i Paesi ratificanti. È da evidenziare che il Messico non ha ratificato la Conv. n. 98 e il Brasile la Conv. n. 87.

⁸ Ci si riferisce alla Costituzione Politica degli Stati Uniti del Messico (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*), promulgata dal Congresso Costituente il 5 febbraio 1917, nella città di Querétaro. Ad essa è riconosciuto particolare valore per aver contenuto norme importanti in materia di diritti sociali. Anche se già in Bolivia, nel 1896 si ebbe la *Ley de Enganche*. Nel 1905 la Repubblica Argentina introdusse la sua prima normativa in materia di riposo (*Ley 4.661 del 6 de septiembre de 1905*). Nel 1914 la Repubblica del Paraguay adottava una legge in materia di “*locación de servicios de operarios mineros*” e la Repubblica dell'Uruguay adottava la prima legge in materia di sicurezza sul lavoro.

⁹ VILLASMIL PRIETO, *Pasado y presente del Derecho Laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo*, in *RLDS*, 2016, 21, p. 204, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/21/art/art9.pdf>. Cfr. anche ARESE, *op. cit.*; UGARTE CATALDO, *La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales*, in *RLDS*, 2008, 7, p. 249 ss.

¹⁰ Tra gli altri, il riferimento alla dignità è contenuto nella Cost. venezuelana, artt. 3, 87,

normativa sudamericana con quella degli ordinamenti europei, di fondo emergono molte discrasie. Basti pensare, ad esempio, al diritto della riservatezza e alla libertà di espressione che, in via teorica, in Paesi quali Argentina, Venezuela e Repubblica Dominicana¹¹, dovrebbero essere garantiti tanto da essere anche indisponibili, intangibili ed irrinunciabili¹². Nonostante ciò, al di là dell'apparenza, in molti di questi Paesi non esistono norme dotate di effettività, analoghe, ad esempio, a quelle italiane che, attraverso il nostro Statuto dei Lavoratori, già dagli anni '70 hanno consentito l'ingresso nelle fabbriche di valori fondamentali. Da questo punto di vista, è il caso del Venezuela a fare scuola. Infatti, anche solo in virtù di pochi dati isolati è possibile comprendere come la situazione attuale sia molto diversa da quella prospettata ed ambita dalle Convenzioni internazionali¹³. E tale discorso non vale solo per la tutela della riservatezza. Esso si estende anche a diritti ancor

91 (cfr. anche art. 2 *ley federal del trabajo*) e nella Cost. peruviana (cfr. art. 10 e 23). Il diritto alla riservatezza è contenuto nella Cost. cilena all'art 19 e nella Cost. peruviana all' art. 2.

¹¹ In Argentina, infatti, la *Ley de Contrato de Trabajo* (Ley 20744) prevede all'articolo 73 che: "el empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador". Aggiunge, poi, che "el trabajador podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas". D'altro canto, esiste una *Ley Especial contra la Discriminación* (23592), che dispone: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

La Repubblica Dominicana garantisce, d'altro canto, la libertà di pensiero all'art. 49 della Costituzione, ove si sancisce che "toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa.... Este disfrute se ejercerá respetando el derecho al honor, a la intimidad así como dignidad y la moral de las personas".

Uguualmente, l'articolo 57 della Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela riconosce la piena libertà di espressione ed opinione: "toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, de viva voz, por escrito, o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación o difusión sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad de lo expresado".

¹² Art. 89 della Cost. Rep. Boliv.Ven.. Cfr. SC del TSJ en la sentencia n° 442 23 de mayo de 2000 nel caso: José Agustín Briceño Méndez e Reinaldo. Cfr. GUILARTE LAMUÑO, *Los derechos fundamentales laborales y la jurisprudencia*, DT, 2016, 20 (enero diciembre), p. 35 ss.

¹³ L'ineffettività dei diritti fondamentali e, più in particolare, del diritto della libertà di espressione e non discriminazione, viene palesata, soprattutto in riferimento al caso venezuelano, grazie alla relazione dall'ex funzionario Oil, MARÍN, "La Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su impacto en los ordenamientos nacionales y su vigencia en Venezuela".

più minimi e basilari: quali la tutela del lavoro minorile e la parità di genere. D'altro canto, è ormai un dato noto che, a causa della crisi¹⁴, è costante l'abbandono della scuola da parte dei minori al fine di lavorare per sopravvivere, magari aiutando i genitori. O, peggio, diventando contrabbandieri di benzina. Ciò, nonostante il Governo abbia dichiarato all'Oil di aver adottato un piano nazionale – il *Plan nacional de acción contra el abuso y la explotación sexual comercial* (PANAESC) – allo scopo di prevenire tali prassi.

Ma d'altronde, anche il principio di non discriminazione è piuttosto trascurato in molti ordinamenti sudamericani. Infatti, come evidenziato nella 105 Conferenza Internazionale del lavoro (2016), tanto la Repubblica Dominicana quanto l'Ecuador violano la Convenzione n. 111 del 1958. La prima, perché non dispone norme a tutela delle vittime di violenza sessuale e nega regolarizzazioni di lavoratori stranieri sulla base di opinioni discriminanti. Il secondo, invece, poiché non prevede all'interno del Codice del lavoro norme sulle discriminazioni dirette e indirette, né introduce, se non nel codice penale, disposizioni in materia di violenza sessuale. Difatti, nonostante la proibizione, ex art. 331 della Costituzione dell'Ecuador, del “*acoso o acto de violencia*” contro le donne sui luoghi di lavoro, non vi sono poi definizioni puntuali in materia. Il quadro, infine, è completato dall'assenza di un principio all'interno del *Código del Trabajo* idoneo a garantire la parità di retribuzione tra uomo e donna in caso di lavoro di uguale valore¹⁵.

In tali ipotesi, però, non si tratta di contraddizione tra “il dire e il fare”, ma, addirittura, di veri e propri limiti legati all'assenza di norme.

3. Segue. *La tutela dei diritti sindacali: i principali problemi emersi*

Anche spostandosi sul piano della tutela dei diritti collettivi, non sembra smentirsi l'opinione iniziale. Infatti, probabilmente per contrappasso alla matrice rivoluzionaria dei sindacati, gli ordinamenti si caratterizzano per un forte interventismo in ogni tipo di manifestazione sindacale¹⁶: sul piano le-

¹⁴ *En la Guajira los niños dejan los cuadernos para contrabandear gasolina*, in Panorama, 30 9 15, <http://www.panorama.com.ve/ciudad/En-la-Guajira-los-ninos-dejan-los-cuadernos-para-contrabandear-gasolina-20150930-0041.html>.

¹⁵ Si vedano le osservazioni della 105^a Conferenza Internazionale del Lavoro (2016), sulla Convenzione 1951 n. 100, in riferimento all'Ecuador, rinvenibile sul sito normlex.

¹⁶ OSCAR, *La Intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas*, in NS,

gislativo, amministrativo, giurisdizionale e di controllo¹⁷. La *ratio* dell'adozione di tali politiche risiede, infatti, nella necessità, per gli Stati, di garantire la pace sociale e, pertanto, controllare la nascita e lo svolgimento dell'attività dei sindacati¹⁸. A discapito, però, della libertà sindacale.

Così, tanto in Venezuela¹⁹ quanto in Argentina, Brasile, Colombia, Cile, Messico, Panama e Perù è rigorosa la regolamentazione in materia. Eccezion fatta per il sistema uruguayano che, come noto, si avvicina notevolmente all'ordinamento sindacale italiano; rappresentando la nota dissonante nell'ambiente latino americano.

In linea generale può quindi dirsi che vi è una vera e propria "procedimentalizzazione amministrativa" della libertà sindacale; essendo predisposti rigidi meccanismi per la registrazione dei sindacati, oltre che particolari procedure tanto per il riconoscimento della loro personalità giuridica quanto per l'omologazione dei contratti collettivi. In Messico, poi, prendendolo come mero esempio, l'interventismo si traduce anche in impossibilità di pluralismo sindacale per i pubblici dipendenti (artt. 68, 71, 72 y 73 *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado*, LFTSE) e in inammissibilità della revoca di un mandato già conferito ad un sindacato. Nonostante sembra che recentemente tali restrizioni non operino più grazie alla giurisprudenza della *Corte Suprema de Justicia*.

Ma, oltre tali profili, è anche il diritto di sciopero ad essere limitato e, in alcuni casi, negato. Si pensi al caso cileno, ove le interruzioni o sospensioni collettive dell'attività lavorativa e gli scioperi dei servizi pubblici che producano alterazioni dell'ordine pubblico o perturbazioni dei servizi essenziali costituiscono illecito penale²⁰.

La limitazione dell'autonomia sindacale, poi, è ancora più invasiva

1993, 128. Cfr. anche ROSENBAUM RIMOLO, *Un panorama sobre la negociación colectiva y los modelos prevalentes en Latinoamérica*, in *RDT*, 2014, 17, p. 173 ss.

¹⁷ ROSENBAUM RIMOLO, *op. cit.*, p. 187.

¹⁸ VILLAVICENCIO, *El Modelo de Relaciones colectivas peruano: del intervencionista al promocional*, in *Der. PUCP*, 2012, 68, p. 551.

¹⁹ Per la procedura di registrazione e controllo dei sindacati in Venezuela, ad esempio, cfr. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, HERNÁNDEZ SIERRALTA, *Relaciones laborales colectivas en Venezuela*, in *RDT*, 2014, 17, p. 135 ss.; HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Auge y declive de la negociación colectiva en Venezuela*, in GORELLI HERNÁNDEZ (coord.), *El derecho a la negociación colectiva. Liberamicorum*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, p. 248 ss.

²⁰ Art. 11 *Ley sobre Seguridad del Estado*. Cfr. ancora le osservazioni della 105ª Conferenza Internazionale del lavoro (2016).

quando, in periodi di crisi, in via di “*Excepción Constitucional y de Emergencia Económica*”, si dispone addirittura la sospensione dell'esercizio dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Ad ogni modo, per la maggior parte di questi ordinamenti, comunque, la negoziazione collettiva costituisce un diritto riconosciuto e tutelato espressamente dalle norme costituzionali²¹.

Negoziazione che, data la crisi e l'aumento del fenomeno della chiusura delle imprese e della riduzione del personale, si sta spostando verso i livelli decentrati²². In concreto, tuttavia, il livello di contrattazione privilegiato in via legislativa è proprio quello dove sta mancando rappresentatività e democrazia sindacale²³.

Così, le politiche legislative confermano l'assenza di “veri” diritti anche in questo ambito. E il riferimento, ancora una volta, all'ordinamento venezuelano ne rappresenta un'ulteriore riprova. Infatti dall'interpretazione delle norme costituzionali e dalle leggi sul lavoro²⁴ emerge la violazione delle convenzioni 87 e 98²⁵; specialmente in materia di elezioni sindacali²⁶ e sciopero. Basti pensare alla previsione di pene detentive in caso di sospensione dell'attività lavorativa per motivi politici o per partecipazione allo sciopero²⁷. Ma

²¹ È il caso dell'Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 157), Brasile (art. 7 n. 26 e 8 n. 6), Colombia (art. 55), Costa Rica (art. 62), Chile (art. 19 n. 16), Ecuador (art. 326 n. 10), Guatemala (art. 101 l. ñ), Honduras (art. 15), Nicaragua (art. 88), Paraguay (art. 97 ss.), Perù (art. 28), Repubblica Dominicana (art. 62 n. 3) e, infine, Repubblica Bolivariana del Venezuela (art. 96). Fanno eccezione Panama, il Messico e Cuba. Infatti, nell'ordinamento di Panama esistono solamente riferimenti indiretti al diritto a negoziare collettivamente (l'art. 71 della Carta costituzionale dispone la nullità di qualsiasi patto che comporti rinuncia di diritti riconosciuti ai lavoratori). Il Messico, al contrario, soltanto di recente, in virtù di un progetto di riforma – attualmente ancora al vaglio del Parlamento, presentato dal Presidente della Repubblica il 29 aprile del 2016, in materia di “*Justicia Cotidiana*” – sta introducendo nell'art. 123 il riferimento alla negoziazione collettiva. Cuba, purtroppo, non contiene al momento la previsione di diritti costituzionali in materia di libertà sindacale.

²² Anche se a questa tendenza generale non mancano eccezioni. Basti pensare all'Argentina, Brasile e Uruguay dove i sindacati si sono organizzati per rami di attività, rispondendo quindi alla centralizzazione.

²³ Sul punto la relazione di NAPOLEON GOIZUETA, *Derecho fundamental de los trabajador al ejercicio de la autonomía colectiva*, presentata durante il seminario.

²⁴ Per la disciplina in materia si rinvia a MIRABAL RENDÓN, *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en Venezuela*, in *DT*, 2016, 20, p. 221 ss.

²⁵ http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COM-MENT_ID:2337433.

²⁶ Art. 387 ss. Ley Organica del Trabajo (LOT) venezuelana.

²⁷ *Código Penal*, Artt. 357 y 360, in riferimento a “*conductas contra la seguridad en los medios*

d'altronde, anche su un piano fattuale, tanto la contrattazione collettiva quanto l'azione sindacale sono state spesso impedita a causa della criminalizzazione e della repressione. Molti sono, infatti, i casi di detenzione di lavoratori e dirigenti sindacali, accusati di aver commesso delitto di associazione a delinquere o cospirazione²⁸. Per non parlare, poi, degli omicidi di sindacalisti e lavoratori avvenuti tra il 2008 e 2015²⁹.

4. Le prospettive evolutive

La casistica normativa conferma che molti paesi del Sud America siano ancora nella fase della “costituzione ideale”. Ciò, nonostante le fonti normative siano più o meno recenti o, comunque, di recente modificazione³⁰.

Tuttavia, conforta che alcuni Stati si stiano avviando verso un processo di evoluzione. Si pensi al caso messicano che, anche se solo recentemente, ha introdotto una normativa sul lavoro minorile³¹ e sta ampliando le norme specifiche a tutela del licenziamento durante il periodo di maternità³². O, ancora, alla garanzia della “stabilità” del posto di lavoro in Venezuela che,

de transporte y comunicación”; Artt. 358 y 359, “sobre obstaculización y daños a las vías de circulación y los medios de transporte”. Cfr. anche il decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, de 13 8 2002 (régimen especial de zonas de seguridad y prisión por actividades perturbadoras de actividades en esas zonas: artt. 52 e 56); e il Decreto 2.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, de 12/11/15 (Art. 53. Boicot: 12 15 años de prisión, Art. 54. Boicot que peretenda desestabilización de la economía: aplicación de pena en su límite máximo). Si è parlato, a tal proposito, nella 105ª Conferenza Internazionale del lavoro, anche di violazione del lavoro forzoso.

²⁸ Cfr. ancora le osservazioni della 105ª Conferenza Internazionale del Lavoro (2016) in riferimento alla Convenzione n. 87 del 1948 e alle violazioni dell'ordinamento venezuelano.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Si pensi, ad esempio, alla Cost. Dominicana, modificata nel 2010 o al *Código del Trabajo* dell'Ecuador cui si è fatto riferimento che, pur essendo del 1978, è stato modificato in maniera sostanziale nel 2005.

³¹ Evoluzione accolta con favore nelle osservazioni della 105ª riunione della Conferenza Internazionale del Lavoro (2016), rinvenibili sul sito normlex. La *Ley Federal del Trabajo*, modifica poi le norme in materia di lavoro minorile, del 12 giugno 2015, artt. 175 ss., lasciando l'età minima a 16 anni ma introducendo una lista di lavori pericolosi che non possono essere svolti prima del compimento dei 18 anni. Anche se, come evidenziato nel documento della CIL, in pratica ancora si verificano troppi casi di lavoro minorile.

³² Si pensi alla sentenza *Primer Tribunal Colegiado en materias administrativas y de trabajo del décimo primer circuito, Amparo directo 20/2015, 10 de septiembre de 2015*. In virtù di quanto emerge da tale sentenza, la condizione fisica e sociale nella quale si trova la lavoratrice in stato di gra-

contrapponendosi alle politiche di *flexicurity* europee, mira a garantire il diritto al lavoro attraverso una rigida procedura amministrativa in caso di licenziamento³³.

Anche sul fronte dei diritti sindacali, però, sembra che “qualcosa si stia muovendo”. Infatti, al fine di modernizzare le relazioni sociali e le sue istituzioni, si sta procedendo a riforme sostanziali.

In effetti, in Cile, è stata promulgata la *Ley* 20940, del 29 agosto 2016, che ha ampliato le materie di competenza della contrattazione collettiva, esteso la legittimazione a negoziare, introdotto norme specifiche in materia di tutela delle pari opportunità anche in ambito sindacale, garantendo la presenza femminile nella dirigenza sindacale. Ma, soprattutto, a differenza della normativa precedente, con la riforma è stato riconosciuto espressamente il diritto di sciopero, vietandosi poi il crumiraggio interno ed esterno e stabilendosi che il trasferimento del lavoratore durante uno sciopero sia da considerare comportamento sleale. Oltretutto, è stato garantito il diritto ai lavoratori non scioperanti di prestare l'attività lavorativa, vietandosi il picchettaggio. Infine, sono state tipizzate le condotte antisindacali, introducendo poi sanzioni ad esse correlate, variabili a seconda delle dimensioni delle imprese.

Se però, da un lato, vi è stato un ampliamento dei diritti fondamentali, dall'altro è doveroso riconoscere che si è avuta una chiara procedimentalizzazione – maggiormente stringente rispetto al passato – della fase di stipulazione della contrattazione collettiva; valutando la rappresentatività e rappresentanza in base ad un *quorum* di lavoratori prestabilito dalla legge.

Anche la riforma del Messico, ancora in via di approvazione³⁴, in un contesto generale di ridefinizione degli assetti, coinvolgente anche l'età minima di lavoro ed il salario minimo, mira ad una ridefinizione degli articoli costituzionali in ambito sindacale. Infatti, su proposta del Presidente della Repubblica, il 29 aprile è stato presentato un pacchetto di norme di riforma

vidanza la colloca in una situazione di vulnerabilità e, pertanto, è vietata ogni discriminazione. La finalità di protezione della maternità risponde ad una esigenza di tutela non solo della madre ma anche del nascituro. Ne deriva la tutela per assistenza medica, periodo di maternità (tre mesi) con corrispondente indennità e, infine, tutela del posto di lavoro; ritenendosi discriminatorio il licenziamento per ragioni di maternità.

³³ LOT 2/2012.

³⁴ Attualmente ancora al vaglio del Parlamento, presentato dal Presidente della Repubblica il 29 aprile del 2016. Cfr. APARICIO, *Relanzar el derecho del trabajo*, in *RDR*, [http://derechode-replica2.jimdo.com/relanzar el derecho del trabajo/](http://derechode-replica2.jimdo.com/relanzar-el-derecho-del-trabajo/).

“de *Justicia Cotidiana*” che, per quanto riguarda gli aspetti collettivi, ha l’obiettivo di riformare l’art. 123 Cost.: prevedendo che in caso di stipula della contrattazione collettiva sia necessaria la prova della sussistenza del potere di rappresentare i lavoratori.

Resta da chiedersi, pertanto, quali prospettive evolutive vi siano per i Paesi sudamericani ed in che direzione vadano. Se si miri a ridurre, quindi, lo iato tra valori e realtà.

L’idea-guida che dovrebbe ben orientare, comunque, è che la dimensione costituzionale di una società non si esaurisce nella sua manifestazione formale di testo scritto. “V’è, al fondo, una costituzione materiale, certamente non scritta e, pertanto, difficilmente percepibile ma tale, in quanto materia plasticamente viva, da imprimersi incisivamente a livello superficiale e, soprattutto, tale da garantire alla affiorante forma scritta la forza espansiva idonea a realizzare la coerenza col divenire perenne di una civiltà”³⁵. E questa costituzione materiale non si deve trascurare. Occorre costruire, quindi, “una Costituzione fondata dal basso, breviario di valori e principii non pensati nel chiuso di un istituto scientifico o di un gabinetto politico ma constatati e rilevati quali voci di un’esperienza viva”, facendo posto così ad un diritto basato sull’effettività³⁶.

5. Conclusioni

Il riferimento ai diritti fondamentali dei lavoratori costituisce un parametro mobile che può rappresentare un “livello minimo” cui aspirare o un catalogo inderogabile dal quale partire. In questa prospettiva, può dirsi che l’ordinamento italiano e quello europeo non si fermano al dato materiale; non si fermano a dare rilievo a qualsiasi forma e esistenza, ma mirano a dare “pienezza alla libertà ed alla dignità”³⁷. Da questo punto di vista, quindi, è chiaro come i diritti fondamentali rappresentino, per noi, un punto di partenza. “Siamo di fronte a un intreccio complesso, a un gioco di rinvii che non solo vieta di astrarsi dalle condizioni materiali, ma stabilisce una relazione necessaria tra esistenza, libertà e dignità (non solo individuale ma sociale),

³⁵ GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2016, p. 63.

³⁶ *Ibidem*, p. 61.

³⁷ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 157.

sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza). Seguendo questa traccia, la via non è più 'nuda', trova nello stesso lessico giuridico le parole che possono aiutare a coglierne il senso, anche se proprio l'organizzazione del lavoro torna a proporre una aggressività che fa divenire l'uomo flessibile e precario"³⁸. E quest'ultimo punto, quindi, apre le strade al "nostro" problema di effettività dei diritti; evidentemente diverso dal "loro", che potremmo definire, invece, "embrionale".

Ad ogni modo, però, non deve trascurarsi che, qualsiasi sia il senso dell'ineffettività dei diritti fondamentali, "il paradigma della democrazia costituzionale può e deve essere allargato sempre in una triplice direzione: 1) a garanzia di tutti i diritti, non solo dei diritti di libertà ma anche sociali; 2) in secondo luogo nei confronti di tutti i poteri, non solo pubblici ma anche privati, sia nazionale che transnazionali; 3) a tutti i livelli, non solo statali ma anche internazionali"³⁹.

E sono questi gli archetipi che, ad oggi, dovrebbero essere seguiti, sempre. L'ineludibilità dei diritti fondamentali deve esser vista, quindi, in una prospettiva dinamica. Giungendosi così ad una costituzione "infinita"⁴⁰; che ponga tasselli da un punto di vista materiale e reale, andando ben oltre la mera enunciazione di principi ed il dato normativo. Ma, certamente, partendo da essi.

³⁸ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 158, citando a sua volta SENNETT, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, trad. it. di TAVOSANIS/SHAKE, Feltrinelli, Milano, 1999 e ARRIOLA, VASAPOLLO, *L'uomo precario. Nel disordine globale*, Jaca Book, Milano, 2005.

³⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 347.

⁴⁰ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 436.

Valeria Nuzzo

Quei *sette minuti* che possono valere la dignità

Una fabbrica, gruppi di operaie in agitazione, bandiere sindacali e striscioni a difesa dell'occupazione. Così si apre l'ultimo film di Michele Placido, *Sette minuti*, che porta sul grande schermo i problemi del lavoro, raccontando, con immagini che sembrano quasi di ieri, la precarietà nel lavoro di oggi, la paura del licenziamento, la quotidiana lotta per il mantenimento dei diritti. E lo fa attraverso una storia, in parte tratta da una vicenda reale, di cui sono protagoniste dieci donne che devono decidere a quali tutele si può rinunciare per non perdere il lavoro, a quanti ricatti si può cedere per lavorare.

Il film è interamente girato nella fabbrica, ma l'occhio della macchina da presa va ben oltre. Mostra un mercato del lavoro senza barriere, in cui i capitali si dirigono verso i lidi più convenienti, in cui il *made in Italy* deve resistere alla concorrenza del *made in China* (ma anche del *made in Romania*) in cui la minaccia della delocalizzazione induce a una continua riscrittura delle regole del lavoro volta a ridurre i costi (diretti e indiretti) nell'utilizzazione di manodopera. Mostra un lavoro con meno diritti e meno sicurezze, perché l'estensione dell'area del lavoro autonomo, semiautonomo e temporaneo, da un lato, e la riduzione delle tutele per il licenziamento illegittimo, dall'altro, hanno fatto venir meno la garanzia della stabilità del rapporto di lavoro e ridotto la forza contrattuale dei lavoratori. E mostra una condizione di precarietà penetrata anche nel lavoro subordinato "classico", alimentato dalla paura della disoccupazione, che spinge l'individuo ad assecondare le richieste imprenditoriali, a non ribellarsi all'esercizio invasivo dei poteri datoriali, a rinunciare al ricorso all'azione collettiva per tutelare i propri diritti.

Mostra, insomma, gli squilibri nei rapporti di forza tra capitale e lavoro generati da politiche e regole che hanno "assecondato" fenomeni socio eco-

nomici presentati come ontologici e ineluttabili, ma che in realtà non hanno nulla di inesorabile, se non le conseguenze che tali politiche stanno producendo sulla vita delle persone. Precarietà e insicurezza, che espongono al ricatto del lavoro non solo chi lo cerca, ma anche chi una occupazione la ha e farebbe di tutto per tenercela!

Questo il ricatto che Placido mette in scena. In maniera così efficace e sentita che bastano le parole delle sue protagoniste a raccontarlo. Un Consiglio di fabbrica di un'azienda tessile del Lazio costituito da dieci delegate elette dalle trecento operaie che ne compongono l'organico, chiamato a votare eventuali proposte connesse all'acquisizione dell'impresa da parte di un colosso francese del settore. Con loro, in attesa dell'esito della riunione in cui la nuova dirigenza comunicherà le decisioni concernenti i rapporti di lavoro, lo spettro della riduzione di personale o della delocalizzazione della struttura produttiva e della chiusura totale della fabbrica.

E invece la nuova proprietà non intende smantellare l'azienda. Anzi. Vuole continuare la produzione e ribadisce con enfasi che la forza vera della fabbrica sono le sue operaie e che intende salvarle. C'è solo una condizione. Chiede *solo* di rinunciare a sette dei quindici minuti di pausa pranzo.

La reazione immediata alla proposta è di pura euforia: il posto di lavoro è salvo, continuano a ripetere le operaie, si può sopravvivere, si continua ad avere una retribuzione.

Certo c'è la condizione. Ma sono *solo* sette minuti! Che importa di sette minuti? Anzi, che importa della pausa pranzo. "Posso mangiare mentre lavoro – dice Kidal – con una mano mangio e con l'altra lavoro!". Siamo fortunate, sottolinea Angela, continueremo a lavorare, ci chiedono *solo* di rinunciare a sette minuti.

E invece Bianca, la più anziana, portavoce delle colleghe durante la riunione, vuole che si ragioni sulla proposta, che si capisca cosa sono quei sette minuti. Ma nessuno vuole perder tempo. Ognuno ha i suoi drammi, ognuno è troppo impegnato a sopravvivere per ragionare su sette minuti. Sono *solo* sette minuti. La votazione è quasi inutile, l'esito scontato: 10 sì contro il no di Bianca. Si può andare a casa. Si può ritornare a lottare per la sopravvivenza sapendo che il lavoro ci sarà.

Ma Bianca chiede che se ne discuta ancora un momento, prima di comunicare l'esito della votazione alla nuova dirigenza vuole che le sue compagne vedano quello che a lei sembra chiaro. Non sono *solo* sette minuti.

Un tempo la pausa per pranzare era di quarantacinque minuti, spiega,

poi è stata ridotta, a seguito di votazioni come questa, in cui la conservazione del posto è stato il bene da tutelare a ogni costo. In cui si è sempre accettato tutto. Ed è quello che sta succedendo di nuovo. Oggi sono sette minuti, domani chissà. Se per lavorare si è disposti a tutto non ci saranno più diritti, non ci sarà più pausa pranzo, ci saranno altre fabbriche che seguiranno l'esempio, ci saranno lavoratori con sempre meno tutele.

Eppure l'obiezione è scontata. In un momento come questo, "che è quello che è", ripetono tutte, bisognerebbe ringraziare che sono solo sette minuti. Ma sette minuti a persona sono 3 ore al mese e per trecento lavoratori sono 900 ore al mese. No, non sono solo sette minuti. Sono 900 ore di lavoro, cioè quelle di altri cinque operai che potrebbero essere assunti o, all'opposto, che potrebbero diventare superflui.

Così, nella scelta apparentemente insignificante della rinuncia a sette minuti di pausa, Placido mostra tutta l'attualità del dramma dell'insicurezza del lavoro, della ricattabilità degli individui.

La domanda su cui è incentrato il film è una sola: cosa si è disposti a fare per lavorare? Soprattutto oggi, nella grande crisi economica globale? "Tutto!", risponde subito, senza mezzi termini, Greta: "decidono loro, questo è il ricatto: si è disposti a tutto per lavorare, per non perdere il lavoro". E il problema non è l'oggetto della rinuncia: se avessero chiesto altro invece dei sette minuti, cosa sarebbe cambiato? Avremmo comunque risposto sì, dice Angela.

In un Paese dove il tasso di disoccupazione è elevato, dove le imprese chiudono e gli investimenti vanno altrove, i diritti connessi al lavoro diventano secondari rispetto alla stabilità del reddito. È quel che continua a ripetere Greta: c'è la crisi. D'altronde lei lo sa bene, ha già perso il suo precedente impiego perché la fabbrica dove prima lavorava era stata venduta a un acquirente straniero che aveva delocalizzato la produzione in Romania. E lo sa bene anche Angela, che ha già il marito disoccupato e quattro figlie da mantenere. Servono i soldi per mangiare, continua a ripetere. Non c'è neppure da pensare. Si deve per forza dire sì.

Tutto qui. Per avere o mantenere un lavoro si può anche rinunciare ai diritti conquistati dalle precedenti generazioni. Basta avere una retribuzione certa. Basta riuscire a sopravvivere. E tanto più ci si sente deboli sul mercato, tanto più si è disposti a cedere.

Le tre donne immigrate, ad esempio, "regolari" proprio grazie a questo impiego, non hanno un attimo di ripensamento. Quel lavoro per loro è tutto.

È la permanenza in Italia. È la protezione dallo sfruttamento, che hanno sperimentato sulla loro pelle, del lavoro nero e mal pagato. Così continuano a ripetere alle colleghe di “non fare scherzi”, che senza stipendio non si mangia. Non hanno alcuna scelta. Per loro sono solo sette minuti.

E in fondo, di fronte ai drammi che raccontano, si può dar loro torto? La verità è che ci sarà sempre chi, spinto dalla disperazione, non potrà che accettare il ricatto. È inevitabile. E permette al sistema di funzionare.

Ma Bianca, invece, che lavora in quella fabbrica da una vita, ricorda il tempo in cui si lottava, unite, per i diritti. E poi, quando la crisi ha cominciato a erodere la forza dei lavoratori, ha accettato di rinunciare a qualcosa in nome del mantenimento dei livelli occupazionali. Ma sente che c'è un limite, che non si possono continuare a cedere tutele, che si deve lottare per la dignità del lavoro. Perché se oggi rinuncia di nuovo, se si arrende di nuovo al ricatto, allora prima o poi non ci saranno più diritti, né per loro né tanto meno per le generazioni future, come quella di suo figlio, ancora disoccupato, o quella del figlio di Lisa, che sceglie di nascere proprio nel tormento di questa decisione. Ed è pensando ai diritti di suo figlio che anche Lisa dice no.

E mentre il gruppo si spacca, mentre le donne sono le une contro le altre, arriva il momento di votare di nuovo. Cinque sì e cinque no. Resta il voto di Alice, la più giovane, vent'anni, nemmeno un anno intero alle dipendenze di questa azienda. Combattuta tra l'ideale di non perdere i diritti per il suo futuro e l'idea concreta di un lavoro che le consentirà di avere il mutuo per comprare una casa.

Riecheggiano le parole di Greta: il sistema fa schifo, è vero, ma mica può essere sempre colpa del sistema? A volte si può avere la possibilità di fare qualcosa. E lo spettatore spera che Alice dica no, che decida di lottare per la dignità del lavoro, che la rivendichi come bene indisponibile.

Il lieto fine arriva e ci rassicura. Alice sceglie. Quasi a voler sottolineare che si può sempre scegliere. Che non c'è niente di ineluttabile in questa organizzazione economica. È vero, c'è la crisi e ci sono le delocalizzazioni. E c'è il fantasma della disoccupazione. Ma se la paura induce gli stessi lavoratori a comprimere i loro diritti, se l'idea che l'occupazione sia da tutelare a ogni costo, anche a quello di una rimercificazione totale del lavoro, allora questa strada diventerà davvero ineluttabile. Non può essere così. Alice ci dice che non deve essere così.

Sceglie e vota. Non sono *solo* sette minuti.

notizie sugli autori

Anna Alaimo

Associata di Diritto del lavoro, Università di Catania

Stefano Battini

Ordinario di Diritto amministrativo, Università della Toscana

Roberta Calvano

Ordinaria di Diritto costituzionale, Università Unitelma Sapienza

Emilia D'Avino

Dottoranda di ricerca in Diritto e istituzioni economico-sociali, Università di Napoli Parthenope

Claudio De Fiores

Ordinario di Diritto costituzionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Ombretta Dessì

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Cagliari

Maria Dolores Ferrara

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Trieste

Alessandro Garilli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Palermo

Jeff Kenner

Professor of European law, University of Nottingham

Valeria Nuzzo

Associata di Diritto del lavoro, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Valentina Pasquarella

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Foggia

Carla Spinelli

Associata di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di giugno 2017
dalla Grafica Elettronica (Na)

