

# indice

## **editoriale**

- 229** MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*Habemus legem!*

## **saggi**

- 243** EDOARDO GHERA  
*Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale  
(spunti critici e di metodo)*
- 263** PIETRO LAMBERTUCCI  
*Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro  
e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav.*
- 287** PAOLA SARACINI  
*Contratto e legge dopo il caso FIAT: le nuove regole sindacali*
- 305** MARIO CERBONE  
*La legge n. 146/1990 nel prisma dell'effettività*
- 333** PAOLO PASSANITI  
*I trent'anni che sconvolsero il diritto di famiglia e del lavoro*

## **giurisprudenza**

### **note e rassegne critiche**

- 361** ALESSANDRA PIOGGIA  
*La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo indipendente  
di valutazione (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)*
- 373** GABRIELLA NICOSIA  
*La valutazione nelle amministrazioni pubbliche: oscurità normativa e delle prassi  
applicative (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)*

II **indice**

- 397** SILVIA CIUCCIOVINO, CARMEN AMATO  
*Trasformazione del contratto a termine illegittimo e mansioni:  
l'ultimo orientamento della Corte di Giustizia* (NOTA a Corte di Giustizia  
8 marzo 2012 - Causa C-251/11)
- 410** *Notizie sugli autori*
- 411** *Abbreviazioni*

In questo numero sono stati sottoposti a referaggio i contributi di:  
Carmen AMATO, Mario CERBONE, Silvia CIUCCIOVINO, Pietro LAMBERTUCCI,  
Gabriella NICOSIA, Paolo PASSANITI, Alessandra PIOGGIA, Paola SARACINI

Il referaggio è stato effettuato da:  
Edoardo ALES, Laura CALAFÀ, Paolo PASCUCCI, Luigi MARIUCCI, Umberto RO-  
MAGNOLI, Carlo ZOLI, nonché un ordinario di diritto amministrativo

# table of contents

## **editorial**

- 229** MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*Habemus legem!*

## **articles**

- 243** EDOARDO GHERA  
*Entitlement for the right to strike, union truce or peace*
- 263** PIETRO LAMBERTUCCI  
*Separate collective bargaining, union representatives in the workplace and illegitimacy of article 19 th of the Workers' Statute*
- 287** PAOLA SARACINI  
*Contract and the law after the Fiat case: the new trade union rules*
- 305** MARIO CERBONE  
*Law about strikes in essential public services (n. 146/1990) in its effectiveness*
- 333** PAOLO PASSANITI  
*The thirty years that chanced the historical plot of family law (and labour law)*

## **cases law**

### notes and critical reviews

- 361** ALESSANDRA PIOGGIA  
*The evaluation of local government and the appointment of the evaluation independent organism (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)*
- 373** GABRIELLA NICOSIA  
*The evaluation in public administration: law and practice application darkness (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)*

IV **table of contents**

- 397** SILVIA CIUCCIOVINO, CARMEN AMATO  
*Transformation of fixed term contract and duties: the last view of the Court of Justice* (NOTA a Corte di Giustizia 8 marzo 2012 – Causa C-251/11)
- 410** *Authors' information*
- 411** *Abbreviations*

In this issue the contributions written by the following authors have been subjected to peer review:

Carmen AMATO, Mario CERBONE, Silvia CIUCCIOVINO, Pietro LAMBERTUCCI, Gabriella NICOSIA, Paolo PASSANITI, Alessandra PIOGGIA, Paola SARACINI

The referees have been:

Edoardo ALES, Laura CALAFÀ, Paolo PASCUCCI, Luigi MARIUCCI, Umberto ROMAGNOLI, Carlo ZOLI, and a full Professor of Public Law

**Maria Vittoria Ballestrero**

*Habemus legem!*

1. La riforma del mercato del lavoro ha visto finalmente la luce<sup>1</sup>. Certo la fumata bianca non è stata accolta da folle osannanti; anzi, a dire il vero, l'accoglienza è stata meno che tiepida persino da parte dei più convinti sostenitori del "Governo dei tecnici". Nondimeno si può dire che l'intera comunità dei giuslavoristi (ammesso e non concesso che possa parlarsi di comunità) aspettava con ansia di poter poggiare il lavoro interpretativo, su cui si sta affannando da mesi, sul solido terreno di un testo definitivo. Peccato che il terreno tanto solido non sia: primo, perché non si tratta della storica riforma che era stata annunciata, ma dell'ennesimo intervento legislativo che incrementa la stratificazione del nostro diritto del lavoro, sempre più farraginoso e meno decifrabile; secondo, perché alcune modifiche, in vista a breve scadenza, rimetteranno in discussione parti non irrilevanti del testo appena entrato in vigore (dall'allargamento della flessibilità in entrata, al rinvio della riforma degli ammortizzatori sociali).

Nelle more della gestazione della legge, proprio l'affannarsi dei giuslavoristi intorno ad un testo non ancora definitivo, ma prossimo a diventarlo, ha dato luogo ad un dibattito per certi versi curioso, che vale la pena di

<sup>1</sup> Legge 28 giugno 2012, n. 92. Il testo del d.d.l. S-3249, approvato dal Senato con quattro voti di fiducia, che hanno "spacchettato" gli originari 72 articoli rimpacchettandoli in 4, ognuno dei quali conta un numero elevato di commi dal contenuto disparato. Il testo approvato dal Senato è stato approvato dalla Camera il 27 giugno scorso, ancora una volta ricorrendo a 4 voti di fiducia. Dopo sei mesi difficile gestazione, l'iter parlamentare è stato contrassegnato dalla fretta di approvare una legge sgradita a destra e a sinistra, contestata dai sindacati, e ben poco apprezzata da Confindustria; ma l'approvazione doveva comunque avvenire in tempo utile perché il Presidente del Consiglio potesse vantare a Bruxelles la realizzazione di un'altra delle riforme strutturali che ci ha "chiesto l'Europa". Una prima lettura critica del d.d.l. in F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, csdle.lex.unict.it.

rammentare, perché ripropone qualche interrogativo non banale sul nostro ruolo in bilico tra *ius condendum* e *ius conditum*.

Durante il recente Congresso nazionale dell'AILLASS (Pisa, 7-8-9 giugno 2012), il cui tema – “Il diritto del lavoro al tempo della crisi” – chiaramente sollecitava la riflessione sulla ormai imminente legge di riforma del mercato del lavoro, Pietro Ichino ha duramente condannato l'atteggiamento critico dei giuslavoristi che, commentando un disegno di legge in via di approvazione definitiva, si comportavano a suo giudizio come se fossero di fronte allo *ius condendum*, mentre stavano in realtà “squalificando e disprezzando” i prodotti normativi del legislatore (cioè lo *ius conditum*), perché poco corrispondenti alle loro visioni e preferenze. Così facendo – ha aggiunto Ichino – i giuslavoristi aggravano la già “impressionante divaricazione” tra le loro elaborazioni e la produzione legislativa dell'ultimo decennio<sup>2</sup>.

Le parole di Ichino hanno suscitato l'orgogliosa reazione di quanti, giustamente rivendicando il ruolo critico che comunque spetta alla cultura giuridica, sottolineano come sia piuttosto da condannare un legislatore che mette mano alla riforma del diritto del lavoro, trascurando completamente di tenere nel debito conto l'opinione degli specialisti della materia, certamente più avvertiti delle esigenze di coerenza sistematica dell'insieme delle norme e più consapevoli dei problemi interpretativi derivanti dalla formulazione, talora infelice, delle disposizioni che il legislatore si accinge a mettere in vigore. Quanto al ruolo dei giuristi rispetto allo *ius conditum*<sup>3</sup>, posto che se una legge è in vigore non possono semplicemente “rifiutarla”, essi restano tuttavia liberi, nel rispetto dei canoni dell'interpretazione giuridica, di proporre le interpretazioni che ritengono più adeguate, denunciando, ove necessario, l'incoerenza, l'irrazionalità o la non conformità della legge alla Costituzione o alle fonti internazionali ed europee di rango su-

<sup>2</sup> Secondo ICHINO, «l'autorevolezza culturale di una comunità accademica, e in particolare di una comunità che coltiva il diritto del lavoro, nasce dalla sua capacità di conciliare il proprio ruolo di interprete dello *ius conditum* con l'impegno a essere luogo di confronto tra orientamenti diversi sul terreno dello *ius condendum*, senza che questa seconda funzione possa in qualche modo appannare la prima». L'intervento di ICHINO è pubblicato nel suo sito ([www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)), dove possono leggersi anche le risposte di MAZZOTTA, M.T. CARINCI, GHERA.

<sup>3</sup> Nel Congresso di Pisa si discuteva ancora del testo approvato dal Senato, ma era chiaro che sarebbe stato approvato a breve anche dalla Camera, e senza ulteriori modifiche: dunque si stava discutendo di *ius quasi conditum*.

periore<sup>4</sup>. Rispetto della legge non significa consenso sulle scelte del legislatore; non significa nemmeno che l'interprete sia tenuto ad arrampicarsi sugli specchi per trovare soluzioni che consentano di salvare da giuste censure disposizioni irrazionali e irragionevoli.

Pienamente rispettando la legge, e non avendo cause da difendere, proverò a dire in breve perché dissento da alcune delle scelte compiute dal legislatore.

2. *Habemus legem*, dunque. Ma perché questa legge che piace a pochi e scontenta molti è stata voluta con tanta determinazione, e perché la si è voluta approvare in tutta fretta, blindando il testo con quattro voti di fiducia in ogni ramo del Parlamento?

Manco a dirlo, perché “ce lo chiede l'Europa”. Vero: la riforma ci è stata chiesta dalle istituzioni europee (BCE e Commissione), e in termini che riecheggiano le formulazioni della *flexicurity* contenute nel *Libro Verde* della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006. La “modernizzazione” del mercato del lavoro pretesa dalle istituzioni europee nel quadro dell'austerità inflitta all'Italia (ma anche alla Spagna, per tacere del massacro sociale imposto alla Grecia) ha infatti molto a che fare con la flessibilità e ben poco con quella sicurezza nel mercato, che dovrebbe fare da contrappeso alla flessibilità in entrata ed anche in uscita. Alle richieste dell'Europa il nostro Governo ha obbedito con prontezza, e senza interrogarsi su quali riforme le istituzioni europee possano legittimamente chiedere agli Stati membri, e in nome di quali obiettivi di *flexicurity*. Senza addentrarmi su di un terreno che richiederebbe analisi accurate<sup>5</sup>, mi limito ad

<sup>4</sup> Si potrebbe rispondere a ICHINO con le parole di BAYLOS GRAU, *El sentido general de la reforma: la ruptura de lo equilibrios y la exaltación del poder privado del empresario*, in *RDS*, 57/2012, p. 15: «La capacidad de reconstruir el momento jurídico como un espacio abierto en el que se deben preservar los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos es muy decisiva para la administración concreta de la reforma una vez se convierta en ley por el parlamento. La legitimidad de la norma es también resultado de quienes la estudian y la interpretan, de quienes la analizan y explican. Y la necesidad de derogar y revocar las opciones regulativas que están presentes en ella, puede ser eficazmente alentada desde la teoría académica». La riforma di cui parla l'A. è quella spagnola (*RDley* 3/2012), di cui mi sono occupata brevemente nel saggio BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441. Riprendo alcune considerazioni da questo saggio, nonché dal mio intervento al Congresso AIDLASS.

<sup>5</sup> Per l'analisi rinvio a L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 141/2012*.

osservare che, stando a quanto la Commissione europea ha scritto nella Comunicazione del 3 marzo 2010 (Europa 2020), le istituzioni europee non dovrebbero pretendere una riduzione dei livelli di protezione dei lavoratori incompatibile con il modello sociale prefigurato dal Trattato di Lisbona. E invece il modello sociale europeo pare oggi diversamente coniugato in ragione dell'entità del debito sovrano, del deficit di bilancio, e peggio ancora della valutazione dell'affidabilità dello Stato da parte dei mercati, cioè degli investitori: tanto che c'è seriamente da dubitare che, in questi tempi grami per l'Europa mediterranea, abbia ancora senso parlare di modello sociale europeo.

L'ha chiesto l'Europa, e il Governo prima, il Parlamento poi, hanno sfornato una riforma del mercato del lavoro, che non riforma il mercato (ciò che richiederebbe seri interventi dal lato della domanda di lavoro), ma alcune delle regole di funzionamento del mercato dal lato dell'offerta, agendo dunque essenzialmente sul versante della legislazione del lavoro, in più nel segno di una *flexicurity* vecchia maniera.

È chiaro a tutti, e certamente anche al Ministro Fornero<sup>6</sup>, che la legislazione del lavoro, di per sé, non può né creare occupazione, né ridurre la disoccupazione: la realizzazione di questi obiettivi dipende da altro, e in particolare dalle politiche industriali e dello sviluppo che il Governo sarà in grado di mettere in campo, stante la scarsità delle risorse a disposizione. Alla legislazione del lavoro si potrebbe invece chiedere di svolgere una funzione di riequilibrio del mercato dalla parte dei soggetti deboli: ma una siffatta richiesta rimarrebbe senza risposta. Anche questa riforma si colloca infatti (almeno per la parte relativa ai rapporti di lavoro) a valle di quello che il mercato ha già prodotto (vale a dire la frammentazione del lavoro e, di conseguenza, lo stridente dualismo tra stabili e precari), non senza l'importante contributo della legislazione degli anni 2000, rispetto alla quale l'attuale legge presenta troppo timide discontinuità.

3. *Old fashioned flexicurity*, dicevo: nella legge n. 92/2012, la *flexicurity* pare essenzialmente intesa come “bilanciamento” tra due flessibilità, o me-

<sup>6</sup> Anche se i genitori sono più d'uno, penso che la legge n. 92/2012 sarà nota come “legge FORNERO”: del resto, a legare la legge al proprio nome ha provveduto il Ministro stesso, che l'ha fortemente voluta e caparbiamente difesa dagli attacchi e dai giudizi talora sprezzanti espressi da più parti.

<sup>7</sup> Cfr. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, 2012, p. 589.



glio come compensazione della riduzione della frammentazione in entrata con l'affievolimento dei vincoli in uscita. Non che la legge taccia del tutto sul versante della *security* nel mercato: qualcosa (poco) è previsto in materia di politiche attive del lavoro; una scelta sul versante della universalizzazione (per ora solo tendenziale) della protezione sociale è stata fatta con l'introduzione dell'ASpI (e della mini-ASpI); qualche misura (modesta) è stata introdotta a favore del lavoro delle donne<sup>7</sup> e degli anziani. La mia impressione, tuttavia, è che su questo piano non solo la strada da fare sia ancora lunga, ma richieda anche di qualche correzione di rotta. Al di là di alcune opportune misure di razionalizzazione dell'esistente, le vere scelte in materia di CIG e mobilità, ad esempio, pure rinviate di qualche anno, dovranno essere seriamente meditate alla luce della situazione del mercato del lavoro che si sarà verificata nel frattempo<sup>8</sup>: se la pesante crisi occupazionale perdura, occorrerà riflettere se non sia più saggio mantenere in vita ammortizzatori sociali che evitino di scaricare disoccupati sul mercato.

Fermandosi alla sola considerazione della disciplina dei rapporti di lavoro, la redistribuzione delle tutele proposta dalla legge n. 92/2012 opera su due versanti: il contrasto alla "flessibilità cattiva" (abusi e usi distorti), conservando invece la flessibilità in entrata considerata "buona"; la flessibilizzazione della disciplina dei licenziamenti individuali, ma anche collettivi. Il legislatore condivide dunque l'ipotesi che la flessibilità in uscita dei protetti renda più fluido e dinamico il mercato del lavoro, contribuendo così alla redistribuzione, a vantaggio degli *outsiders*, delle opportunità di accesso al lavoro protetto (ma ora meno protetto per tutti). Un'ipotesi di cui molti contestano la fondatezza con buoni argomenti.

4. Non posso approfittare dello spazio di un editoriale per entrare nel merito della parte della legge n. 92/2012 dedicata alla flessibilità in entrata, pur essendo consapevole che un'analisi di dettaglio sarebbe decisiva per valutarne l'impatto sull'attuale assetto del diritto dei rapporti di lavoro. Mi limito a dire che alcune scelte mi paiono apprezzabili. Così la valorizzazione dell'apprendistato, ispirata dalla fiducia che possa diventare la via maestra di ingresso al lavoro dei giovani: una via che però non è decisiva né risolu-

<sup>8</sup> Penso in particolare all'abrogazione (rinviata però all'1.1.2017), dell'art. 3, l. n. 223/1991. Si vedano in proposito le osservazioni critiche di FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 143/2012.

tiva, dal punto di vista della garanzia di accesso al lavoro stabile, e che comunque non interessa una larga quota di lavoratori precari, disoccupati e inoccupati, specialmente donne, che la soglia dei ventinove anni l'hanno superata, magari da tempo. Così anche le nuove regole in materia di collaborazione a progetto, indebolite tuttavia dalla marcia indietro (che probabilmente non sarà l'ultima) sulle "partite IVA".

Altre scelte mi lasciano invece assai perplessa: è il caso della previsione di un "primo" contratto a tempo determinato, o di una "prima" utilizzazione in somministrazione, della durata di ben 12 mesi, per cui non è richiesta alcuna giustificazione oggettiva (c.d. causale). È noto che, nella prima fase della gestazione della riforma, si era prospettata l'adozione di uno dei modelli di contratto unico (a tempo indeterminato) di cui si discute da qualche anno a questa parte, e che tra le proposte sul tavolo vi era anche quella della "prova lunga", che introduce nel contratto a tempo indeterminato un periodo iniziale caratterizzato dalla libera recedibilità (dunque privo di garanzie di stabilità, e non solo di stabilità). Il Governo ha accantonato le insistenti pressioni di quanti speravano che la strada del contratto unico sarebbe stata imboccata, scartando così anche la proposta della prova lunga<sup>9</sup>. Il contratto a tempo indeterminato non subisce modifiche; ma, aprendo la possibilità di assumere a termine senza causa giustificativa, la prova lunga uscita dalla porta rientra – seppure camuffata – dalla finestra. Pare come minimo dubbio che favorire assunzioni (o utilizzazioni) di carattere temporaneo, di lunga durata, libere e insindacabili, possa essere funzionale all'obiettivo enunciato di ridurre precarietà e dualismo. Anche perché, se è vero che lo stesso datore di lavoro non può assumere (o utilizzare) lo stesso lavoratore più di una volta con contratto a termine (o di somministrazione) a-causale, il lavoratore potrà invece passare da un datore di lavoro ad un altro, e da un contratto a-causale ad un altro, senza riuscire a trovare il bandolo della matassa della precarietà in cui è finito. Il datore di lavoro, a sua volta, potrà usare il *turn over* degli assunti a termine per realizzare quella estrema flessibilità organizzativa che la legge a parole si propone di contrastare.

<sup>9</sup> La speranza era stata rinfocolata dalle parole del Sen. Prof. MONTI, nel discorso alle Camere in occasione della presentazione del suo Governo per il voto di fiducia, che parevano alludere appunto alla introduzione del contratto unico. La "prova lunga" (della durata di un anno) è prevista in Spagna dal *RD Ley 3/2012*, per le imprese fino a 50 dipendenti (che rappresentano il 93% delle imprese spagnole).

In conclusione mi sembra che l'insieme delle nuove regole non riesca a modificare sostanzialmente il quadro della segmentazione del mercato del lavoro. Non perché il legislatore lascia aperto lo spazio alla flessibilità in entrata (su questo il consenso è generale), ma perché, se davvero avesse voluto che il contratto a tempo indeterminato fosse il “contratto dominante”, come retoricamente annuncia l'art. 1, comma 1, lett. a, l. n. 92/2012, sarebbe stato necessario affondare le forbici nella flessibilità in entrata, lasciando in vita (e regolando in modo stringente) le sole forme contrattuali sorrette da ragioni funzionali, capaci di offrire ai lavoratori opportunità di un lavoro decente, ancorché precario, senza esporli al rischio di rimanere ghettizzati in una precarietà senza uscita. Fino a quando resta aperta un'ampia possibilità di mantenere *out* gli *outsiders*, disponendo di varie forme di impiego flessibile e iperflessibile a durata determinata, rendere più agevole e meno costoso il licenziamento degli *insiders* non è sufficiente a rendere attraente il contratto a tempo indeterminato. Specie dove la competitività si gioca (come in una parte rilevante del nostro tessuto produttivo) non sull'innovazione e la ricerca, ma sulla riduzione del costo del lavoro (e dunque sull'abbassamento complessivo delle tutele), il lavoro precario resta sempre più conveniente per le imprese. L'agevolazione dei licenziamenti non compensa la libertà da vincoli che caratterizza il lavoro precario, garantendo alle imprese una flessibilità a tutto campo.

5. Dedico qualche considerazione finale alle misure relative alla flessibilità in uscita, sulla quale già si registrano numerosi contributi dottrinali: a testimonianza del fatto che quella relativa al cosiddetto “rimaneggiamento” della disciplina dei licenziamenti (individuali, ma anche collettivi) è considerata la parte più importante della legge (e, a quanto pare, quella destinata a durare). A rendere importante la riforma dell'art. 18 st. lav. non è tanto il suo valore simbolico, quanto il fatto che la forte riduzione del diritto alla reintegrazione priva i lavoratori di una storica tutela: la restituzione al lavoratore del bene di cui stato ingiustamente privato, e di cui l'ordinamento gli garantiva il possesso fino al limite del licenziamento legittimo. Ammetto senza difficoltà che l'enfasi che circonda il *totem* della reintegrazione è eccessiva, e che l'attuale disciplina meritava un accurato restauro; ma non credo sia corretto giudicare un dinosauro (o peggio un cretino) chi continua a definire la reintegrazione una conquista di civiltà (giuridica e non). Quella dell'art. 18 sarà anche, come si sente ripetere, una riforma che allinea il diritto italiano a quello di altri paesi dell'UE: ma provate a chiedere

ad un lavoratore, privato del diritto alla reintegrazione, se è felice di poter oggi disporre di un art. 18 “più europeo” (come dice il nostro Ministro).

5.1. Il rimaneggiamento (che a me pare piuttosto uno sbriciolamento) dell'art. 18 (art. 1, comma 42, l. n. 192/2012) agisce su due distinti piani, strettamente interconnessi: il piano dei presupposti del licenziamento (la giustificazione, vale a dire la causa o il motivo addotti per giustificarlo); il piano delle sanzioni dei licenziamenti illegittimi. Su entrambi i piani le modificazioni apportate sono di grande rilievo e di notevole impatto.

I campi di applicazione degli art. 18 st. lav. e 8 l. n. 604/1966 restano tuttavia immutati: il risultato è che, con la nuova disciplina, le due aree originarie (più l'area residuale del recesso *ad nutum*) risultano divise in cinque aree (più l'area del recesso *ad nutum*), essendo stata frammentata l'area originaria della tutela reale in almeno quattro sub-aree, due delle quali, espulse dalla tutela reale, sono diventate aree di applicazione della tutela obbligatoria (una forte e una media); in queste due ultime aree, l'ammontare dell'indennità è superiore a quella prevista dal regime applicabile nelle unità produttive minori (art. 8, l. n. 604/1966). Le disparità di trattamento dei lavoratori a fronte di un licenziamento illegittimo, prima determinate dalla circostanza che il licenziamento ricadesse nell'area della tutela reale o in quella della tutela obbligatoria, ora si moltiplicano nella stessa area di applicazione dell'art. 18. A sorreggere tali disparità non possono più essere invocati i criteri delle capacità economiche dell'impresa e del più intenso vincolo fiduciario, utilizzati a suo tempo dalla Corte costituzionale per salvare la legittimità del trattamento deteriore riservato ai lavoratori occupati nelle piccole imprese. Sorregge le nuove disparità di trattamento, che riguardano i lavoratori occupati nelle unità produttive con più di 15 dipendenti, un'altra ragione: la frammentazione delle tutele è frutto infatti della frammentazione delle fattispecie di licenziamento illegittimo. Che poi la ragione sia anche ragionevole, è un altro paio di maniche.

5.2. Riassumendo brevemente: nella nuova formulazione dell'art. 18, la tutela reale piena resta in vigore per i licenziamenti discriminatori, e si estende a tutti i licenziamenti altrimenti nulli. Per i licenziamenti ingiustificati, il nuovo art. 18 prevede invece l'alternativa tra tutela reale (ma con indennità risarcitoria forfetaria) e tutela obbligatoria (solo indennità forfetaria). Il nuovo art. 18 distingue dunque nettamente il licenziamento discriminatorio, o altrimenti nullo, dal licenziamento ingiustificato, tenendo

separata la situazione della carenza del potere di licenziare che caratterizza la prima ipotesi (il licenziamento è vietato), dalla situazione che caratterizza la seconda ipotesi, nella quale il potere di licenziare sussiste, ma il suo esercizio legittimo è condizionato dal rispetto di limiti (o presupposti), la cui definizione esprime il bilanciamento tra gli interessi contrapposti delle parti.

Per quanto riguarda la prima ipotesi (i licenziamenti nulli), è stata proposta di recente una lettura unificante delle diverse fattispecie previste, dalla quale dissento<sup>10</sup>. La “confusione” tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per violazione di espressi divieti o per motivo illecito può essere ingenerata dalla circostanza che il nuovo art. 18, comma 1, unifica la sanzione (reintegrazione piena), estendendola anche al di fuori del suo campo di applicazione originario<sup>11</sup>. A me pare tuttavia necessario ribadire che il licenziamento discriminatorio deve essere tenuto distinto da altre fattispecie di licenziamento nullo<sup>12</sup>. La dimostrazione di questa tesi richiederebbe di spiegare perché la discriminazione è un concetto di relazione, che come tale si basa su di un giudizio comparativo: ciò che del resto emerge con evidenza dalle definizioni legali della discriminazione, che è una differenza di trattamento, direttamente o indirettamente riconducibile ad un fattore di discriminazione, pregiudizievole per gli effetti che produce, e non per l'intento dell'agente. Ma non è questa la sede per attardarsi sulla questione. Piuttosto mi pare necessario precisare che per quanto molto lungo, e arricchito di recente di nuove ipotesi, l'elenco dei fattori di discriminazione previsto dall'art. 3, l. n. 108/1999 resta tassativo: la fattispecie del licenziamento discriminatorio è dunque attualmente molto ampia, ma non priva di confini, e ciò mi pare imponga ancora di distinguere tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per

<sup>10</sup> L'unificazione tra licenziamenti discriminatori e altri licenziamenti nulli è stata sostenuta da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione, XVII Congresso nazionale AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it). Riprendo qui alcune osservazioni svolte come *discussant* della relazione dell'A., che ho più ampiamente sviluppato nel saggio *Declinazioni di flexicurity*, cit., al quale mi permetto di fare rinvio.

<sup>11</sup> Era già così per il licenziamento discriminatorio, ma non per altri casi di nullità: viene dunque meno quella distinzione tra nullità di diritto speciale e nullità di diritto comune, che ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi: cfr., se vuoi, BALLESTRERO, *Licenziamento individuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 791 ss.

<sup>12</sup> Rinvio alle più ampie considerazioni svolte sul punto nel saggio *Declinazioni di flexicurity*, cit.

motivo illecito (altro e diverso dalla discriminazione: una fattispecie aperta, nella quale possono rientrare casi disparati)<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi (licenziamenti ingiustificati), come ho detto sopra, il legislatore distingue nettamente il licenziamento ingiustificato dal licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo. Rispetto al vecchio testo dell'art. 18, il cambiamento è radicale, perché in quel testo i licenziamenti invalidi per ragioni diverse (nulli, inefficaci, ma anche ingiustificati "qualificati come annullabili") erano unificati nella sanzione, e l'unificazione avveniva sul versante della nullità (e quindi della reintegrazione). La distinzione tra licenziamento nullo o inefficace (improduttivo di effetti) e licenziamento ingiustificato (illecito, ma produttivo di effetti), era invece presente e chiaramente leggibile nella legge n. 604/1966: e lì tutto resta com'era.

Nella nuova formulazione dell'art. 18 fanno infine caso a sé i licenziamenti viziati nella procedura, per i quali è prevista la sola sanzione risarcitoria (ma in misura notevolmente ridotta rispetto ai licenziamenti viziati per difetto di giustificazione). La scelta è già alquanto opinabile quando il vizio attiene alla violazione dell'art. 7 st. lav., che, secondo l'orientamento consolidato della S.C., non è un vizio procedurale ma sostanziale; più che opinabile la scelta è assurda, quando il vizio è addirittura l'omessa motivazione (di cui, peraltro, opportunamente la legge sancisce l'obbligatoria contestualità con la comunicazione scritta del licenziamento): da un lato, il vizio in questo caso non è procedurale, ma di forma, e dunque il licenziamento dovrebbe essere inefficace; d'altro lato, non è un vizio minore, dato che all'obbligo di motivazione scritta è strettamente collegato il diritto del lavoratore di impugnare il licenziamento sapendo che cosa contestare al datore di lavoro.

5.3. Come è noto, per i licenziamenti ingiustificati, il nuovo art. 18 prevede l'alternativa tra tutela reale e tutela obbligatoria (nelle ipotesi regolate dai commi 4 e 7): il licenziamento privo di giustificazione potrà infatti essere alternativamente improduttivo o produttivo di effetti, a seconda che la giustificazione addotta dal datore di lavoro sia insussistente (cioè totalmente infondata), ovvero sussista ma sia insufficiente (o inadeguata). La

<sup>13</sup> L'intento dell'agente, irrilevante per la qualificazione del licenziamento come discriminatorio, rileva invece nel caso della nullità del licenziamento per illiceità del motivo: con rilevanti conseguenze sul piano probatorio.

sanzione varia dunque a seconda del “grado” (se così si può dire) o della gravità della mancata giustificazione.

A fronte della introduzione di nuove differenze (o disparità) di trattamento sul piano sanzionatorio, che il legislatore questa volta ha collegato non al criterio dimensionale, che giustificava in passato l’applicazione dei diversi regimi (tutela reale e tutela obbligatoria), ma ad una inedita “graduazione” delle giustificazioni, occorre finalmente valutare se tale criterio sia razionale e ragionevole.

Alcuni pensano che la ragionevolezza delle disparità di trattamento stia nella “oggettiva” diversità della situazione, diversa appunto a seconda del grado di (non) giustificazione del licenziamento<sup>14</sup>. Detto altrimenti: la graduazione delle sanzioni previste (reintegrazione forte, reintegrazione debole, tutela obbligatoria forte, tutela obbligatoria debole) si spiega perché razionalmente discende dal grado di violazione del dovere di giustificazione (giustificazione da insussistente a insufficiente). Convengo che l’ottica adottata dal legislatore è quella della graduazione delle sanzioni a seconda del grado della “colpa” del datore di lavoro, come se il licenziamento ingiustificato fosse un illecito extracontrattuale, anziché, come da sempre sostiene la migliore dottrina, un illecito contrattuale. Ma si tratta di un vizio prospettico: la graduazione delle sanzioni prevista dalla riforma opera non sul versante della “punizione” del datore (in ragione dell’entità della sua “colpa”, ovvero della sua mala o buona fede) ma su quello dei presupposti che devono sorreggere il licenziamento perché sia legittimo. Il che è ovvio: perché non si possono graduare le sanzioni se non se ne sono graduati i presupposti.

La graduazione della (mancata) giustificazione (il fatto addotto non sussiste, oppure il fatto sussiste, ma non è sufficiente a giustificare) introduce una distinzione nuova, che a me pare in contrasto con la regola della (doverosa) giustificazione, la quale comporta l’attribuzione al lavoratore del diritto soggettivo (e non solo di un interesse) a conservare il proprio posto di lavoro fino a quando non sopravvenga una ragione (soggettiva od oggettiva) che il datore di lavoro possa addurre, e sia in grado di provare, per

<sup>14</sup> Mi riferisco essenzialmente alle tesi formulate da MARESCA, *Le scommesse di un mercato del lavoro duale*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, n. 87 e ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it). Osservazioni critiche attente ed equilibrate in CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione in *ADL*.

esercitare legittimamente il potere di licenziare<sup>15</sup>. Se il licenziamento per essere legittimo deve essere giustificato, deve essere sorretto da una motivazione adeguata, cioè corrispondente alle definizioni legali, che la legge n. 92/2012 non modifica, e che non contengono alcuna graduazione che consenta di distinguere tra insussistenza e insufficienza: in entrambi i casi la motivazione è inadeguata, e dunque il licenziamento costituisce un effetto sproporzionato rispetto alle ragioni addotte.

5.3.1. Il richiamo alle definizioni legali di giusta causa e giustificato motivo oggettivo e soggettivo induce ad una breve digressione. Come la lettura del testo rende evidente, nella nuova formulazione dell'art. 18 il legislatore sembra essersi sommamente preoccupato della limitazione della discrezionalità del giudice, tentando di costringere le sue valutazioni entro limiti precostituiti. Ne è un chiaro esempio la riduzione alle sole tipizzazioni contrattuali (o del codice disciplinare) della possibilità del giudice di valutare se il comportamento del lavoratore doveva essere punito con sanzione conservativa anziché con il licenziamento: il legislatore dimentica così che, al di là dell'esplicito richiamo all'art. 2106 cod. civ., costituisce principio generale la regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento (principio proprio altresì del diritto dell'UE, e ribadito più volte dalla CGUE) in materia di sanzioni. Per quanto riguarda poi la giustificazione "oggettiva", il legislatore pretende di costringere la valutazione del giudice entro i paletti segnati dalla distinzione tra la "manifesta insussistenza del fatto" e la sussistenza del fatto, non sufficiente però a giustificare il licenziamento, trascurando di considerare che la giustificazione oggettiva per lo più non è basata direttamente su fatti, ma su valutazioni dell'imprenditore in ordine al venir meno della convenienza della conservazione di un posto di lavoro, nella quale i fatti giocano un ruolo secondario.

La pervicace intenzione di contenere al massimo la valutazione discrezionale del giudice, nasce, tra l'altro, dall'equivoco teorico di ravvisare "clausole generali" nelle definizioni legali della giusta causa e del giustificato motivo, laddove si tratta piuttosto di "norme aperte", o meglio "vaghe": Le definizioni (prescrittive, come tutte le definizioni legali), fanno

<sup>15</sup> La doverosità della giustificazione risponde, oltre che all'art. 4 Cost., a quanto previsto dalle fonti europee: l'art. 24 della Carta sociale europea; l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ed è una regola inderogabile.



rinvio a canoni tecnici (specie in materia di inadempimento); in esse ricorrono tuttavia anche espressioni che esigono valutazioni dell'interprete (notevole inadempimento, causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto, esigenze tecnico-produttive), che lasciano al giudice un margine per il bilanciamento tra libertà dell'iniziativa economica e diritto al lavoro nella fattispecie concreta. Tale margine non è comprimibile fino a che le definizioni legali restano come sono, anche se il giudice dovrà tener conto della nuova graduazione tra giustificazioni insussistenti e giustificazioni insufficienti nel decidere in ordine alla sanzione da applicare.

La volontà di limitare le valutazioni discrezionali del giudice è chiara. Ma anche una rozza teoria dell'interpretazione del diritto è sufficiente per capire che la discrezionalità del giudice è ineliminabile.

6. Mi fermo qui. Molto ci sarebbe ancora da dire: ma anche limitandosi ai pochi punti che ho brevemente trattato, viene da chiedersi se davvero era il caso di varare in tutta fretta una riforma della quale si stenta a capire se le contingenti ragioni di urgenza vadano oltre la volontà di mostrare che un altro dei compiti a casa assegnatici di falchi europei del rigore è stato fatto. Per la ristrutturazione del nostro disastroso mercato del lavoro temo che occorrerà attendere tempi migliori.



**Edoardo Ghera**

**Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale  
(spunti critici e di metodo)\***

**SOMMARIO:** **1.** Il problema della titolarità del diritto di sciopero e il modello teorico dell'ordinamento intersindacale. **2.** Il dovere di pace sindacale tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale: il principio *pacta sunt servanda*. **3.** Il dovere c.d. relativo di pace come effetto naturale del contratto collettivo: la sua bivalenza ordinamentale. **4.** Le clausole di tregua nella fase attuale delle relazioni industriali. **5.** Conclusioni: potere collettivo e diritto individuale di sciopero dall'ordinamento intersindacale all'ordinamento statale.

*1. Il problema della titolarità del diritto di sciopero e il modello teorico dell'ordinamento intersindacale*

Il tema delle clausole di tregua, e in generale dell'efficacia vincolante delle clausole dei contratti collettivi che disciplinano l'esercizio del diritto di sciopero, ha uno stretto legame con la questione, per altro distinta, della titolarità individuale oppure collettiva del diritto stesso<sup>1</sup>. La sua trattazione ha implicazioni molto forti di politica del diritto. È in questione, infatti, la capacità dei sindacati e del contratto collettivo di regolare il conflitto e, in definitiva, i rapporti e il mercato del lavoro. Ma non basta. La materia offre un utile approccio per rivisitare, anche sul piano dogmatico, il rapporto tra sciopero ed autonomia collettiva. Un nodo centrale del diritto sindacale e, quindi, di tutto il diritto del lavoro.

L'esercizio del diritto di sciopero è un osservatorio privilegiato per comprendere la dialettica tra individuale e collettivo: essa – oltre a sottostare al rapporto tra libertà sindacale ed autonomia collettiva – è il filo conduttore del pensiero indirizzato alla costruzione di una teoria generale del

\* *Destinato al liber Amicorum per M. Pedrazzoli.*

<sup>1</sup> Sulla titolarità individuale oppure collettiva e il relativo dibattito si v. ZOPPOLI A., *La titolarità del diritto di sciopero*, Jovene, 2006, spec. p. 39 ss.

diritto del lavoro, capace di aggregare in una sintesi le differenti fattispecie create dall'esercizio dei poteri individuali e collettivi, che si incrociano (e si scontrano) nell'universo dei rapporti di lavoro<sup>2</sup>. Una prospettiva, questa, proposta da Pedrazzoli in una non dimenticabile monografia – ricca di idee ma ardua nello stile – che ha offerto un rilevante contributo al metodo del diritto del lavoro.

La questione del metodo è oggi trascurata (con poche eccezioni) dai giuristi del lavoro. Il modello, pur magistralmente concepito, dell'autonomia privata collettiva<sup>3</sup> si è dimostrato incapace di andare oltre la costruzione della figura del contratto collettivo di diritto comune e il disegno ordinatore individuale-volontarista<sup>4</sup> – che vi è sotteso – dell'organizzazione dell'attività sindacale. Tale disegno o modello precettivo<sup>5</sup> non si è però dimostrato adatto a confrontarsi con gli svolgimenti dell'ordinamento sindacale extracostituzionale. A tale modello sfugge, infatti, la funzione reale della contrattazione collettiva come espressione del potere organizzato dei gruppi professionali e produttivi, che si contendono il governo del mercato e dell'organizzazione del lavoro e, in definitiva, come sistema normativo per il governo delle relazioni industriali.

Un esempio di questa inattitudine è offerto proprio dall'alternativa tra individuale o collettiva circa la titolarità del diritto di sciopero. Nella nostra dottrina si fronteggiano, da sempre, due indirizzi (o modelli dogmatico-precettivi) che, a loro volta, rispecchiano due opposte visualizzazioni del conflitto e della stessa autonomia collettiva. Il primo costruisce lo sciopero come diritto soggettivo individuale ad esercizio necessariamente collettivo; e al suo interno si collocano le due varianti<sup>6</sup> dello sciopero come

<sup>2</sup> PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, 1985 (e ivi p. 153-154) l'unico cenno allo sciopero: l'A. scrive "lo sciopero rappresenta il presupposto dell'introduzione di istituti di democrazia industriale" ... .. Tuttavia, secondo l'A., non avendo alcuna funzione codeterminatrice, non appartiene alla democrazia industriale.

<sup>3</sup> Basterà citare SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva*, in *ED*, 1959, IV, p. 369 ss. (e in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, 1961, p. 255 ss.).

<sup>4</sup> D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in *ID.*(a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, 1990, p. XVII-XVIII.

<sup>5</sup> Per l'uso, secondo i casi, in funzione precettiva oppure descrittiva di "modello" nella scienza giuridica rinvio a TARELLO, *Modelli descrittivi e modelli precettivi*, in *ID.*, *Diritto, enunciati, usi*, il Mulino, 1974, p. 361 ss.

<sup>6</sup> Le due varianti sono dovute, rispettivamente, la prima a SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *RISG*, 1949, p. 138-162 (e in *Saggi di diritto civile, cit.*, p. 193 ss.) e la seconda a MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Atti del I Convegno*

diritto potestativo oppure come diritto assoluto della persona del lavoratore subordinato. Il secondo configura lo sciopero come diritto soggettivo (o meglio, potere) collettivo, anche se evidentemente ad esercizio individuale, proprio dell'associazione sindacale<sup>7</sup> (o anche soltanto della coalizione spontanea dei lavoratori).

In questa seconda prospettiva al sindacato-associazione compete il potere collettivo di legittimare, mediante la proclamazione dello sciopero, la sospensione del rapporto e quindi l'astensione individuale dal lavoro, mentre al lavoratore compete il diritto individuale di attuazione dello sciopero, aderendo o meno alla proclamazione sindacale<sup>8</sup>.

Poiché non è dubbia la natura collettiva del conflitto di cui lo sciopero è la manifestazione, i due modelli convergono nel considerare la tutela dell'interesse collettivo come la finalità propria del diritto riconosciuto dall'art. 40 Cost. Sembra chiaro però che la titolarità individuale sottintende una visione spontaneistica e iperconflittuale dello sciopero come manifestazione di gruppi di lavoratori non soltanto organizzati nel sindacato ma anche informali. Viceversa il modello della titolarità collettiva mette in primo piano la capacità e quindi il potere dell'autonomia collettiva, impersonata normalmente dall'associazione sindacale di proclamare lo sciopero e di regolarne l'esercizio.

Bisogna dire che le dottrine della titolarità collettiva, dominanti nel periodo immediatamente successivo alla Costituzione, si collocano all'interno del disegno costituzionale nel quale il diritto di sciopero, previsto dall'art. 40, è strettamente collegato alla funzione (o potestà) normativa assegnata dall'art. 39 al sindacato-associazione di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*. La mancata attuazione del disegno costituzionale

*di diritto e procedura penale* (Varenna 24 settembre 1964), Giuffrè, 1964, p. 27 ss. e ivi p. 43 (è il contributo che, dopo diversi precedenti, definisce la posizione dell'Autore).

<sup>7</sup> La titolarità sindacale è stata sostenuta da quelli che possono essere definiti i giuristi del periodo costituente: MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *DL*, 1954, I, p. 149 ss. e ivi p. 205 ss.; per una tesi analoga cfr. anche SICA, *Il "Diritto di sciopero" nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *RADP*, 1950, p. 121 ss. Da questa impostazione pubblicistica (sciopero = potestà normativa sindacale) si distingue quella proposta da CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, 1952, I, p. 221 ss.: l'art. 40 riconosce prima di tutto il "potere delle collettività professionali" di proclamare lo sciopero legittimando l'astensione dal lavoro "per tutta la generalità dei loro appartenenti" (p. 224 ss. e ivi p. 229).

<sup>8</sup> È appunto la ricostruzione di CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 229 ss. che configura un diritto soggettivo di libertà individuale all'astensione dal lavoro in conformità alla deliberazione collettiva di sciopero.

spiega come quelle dottrine siano andate incontro ad un lungo periodo di eclisse, lasciando libero il campo alla dottrina della titolarità individuale<sup>9</sup>.

Questa infatti è stata, ed è tuttora, dominante nella dottrina giuridica e nella cultura sindacale ed anche nella giurisprudenza. Il motivo non è solo scientifico ma anche politico. L'affermazione della titolarità individuale è funzionale non tanto al pluralismo sindacale quanto alla frammentazione della rappresentanza e, alla fine, alla conflittualità non regolata.

Bisogna tuttavia aggiungere che la dottrina della titolarità individuale si colloca agevolmente nel quadro concettuale e sistematico che configura l'autonomia collettiva come potere negoziale privato il cui esercizio, pur essendo finalizzato alla tutela dell'interesse collettivo professionale e ad assicurarne la prevalenza sugli interessi individuali, resta tuttavia dipendente dal mandato o consenso individuale. La dottrina della titolarità individuale estende il medesimo procedimento logico al diritto di sciopero, il cui esercizio viene ricondotto alla volontà del singolo e solo indirettamente all'attività organizzata dal gruppo al quale, infatti, non viene assicurata la disponibilità del diritto così negando, nella fase attuativa dello sciopero, la prevalenza del collettivo sugli interessi individuali.

Se, invece si utilizza il modello dogmatico-precettivo dell'ordinamento intersindacale di Giugni alla cui stregua l'autonomia collettiva non è (solo) espressione dell'autonomia privata dei gruppi ma viene riconosciuta come potere sociale organizzato, e cioè "struttura organizzativa permanente fondata su peculiari forme di garanzia sociale"<sup>10</sup>, si avverte l'incoerenza del modello precettivo della titolarità individuale. Questo modello infatti entra in contraddizione con la stessa identità dell'interesse collettivo che non è ontologica – cioè preesistente alla collettività – ma funzionale<sup>11</sup> alla formazione e quindi all'attività della collettività stessa. La sua titolarità è infatti diffusa tra tutti gli appartenenti alla collettività professionale. Ma essa, al fine di assicurarne la tutela, deve essere da questi conferita all'organizzazione sindacale che sola può essere titolare del potere di autotutela e dispo-

<sup>9</sup> L'osservazione è comune: da ultimo si v. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 21 ss. con particolare riferimento all'opera di SIMI, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, 1956, p. 99 ss.

<sup>10</sup> GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960, p. 22 ed ancora p. 48-50: un ordinamento giuridico può dirsi originario, quando è dotato di "un sistema autosufficiente di norme sulla produzione giuridica, nella quali, per l'appunto, si risolve il fenomeno organizzativo".

<sup>11</sup> Si v. GHERA, *Considerazioni nella giurisprudenza in tema di sciopero*, in ISLE, *Indagine sul sindacato*, Giuffrè, 1970, p. 279-464, ivi p. 341 ss.

sizione dell'interesse collettivo dei lavoratori: e ciò vale anche per l'esercizio del diritto di sciopero.

Con questo diverso approccio (che, come è noto, rimanda alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici) si può cogliere il legame tra il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva<sup>12</sup>. Il primo funge da strumento prioritario per la deliberazione e l'attuazione del conflitto tra i lavoratori organizzati nel gruppo e i datori di lavoro (associati o no); ed è perciò funzionale alla seconda, concepita, a sua volta, come ordinamento particolare ed originario finalizzato alla istituzionalizzazione del conflitto collettivo di lavoro e quindi legittimato a regolarne le manifestazioni a cominciare, appunto, dallo sciopero. Ancora: l'uno e l'altra manifestano la loro natura comune – di potere sociale organizzato per la composizione e il controllo del conflitto degli interessi di lavoro – e bivalente: come dire rilevante non solo all'interno dell'ordinamento intersindacale, ma anche all'interno dell'ordinamento dello Stato nel quale entrambi si qualificano come forme di garanzia dei diritti sociali apprestati dagli artt. 39 e 40 per la legittimazione del conflitto e la promozione del lavoro.

Al diritto di sciopero è assegnata la funzione di assicurare – attraverso il conflitto degli interessi di lavoro e, in particolare, l'autotutela dell'interesse collettivo dei lavoratori – l'effettività<sup>13</sup> che all'attività sindacale in genere, e all'autonomia collettiva in specie, viene conferita, prima che dall'ordinamento statale, dall'ordinamento intersindacale.

## 2. *Il dovere di pace sindacale tra ordinamento statale e ordinamento intersindacale: il principio pacta sunt servanda*

Applicando il modello (o il metodo) dell'ordinamento intersindacale, vengono in luce i molteplici aspetti dell'autonomia collettiva come sistema

<sup>12</sup> Rivedo in parte alcune delle idee, proposte in altro e ben diverso periodo storico, nel mio *Considerazioni sulla giurisprudenza, cit.*, p. 353 ss.

<sup>13</sup> L'organizzazione come strumento di effettività – e cioè la forza di pressione esercitata dal gruppo organizzato – è infatti il tratto caratteristico che qualifica l'attività sindacale e la stessa autonomia collettiva cfr. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, 1963, p. 55 ss. e p. 64–65. Questa dottrina è stata largamente accolta: si v. ad esempio il mio *Libertà sindacale e ordinamento della polizia*, in *GCost.*, 1976, p. 656 ss.; il contributo di SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993, p. 238 ss. Successivamente NAPOLI, *Il Sindacato*, Vita e Pensiero, 2009, p. 34 ss., (ristampa della voce *Sindacato*, in *DDPCom*, xxvi, Appendice, Utet, 1999). E le precisazioni essenziali di GIUGNI, *Art. 39*, in *Comm. Branca*, I, 1977, p. 257 ss.

dinamico di produzione normativa, al cui interno è possibile riconoscere alle clausole della c.d. parte obbligatoria del contratto collettivo (e disciplinanti la produzione contrattuale: tempi, livelli, materie) la natura di norme di organizzazione – preposte alla disciplina del sistema delle relazioni intersindacali – e determinare puntualmente gli effetti delle clausole stesse.

Ciò vale anche per le clausole che disciplinano l'esercizio del diritto di sciopero a cominciare dagli obblighi di pace o tregua sindacale. Occorre infatti considerare che detti obblighi – siano essi espressi o testuali (e cioè enunciati nel contratto collettivo) oppure impliciti<sup>14</sup> (e cioè vincolanti in forza del contratto in sé) – sono espressione dello scambio – e quindi dell'equilibrio in concreto – tra i poteri dell'economia e del lavoro sindacalmente organizzato. Equilibrio che costituisce la base sociale dell'ordinamento intersindacale come istituzione capace di regolare le relazioni industriali.

L'ordinamento intersindacale è infatti una organizzazione (o formazione) sociale volontaria e paritaria tipica del diritto dei privati come diritto delle organizzazioni sociali<sup>15</sup>.

Come dire che i gruppi portatori degli interessi di lavoro contrapposti costituiscono il proprio comune ordinamento particolare perché (e soltanto se) intendono organizzare in via autonoma la reciproca capacità di comporre i conflitti e regolarne la manifestazione. Ma è possibile anche il contrario: che gli stessi gruppi preferiscano l'*anomia* della conflittualità non socialmente e giuridicamente controllata e quindi rinunzino, nell'esercizio della libertà di organizzazione sindacale, alla costituzione dell'ordinamento particolare.

Quanto detto spiega perché l'obbligatorietà giuridica ossia l'efficacia vincolante del contratto collettivo, avendo origine e rilevanza nell'ordinamento intersindacale, non può essere omologata alla norma statutale in virtù della quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 cod.

<sup>14</sup> Su questa distinzione e le sue applicazioni si v. GIUGNI, *L'obbligo di tregua: valutazioni di diritto comparato*, in *RDL*, 1973, I, p. 14 ss.

<sup>15</sup> Così GIUGNI, *Introduzione allo studio*, cit., p. 106 ss. e spec. p. 116. Sul diritto dei privati come "il complesso delle norme che autorità non statuali emanano per regolare determinate relazioni giuridiche tra le persone ad esse sottoposte: cf. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, 1929, 1963 (ristampa), p. 27-28, (l'A. aggiunge: "si ottiene una maggiore determinazione dell'ambito del diritto dei privati identificandolo con quello delle collettività o corpi od organizzazioni che si forma tra i privati senza l'intervento dello stato, si potrebbe perciò chiamarlo il diritto delle organizzazioni").



civ.). Ed infatti il principio fondamentale *pacta sunt servanda* viene applicato ai contratti collettivi con modalità e secondo tecniche diverse nell'ordinamento intersindacale e nell'ordinamento statale<sup>16</sup>.

L'ordinamento statale riconosce l'autonomia collettiva come espressione dell'autonomia negoziale privata e perciò della libertà contrattuale (artt. 1321-1322 cod. civ.). Nel diritto civile quel principio è implicito nell'irrevocabilità (salvo il recesso, ove previsto dalla legge o dalle parti: cfr. art. 1373 cod. civ.) del vincolo (o c.d. effetto negoziale) costituito dal contratto e si identifica, in concreto, con l'esecuzione di buona fede (art. 1375 cod. civ.) degli obblighi contrattuali. Tuttavia, secondo la dottrina dominante<sup>17</sup>, la stessa conclusione non vale per il contratto collettivo di lavoro. Si ritiene infatti che il dovere implicito (o c.d. relativo) di pace sia incompatibile con il riconoscimento del diritto di sciopero sancito dall'art. 40 Cost. Resta la possibilità, per altro non sempre ammessa dalla dottrina, di convenire espressamente obblighi di tregua c.d. testuali finalizzati alla prevenzione di futuri conflitti su determinate materie (è questo il dovere c.d. assoluto – o esplicito – di pace sindacale<sup>18</sup>).

Si noti che mentre le clausole della c.d. parte normativa, avendo una funzione regolamentare dei rapporti di lavoro, sono caratterizzate dall'efficacia generale ed astratta propria delle norme di condotta, il dovere di pace – come le altre clausole della c.d. parte obbligatoria – ha una funzione di organizzazione del sistema contrattuale e, in particolare, di prevenzione del conflitto collettivo. Pertanto nell'ordinamento dello Stato i suoi effetti sono produttivi di poteri ed obblighi per il sindacato (è il rapporto intersindacale o c.d. collettivo) ma non direttamente per gli appartenenti al gruppo professionale (e cioè le parti del rapporto individuale)<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Sul tema cfr. NOGLER, *Pacta sunt servanda e "contratti" collettivi*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, II, Cacucci, 2008, p. 771 ss., spec. p. 777-780.

<sup>17</sup> Si v. da ultimo l'ottima sintesi di NOGLER, *op. cit.*, p. 777 ss. La teoria – diffusa nella cultura germanica – della natura corrispettiva del contratto collettivo costituisce il fondamento del dovere di pace sindacale c.d. relativo e cioè implicito nello scambio tra le parti che stipulano il contratto stesso: si v. l'ampia esposizione critica di GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, 1963, p. 83 ss. e spec. p. 104 ss.; lo stesso A. sottolinea come l'art. 40 invece comporti l'esonero delle associazioni sindacali dall'efficacia vincolante dei contratti collettivi e quindi dalla responsabilità che ne deriva (ivi p. 107 ss.).

<sup>18</sup> Secondo la terminologia e la classificazione usata da GHEZZI, *loc. cit.* Un esempio di obbligo esplicito è quello, ben noto già previsto dagli accordi interconfederali sui licenziamenti nell'industria (art. 1) del 1947 e del 18 ottobre 1950 (ivi p. 156 ss.).

<sup>19</sup> Cfr. GHEZZI, *op. cit.*, p. 8 ss. e per la nozione di *rapporto obbligatorio collettivo*, ivi p. 9.

È il caso appunto degli obblighi di tregua come degli altri obblighi finalizzati alla prevenzione del conflitto o alla sua composizione mediante apposite procedure (di raffreddamento, di conciliazione, di arbitrato). In simili ipotesi l'autonomia collettiva può obbligare esclusivamente le associazioni sindacali ad astenersi da ogni attività preparatoria (in primo luogo la proclamazione) dello sciopero e, in generale, può obbligare le associazioni contraenti a non promuovere o appoggiare alcun conflitto, anche spontaneo, nel corso del periodo di vigenza del contratto oppure del periodo di tregua concordato tra le parti.

Quanto detto sembra escludere, nel diritto statale e secondo la dottrina dominante, sia la legittimità stessa del dovere relativo di pace sia l'efficacia normativa diretta degli obblighi espressi o convenzionali la cui legittimità ed efficacia sono tuttavia ammesse, per altro sul piano intersindacale ma non interindividuale<sup>20</sup>.

Diversamente, nell'ordinamento intersindacale. Qui l'autonomia collettiva – come si è detto – si presenta come istituzione fondata sul principio dell'autoriconoscimento o legittimazione reciproca<sup>21</sup> delle organizzazioni sindacali alla rappresentanza e alla tutela degli interessi collettivi (cosicché, almeno implicitamente, viene richiamato il principio della rappresentatività reale o effettiva: ossia la capacità del sindacato di rappresentare effettivamente gli interessi della collettività e di assicurare il governo del conflitto). In tale contesto il principio *pacta sunt servanda* ha la funzione di assicurare la continuità dell'ordinamento particolare tra i gruppi in conflitto e il dovere di pace c.d. relativo si presenta come il naturale corrispettivo, da parte sindacale, della disciplina collettiva dei rapporti di lavoro; e, in definitiva, come l'effetto necessario del contratto collettivo dal quale scaturisce un limite altrettanto necessario all'esercizio del diritto di sciopero<sup>22</sup>. Come dire che nell'ordinamento intersindacale lo sciopero è (solo) un potere di autotutela appartenente alla collettività dei lavoratori organizzati e pertanto la sua disponibilità accede all'autonomia collettiva. Di tal che, se proclamato o at-

<sup>20</sup> Cfr. GIUGNI, *L'obbligo di tregua*, cit., p. 15 ss. (circa il fondamento politico del c.d. obbligo di pace) e p. 22 ss.: secondo l'A. l'alternativa tra efficacia interindividuale (normativa) oppure intersindacale dell'obbligo di tregua convenzionale sarebbe *quaestio voluntatis* da risolvere in via di interpretazione delle specifiche clausole. Nello stesso senso anche la chiara esposizione del problema di MAGNANI, *Tregua sindacale*, in *DDPCom*, 1999, p. 136 ss., spec. p. 141 ss.

<sup>21</sup> Cfr. GIUGNI, *Introduzione allo studio*, cit., p. 109 ss. e p. 127-128.

tuato in violazione del contratto collettivo, lo sciopero non esonera né il sindacato né i lavoratori dalla responsabilità e dalle sanzioni previste dall'ordinamento intersindacale: ad esempio può legittimare la ritorsione da parte delle imprese, nelle sue diverse forme (ad esempio, serrata).

3. *Il dovere c.d. relativo di pace come effetto naturale del contratto collettivo: la sua bivalenza ordinamentale*

Si prospetta così una *divergenza* tra l'ordinamento intersindacale, che riconosce il principio dell'obbligatorietà del contratto collettivo<sup>23</sup> nel diritto dei privati, e l'ordinamento dello Stato che, al contrario, riconoscendo il diritto di sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo, privilegia il conflitto.

Tuttavia la divergenza può essere ricomposta e l'antinomia con l'art. 40 Cost. superata se si esce dal modello della titolarità individuale e si ammette che nell'ordinamento statale, come in quello intersindacale, il diritto di sciopero è un potere collettivo di autotutela; e se si ammette che il contratto collettivo, nella sua qualità di fonte di produzione normativa di origine intersindacale ma presupposta<sup>24</sup> dall'ordinamento statale, può regolare l'esercizio per tutti i lavoratori (e di riflesso gli imprenditori) appartenenti alla collettività professionale. Poiché l'ordinamento dello Stato può ricevere, senza sostanziali variazioni, gli effetti prodotti dalla fonte presupposta, non vi è alcuna ragione per escludere dagli effetti presupposti del contratto collettivo – e trasferibili nell'ordinamento dello Stato – gli obblighi di pace, compreso il dovere c.d. relativo. Da ciò l'efficacia normativa (interindividuale e non solo obbligatoria collettiva) del dovere di pace e dei limiti che ne derivano all'esercizio del diritto di sciopero.

<sup>22</sup> È questa, nella sostanza, la posizione accolta, anche se soltanto accennata, da GIUGNI, *Introduzione allo studio, cit.*, p. 134-136 e si v. i richiami alla dottrina germanica del *Friedensvertrag* ivi nota (43). Successivamente il tema è stato rivisitato dallo stesso A. (GIUGNI, *L'obbligo di tregua, loc. cit.*) con orientamento diverso da quello seguito nella monografia del 1960.

<sup>23</sup> Si v. però in senso contrario all'obbligatorietà – ritenuta esclusa proprio dalla realtà dell'ordinamento intersindacale – NOGLER, *op. cit.*, p. 779, sotto l'influenza della posizione accolta nel 1970 da Giugni e Mancini per avallare la linea sindacale della c.d. "conflittualità permanente". La tesi è argomentata, sia pure con cautela, da GIUGNI, *L'obbligo di tregua, cit.*, p. 18 ss.

<sup>24</sup> Riprendo questo passaggio dal mio *Sulle fonti del diritto del lavoro*, in *RISG* (Nuova Serie), 2010, p. 309 ss. e ivi p. 319 ss.

In sintesi: il dovere di pace, all'interno dell'ordinamento intersindacale, si atteggia come strumento di controllo sull'esercizio della libertà dei lavoratori coalizzati di ricorrere o no allo sciopero per piegare la resistenza delle controparti; e pertanto il dovere relativo si atteggia come strumento di garanzia dell'obbligatorietà giuridica del contratto in quanto fonte normativa intersindacale. Trasferito nel diritto statale, il dovere relativo, oltre a riflettere la funzione sociale del contratto collettivo<sup>25</sup>, ne garantisce l'efficacia sia imponendo alle associazioni contraenti l'obbligo di agire per assicurarne l'osservanza sul piano interindividuale (è il c.d. dovere di influenza), sia escludendo il ricorso allo sciopero<sup>26</sup> come strumento per rivedere o modificare la disciplina collettiva vigente (è appunto il dovere relativo di pace).

Ma non basta. Proprio perché implicito (si potrebbe dire incorporato) nel contratto collettivo come fonte intersindacale presupposta, il dovere di pace non può avere efficacia diversa da quella della parte normativa cui è intrinsecamente collegato. La sua efficacia è quindi naturalmente idonea a limitare l'esercizio del diritto di sciopero non solo nei rapporti intersindacali, ma anche nei rapporti individuali disponendo della facoltà o libertà di astensione dal lavoro come comportamento attuativo dello stesso<sup>27</sup>. Come dire che la pace sindacale, e quindi l'obbligatorietà del contratto collettivo, deve essere garantita anche dalla responsabilità individuale contrattuale (disciplinare) e non solo endoassociativa dei lavoratori.

Vale la pena di notare che questa responsabilità – e, a monte, l'efficacia del dovere di pace – non può dirsi *erga omnes* ma si manifesta entro i limiti segnati dalla libertà e dal pluralismo sindacale. Essa infatti si impone a tutti i lavoratori i quali, aderendo al contratto collettivo e perciò nell'esercizio della libertà di organizzazione sindacale, sono effettivamente compresi nell'area di applicazione del contratto stesso. Non soltanto gli iscritti ai sindacati contraenti<sup>28</sup>; ma tutti i lavoratori ai quali in concreto, per effetto dei

<sup>25</sup> In questo senso cfr. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 167 ss. (e in *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 247 ss. e p. 276 ss.).

<sup>26</sup> Su questi obblighi e la loro titolarità sindacale si v. GHEZZI, *op. cit.*, p. 65 ss.

<sup>27</sup> Sono da ricordarsi le conclusioni raggiunte, in un contesto argomentativo ben più tradizionale, da PERA, *Sulle clausole di pace sindacale*, in *RDL*, 1964, I, p. 285 ss. che sia pure in termini dubitativi, si pronunzia nel senso che sarebbe irragionevole ritenere che “*la clausola di pace, comunque formulata, non sia tale da impegnare, sempre e direttamente, oltre le associazioni, anche i singoli lavoratori con tutte le implicazioni del caso.*” (ivi p. 301 ss.).

<sup>28</sup> In effetti il vincolo associativo non è l'unico modo di esercizio della libertà sindacale: così invece PASCUCCI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero nell'ottica della l. n. 146/1990*

consueti meccanismi di rinvio volontario e quindi in virtù del loro consenso, siano applicate le clausole previste nella parte normativa del contratto collettivo di lavoro<sup>29</sup>. Questi lavoratori, soltanto dopo che sarà cessata l'efficacia nel tempo (per scadenza del termine oppure per disdetta) del contratto collettivo, potranno astenersi legittimamente dalla prestazione ed esercitare il diritto di sciopero.

Resta naturalmente la possibilità di dissociarsi dai sindacati firmatari, rifiutando la prestazione di lavoro e quindi l'applicazione del contratto collettivo: ma tale rifiuto, se non si manifesta nella forma individuale delle dimissioni, si dovrà manifestare attraverso l'apertura di un conflitto nei confronti dell'azienda e dei sindacati firmatari (il che darebbe luogo ad uno sciopero illegittimo, esponendo i partecipanti alle relative sanzioni).

Il dovere implicito di pace è dunque l'effetto naturale del contratto collettivo. Ma vi possono essere delle eccezioni: i sindacati contraenti, come possono escludere il dovere implicito autorizzando l'azione diretta in violazione del contratto, così possono prevedere clausole sanzionatrici della sua violazione a livello intersindacale (ad esempio, prevedendo la sospensione del godimento di determinati benefici o diritti sindacali: permessi, riscossione dei contributi associativi). Inoltre possono intervenire anche sul piano della responsabilità individuale<sup>30</sup>, prevedendo sanzioni disciplinari per la partecipazione allo sciopero illegittimo (o, al contrario, espressamente escludendo questo tipo di sanzioni).

#### 4. Le clausole di tregua nell'attuale fase delle relazioni industriali

Naturalmente questi argomenti e queste conclusioni valgono, a più forte ragione, per gli obblighi convenzionali di pace, e cioè per le vere e proprie clausole di tregua, con le quali l'organizzazione sindacale – espressamente questa volta – si obbliga a non fare ricorso allo sciopero per modificare un contratto collettivo oppure per un determinato tipo di vertenze (ad esempio: per l'interpretazione/applicazione dei contratti) o per deter-

*e delle clausole di tregua. A proposito di un recente libro*, in LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, 2008, p. 23 ss. e ivi p. 32 ss.; ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 163 ss.

<sup>29</sup> A conclusioni analoghe – anche se da premesse diverse – giunge una parte della dottrina: si v. anche per i riferimenti MAGNANI, *op. cit.*, p. 141 ss. e spec. p. 142-143.

<sup>30</sup> Su questo genere di clausole sanzionatorie si v. di recente CORAZZA, *Tregua sindacale, governo del conflitto e competitività internazionale*, in RIDL, 2011, I, p. 619 ss. e ivi p. 624 ss. (con estesa bibliografia).

minati istituti o materie; o, ancora, per un determinato periodo di tempo: ad esempio durante una trattativa (c.d. clausole di raffreddamento).

Nel nostro ordinamento, considerata la volontà delle organizzazioni sindacali di non riconoscere alcuna efficacia, almeno formalmente, al dovere implicito – e tenuto conto dell'opinione dominante in dottrina della inammissibilità di tale dovere in ragione del riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero – si è posta in concreto (finora) soltanto la questione della validità ed efficacia degli obblighi testuali e cioè delle clausole di tregua.

Senza ripercorrere la storia delle relazioni industriali in Italia, si deve dire che la problematica delle clausole di tregua ha acquistato importanza a partire dagli anni '90: dapprima con la l. 12 giugno 1990 n. 146 sulla regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e poi con il Protocollo del 23 luglio 1993 sul costo del lavoro ed il riassetto del sistema contrattuale. La prima, pur non prevedendo espressamente alcun obbligo di tregua, ha procedimentalizzato il conflitto c.d. terziario imponendo non poche limitazioni all'esercizio del diritto di sciopero a livello sia collettivo (preavviso, predeterminazione della durata, intervalli minimi – questi assimilabili all'obbligo temporaneo di tregua – tra una astensione e la successiva, procedure di conciliazione e di raffreddamento), sia individuale (obbligo di effettuare le prestazioni indispensabili e correlativo divieto di astensione dal lavoro almeno per gli addetti alle stesse); nonché, in caso di violazione dei suddetti obblighi, sanzioni a carico dei soggetti (collettivi) che proclamano lo sciopero e dei lavoratori che vi aderiscono. L'efficacia imperativa generale non solo intersindacale ma anche interindividuale di questi obblighi, e perciò dei contratti collettivi o accordi sindacali ai quali il legislatore ha demandato la determinazione in concreto degli obblighi stessi e delle sanzioni, trae quindi fondamento dalla legge (almeno quando sugli accordi sia intervenuta la valutazione di idoneità della commissione di garanzia).

Il Protocollo 23 luglio 1993 ha inteso provvedere al coordinamento tra i due livelli di contrattazione nazionale ed aziendale. Nel corpo dell'accordo, per questa parte assimilabile ad un accordo interconfederale, al punto 2 n. 4 compare la previsione – nell'ambito della procedura per il rinnovo dei contratti nazionali – di un periodo di raffreddamento e perciò di un obbligo di tregua di tre mesi la cui violazione determina una sanzione economica (lo slittamento nel tempo dell'obbligo aziendale di erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale) direttamente a carico dei lavoratori.

L'efficacia normativa interindividuale della clausola così congegnata, è stata esplicitamente riconosciuta dalle parti sociali (si noti che, in assenza di un supporto legislativo, tale efficacia è disposta esclusivamente dall'autonomia collettiva).

Ma al di là di questo aspetto, sia la l. 146/90 sia il Protocollo 23 luglio 1993 si ispirano alla medesima politica di tipo concertativo e segnano l'avvio di una fase del diritto sindacale extracostituzionale, che potrebbe essere definita come di rifondazione delle regole. Non soltanto a livello delle fonti si sviluppa il processo di interazione tra legge ed autonomia collettiva; ma questo processo si indirizza esplicitamente nella direzione di un rafforzamento dell'ordinamento intersindacale soprattutto in funzione della sua integrazione con l'ordinamento statale dei rapporti collettivi di lavoro.

Negli anni '90 e di più nei successivi (dal 2000 in poi), l'evoluzione dell'ordinamento intersindacale resta orientata verso il rafforzamento del tasso di istituzionalizzazione del conflitto e del sistema contrattuale e nel medesimo contesto si colloca anche la tendenza, che si manifesta nella contrattazione collettiva, all'estensione del campo di applicazione ed al rafforzamento degli effetti delle clausole di tregua. Ritorna così in discussione il problema della governabilità del conflitto e, dal punto di vista giuridico, il modello (o il dogma) della teoria della titolarità individuale del diritto di sciopero.

In effetti il nostro sistema contrattuale, tradizionalmente restio all'introduzione delle clausole di tregua, sembra essersi aperto ad un loro impiego sotto la responsabilità delle centrali sindacali. L'esempio più importante è certamente l'accordo interconfederale 28 giugno 2011 (il quale ha sostituito il precedente accordo quadro 22 gennaio 2009: un accordo debole perché non sottoscritto dalla Cgil). Nel nuovo accordo unitario la clausola di tregua è prevista come normale e necessario strumento di garanzia della stabilità della contrattazione decentrata o di secondo livello (aziendale o territoriale: un livello di contrattazione di crescente importanza perché può essere portatrice di deroghe alla disciplina fissata dal contratto nazionale: si v. infatti l'art. 4-bis ccnl Metalmeccanici 15 ottobre 2009 come modificato dal ccnl Metalmeccanici 29 settembre 2010)<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Si noti che la capacità derogatrice *in pejus* non solo dei contratti collettivi ma anche della legge è stata attribuita ai contratti collettivi decentrati (c.d. di prossimità) dal legislatore, praticamente senza limiti di materia (cfr. art. 8 d.l. 29 agosto 2011 n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148).

Oggetto dell'obbligo di tregua è, in questo caso, la c.d. *esigibilità dell'accordo*<sup>32</sup> da parte delle imprese. L'obbligo così previsto – che esplicita o meglio sostituisce il dovere relativo in quanto effetto naturale del contratto collettivo – è però accompagnato da una altrettanto esplicita e forte limitazione: la sua efficacia vincola non i singoli lavoratori (che restano liberi di aderire o meno agli scioperi proclamati in violazione del contratto decentrato) ma soltanto le rappresentanze sindacali aziendali (in primo luogo le Rsu) e le associazioni di categoria aderenti alle confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale: di tal che l'effetto pratico dell'obbligo è fortemente ridotto, non essendo la clausola opponibile ai lavoratori singolarmente nemmeno in caso di sciopero non autorizzato dal sindacato<sup>33</sup>.

A questo tipo “debole” di tregua si contrappone il c.d. modello Fiat<sup>34</sup>. Questo – avendo l'obiettivo di rendere effettiva l'esigibilità degli accordi conclusi, a livello esclusivamente aziendale, per gli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori nel corso del 2010-2011 – nel contratto 29 dicembre 2011 (definito di 1° livello) per Pomigliano, ha accompagnato la previsione (art. 14), sotto la denominazione di clausola di responsabilità, dell'obbligo di tregua (anche qui ad esclusivo carico dei sindacati contraenti), con la previsione (art. 15), sotto la denominazione *clausola integrativa* del contratto individuale di lavoro, di una ulteriore clausola sanzionatoria<sup>35</sup>.

In quest'ultima clausola si prevede infatti che l'inosservanza delle disposizioni del contratto collettivo e quindi anche la partecipazione a qualsiasi sciopero in violazione della clausola di responsabilità, costituisce inadempienza degli obblighi contrattuali del lavoratore, sanzionabile sul piano della responsabilità disciplinare fino al licenziamento. In effetti detta clausola – che, essendo stata scritta in chiaroscuro, ha dato luogo a contrastanti interpretazioni – sembra estendere la responsabilità disciplinare individuale alle violazioni dell'obbligo di tregua contenuto nella clausola di re-

<sup>32</sup> Una frase la cui formulazione sembra riecheggiare l'idea della corrispettività tra tregua sindacale e contratto collettivo.

<sup>33</sup> Viene così confermata delle parti sociali la tesi negatrice dell'efficacia normativa dell'obbligo di tregua, accolta dalla dottrina più risalente nel tempo: cfr. GHEZZI, *op. cit.*, p. 166 ss.

<sup>34</sup> Si v. ancora CORAZZA, *op. cit.*, p. 624 ss. Gli accordi Fiat sono elencati ed analizzati nel commento di DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del Gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *RIDL*, 2010, III, p. 113 ss.

<sup>35</sup> Cfr. CHIECO, *Accordi Fiat, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, I, Jovene, 2011, p. 363 ss.; MAGNANI, *Da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia*, 2011, p. 11 ss.



sponsabilità collettiva. Una interpretazione in tal senso<sup>36</sup>, che si può giustificare in base alla regola di inscindibilità delle disposizioni contrattuali (art. 5) contenute nello stesso contratto 29 dicembre 2010 (come, d'altronde, nei contratti collettivi nazionali in genere), pare consona alla *ratio* del sistema contrattuale aziendale e comunque non può essere evitata soltanto invocando la teoria della titolarità individuale del diritto di sciopero. È vero invece che, per questo tramite, anche l'obbligo di tregua verrebbe attratto nella parte normativa del contratto collettivo.

5. *Conclusioni: potere collettivo e diritto individuale di sciopero dall'ordinamento intersindacale all'ordinamento statutale*

La tendenza dell'ordinamento intersindacale verso un effettivo riconoscimento dell'obbligatorietà giuridica dei contratti collettivi incontra però la resistenza di una parte importante della dottrina, arroccata a difesa della titolarità individuale del diritto di sciopero ed indifferente all'esigenza della governabilità del conflitto. È invece possibile, utilizzando il modello dell'ordinamento intersindacale, riportare il diritto di sciopero nella disponibilità dell'autonomia collettiva e recuperare, per questa via, il principio *pacta sunt servanda*. Questo principio infatti viene salvaguardato per i contratti collettivi nella sua integrità, ma vede modificato il suo fondamento che non è più nell'accordo tra le parti, come nel diritto statutale, ma nella esistenza stessa dell'ordinamento intersindacale come istituzione o formazione sociale costituita in funzione della regolazione e composizione del conflitto c.d. industriale: di tal che, il principio *pacta sunt servanda* trova fondamento nella effettività o, più esattamente, nella sua natura di norma giuridica essenziale alla costituzione dell'ordinamento intersindacale<sup>37</sup>.

Tutto questo ha notevoli ricadute sulla ricostruzione dello sciopero come fattispecie produttiva di situazioni soggettive nell'ordinamento dello stato e, in definitiva, come modello precettivo funzionale alla disciplina del conflitto collettivo.

<sup>36</sup> Interpretazione che sembra preferibile, a stregua delle regole sull'interpretazione complessiva (art. 1363 cod. civ.) e secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.) del contratto, all'opposta interpretazione riduttiva ancorché argomentata con acume (ad esempio cfr. CHIECO, *op. cit.*, p. 368 ss.).

<sup>37</sup> Ed invero si tratta di una norma essenziale ad ogni gruppo sociale, grande o piccolo che sia, statutale o non, primitivo o civile: come ricorda BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, 2010, p. 86-87 (ristampa della edizione Cedam, 1942).

Nell'ordinamento intersindacale, lo sciopero è sicuramente un potere collettivo<sup>38</sup> avente, nell'ambito dei rapporti regolati dall'ordinamento stesso, una funzione di pressione non solo rivendicativa ma anche sanzionatoria<sup>39</sup> di comportamenti ostili al gruppo e/o inadempienti alle regole dell'ordinamento particolare (obblighi a negoziare o simili) posti a carico delle imprese.

Nel diritto statale, invece, lo sciopero si presenta come una fattispecie complessa nella quale interagiscono due distinte situazioni soggettive. Vi è un diritto sociale della persona allo sciopero – precisamente un diritto-facoltà (o di libertà) del lavoratore all'astensione dal lavoro – geneticamente collegato al diritto collettivo di sciopero (*rectius*: al potere di autotutela dell'interesse collettivo professionale), che compete al sindacato<sup>40</sup>.

Lo sciopero si configura così come “atto unitario di natura collettiva”<sup>41</sup> o, come sembra preferibile, come una fattispecie complessa<sup>42</sup> dove la deliberazione collettiva, sia essa formalizzata con la proclamazione sindacale oppure attuata come aggregazione spontanea dei lavoratori, ha la funzione non di autorizzare l'astensione individuale dal lavoro ma di identificare in concreto l'interesse collettivo tutelato mediante l'esercizio del diritto di sciopero.

Proprio l'identificazione concreta di tale interesse compete all'organizzazione sindacale nell'esercizio del potere di autotutela collettiva. L'atto organizzativo del sindacato oppure del gruppo spontaneo ha natura volontaria ma non negoziale (e dunque non è assimilabile al contratto collettivo). La sua efficacia non è regolativa del rapporto collettivo né del rapporto individuale di lavoro ma si esaurisce nell'identificazione dell'interesse

<sup>38</sup> *Potere* non già nel senso di situazione soggettiva ma come fattispecie di comportamento o *fattispecie dinamica* produttiva di effetti da imputare dal punto di vista soggettivo, alla coalizione o gruppo di lavoratori (si v. la sistemazione concettuale proposta nel classico saggio di GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *RADP*, 1949, p. 238 ss.): nello sciopero-fattispecie si riscontra la combinazione tra il diritto-potere collettivo di autotutela e il diritto-facoltà (o libertà) individuale all'astensione dal lavoro (per queste distinzioni cfr. ivi p. 249 ss. e p. 258-259).

<sup>39</sup> Sullo sciopero come strumento sanzionatorio interno all'ordinamento intersindacale cfr. GIUGNI, *Introduzione allo studio*, cit., p. 127.

<sup>40</sup> È questa sostanzialmente la costruzione di ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 145 ss. il quale riprende così la teoria della titolarità collettiva nella versione di Calamandrei.

<sup>41</sup> MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, cit., p. 37 ss. e qui p. 40.

<sup>42</sup> La configurazione dello sciopero come fattispecie complessa è già in ZANGARI, *Sciopero (diritto di)*, in *NDI*, Utet, 1969, p. 700 ss. e ivi p. 730-732.

collettivo. Questa, a sua volta, costituisce il presupposto al quale è necessariamente subordinato l'esercizio del diritto individuale all'astensione dal lavoro: è questo – non il semplice accordo o c.d. concerto tra gli scioperanti – il fatto costitutivo che determina la sospensione legittima dell'obbligazione di lavoro e dunque l'effetto di esonerare il lavoratore dalla responsabilità per l'inadempimento.

Al contrario – ed ancora nel diritto statutale – la previsione del dovere di pace, sia esso implicito oppure esplicitamente previsto nel contratto collettivo, ha natura negoziale: la sua efficacia è infatti regolatrice così del rapporto collettivo intersindacale come del rapporto individuale, avendo la funzione non solo di escludere la riapertura del conflitto composto dal contratto, ma anche di impedire il conflitto futuro vincolando sia l'azione del sindacato, per quanto attiene all'esercizio del potere (o diritto) collettivo di sciopero, sia la libertà di astensione individuale del lavoratore.

In definitiva, nella duplicità tra diritto collettivo e diritto individuale si riflette la natura bivalente dello sciopero come diritto di autotutela riconosciuto dall'art. 40 Cost. e dunque dal diritto statutale ma anche come potere originario del gruppo all'interno dell'ordinamento intersindacale. In virtù di questa bivalenza si comprende come – essendo lo sciopero, dal punto di vista non solo sociologico ma anche giuridico, la manifestazione tipica del conflitto collettivo di lavoro – detto potere di autotutela sia nella titolarità dell'autonomia collettiva, la quale è abilitata a controllarne la proclamazione e l'attuazione.

È possibile così ritornare, depurandola dall'apparato concettuale di origine pubblicistica e storicamente datato, al modello dogmatico-precettivo della titolarità collettiva. Questo modello, avendo il pregio di rispecchiare la correlazione sociale e giuridica tra sciopero ed autonomia collettiva<sup>43</sup>, ha anche il vantaggio di permettere una lettura dell'art. 40 capace di armonizzare la previsione testuale di un diritto soggettivo (pubblico) di sciopero e la competenza dell'autonomia collettiva per la sua disciplina. In effetti l'art. 40 Cost. sancisce una riserva di legge soltanto relativa e perciò non può escludere l'intervento di fonti secondarie come quelle prodotte dalla contrattazione collettiva per regolare l'esercizio del diritto di sciopero.

<sup>43</sup> Sulla correlazione sociale e giuridica tra autonomia collettiva e sciopero-diritto cfr. GHEZZI, *op. cit.*, p. 109 ss.

Ma vi è di più. La norma costituzionale garantisce lo sciopero come potere dell'autonomia collettiva e quindi, ancora una volta, come manifestazione dell'ordinamento intersindacale (o sindacale<sup>44</sup>) e non come semplice diritto di libertà individuale.

Come si è visto al fondo della questione della legittimità del dovere di pace, sia esso relativo oppure assoluto, è l'interrogativo se il limite al diritto di sciopero previsto dall'autonomia collettiva sia vincolante soltanto per le associazioni sindacali o anche a livello individuale per i lavoratori iscritti o altrimenti rappresentati dal sindacato. La questione – che, al di là dell'alternativa tra titolarità individuale oppure collettiva, riguarda il rapporto tra sciopero e libertà di organizzazione sindacale<sup>45</sup> – trova soluzione nella prospettiva pluriordinamentale. Ed invero riconoscere la bivalenza (o duplicità di qualificazione) dello sciopero come fattispecie rilevante nei due ordinamenti (quello particolare intersindacale e quello generale dello stato), serve a focalizzare con precisione il raccordo tra il profilo collettivo e il profilo individuale che inevitabilmente si intrecciano nell'esercizio di questo che è anzitutto un potere collettivo ma può essere definito come un vero e proprio istituto giuridico.

Del resto nell'art. 40 Cost. l'enunciato *diritto di sciopero* è una definizione semplificatrice<sup>46</sup> di una realtà più ampia e complessa (il diritto al conflitto), la cui ragione storica risale all'esigenza dello stato sociale di distinguersi dall'ordinamento liberale predemocratico che riconosceva lo sciopero come fattispecie di inadempimento civilistico ma immune dalla repressione penale<sup>47</sup>. Al contrario come istituto giuridico tipico dello stato sociale lo sciopero è riconosciuto come diritto collettivo al conflitto e, precisamente, come potere di autotutela dell'interesse collettivo o, ancora, diritto sociale di uguaglianza<sup>48</sup>. In un simile contesto, la garanzia del diritto individuale è inscindibile da quella del potere di autotutela radicato nel-

<sup>44</sup> Da ultimo ed autorevolmente su questi aspetti insiste SCOGNAMIGLIO, *La dimensione individuale/collettivo nel diritto del lavoro*, in RIDL, 2011, I, p. 487 ss.

<sup>45</sup> GAROFALO M.G., *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in DLRI, 1988, p. 573 ss.

<sup>46</sup> Ha scritto benissimo CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 228 che nell'art. 40 il "*diritto di sciopero*" è "*una espressione ellittica e sintetica*" comprensiva non solo del potere della collettività professionale di proclamare lo sciopero ma anche della libertà del singolo di astenersi dal lavoro quando lo sciopero è stato proclamato.

<sup>47</sup> Sul collegamento tra l'art. 40 e l'art. 3, co. 2, Cost. si v. il mio *Il diritto di sciopero nella giurisprudenza dei proviviri*, in RTDPC, 1994, p. 1113 ss.

<sup>48</sup> Si v. per tutti ROMAGNOLI, *Art. 40*, in *Comm. Branca*, p. 289 ss.

l'autonomia collettiva nella sua essenza di ordinamento particolare, presupposto dall'ordinamento statale all'interno del quale l'esercizio del potere collettivo è affidato alla disponibilità e, ancora prima, alla titolarità del soggetto rappresentativo dell'interesse collettivo e cioè del sindacato.

In conclusione il diritto di sciopero è certo una conquista fondamentale ed irreversibile del movimento operaio impersonato dal sindacato. Ma la questione della titolarità del diritto può essere storicizzata e si sdrammatizza nella misura in cui vede ridotta la sua valenza ideologica a vantaggio di quella metodologica. Di ciò è un esempio proprio l'uso – che si è qui proposto – dell'ordinamento intersindacale come modello precettivo, per la definizione della fattispecie prevista dall'art. 40 Cost. a tutela del diritto al conflitto riconosciuto ai lavoratori organizzati nel sindacato. L'approccio pluriorientamento, oltre a chiarire il nodo della c.d. titolarità del diritto, ha il pregio di essere un modello precettivo e quindi interpretativo neutrale in quanto adatto a visualizzare il conflitto, secondo i diversi momenti storici, sia come anomico e perciò antagonista, sia, all'opposto, come istituzionalizzato e perciò fattore di mediazione tra gli attori (e gli interessi) collettivi. La scelta tra queste due visualizzazioni alternative compete all'interprete come giurista e scienziato sociale.

### **Abstract**

L'autore ritiene che la questione della titolarità del diritto di sciopero sia strettamente collegata con quella dell'efficacia delle clausole di tregua o pace sindacale. Riprendendo il modello teorico della titolarità collettiva dello sciopero nell'ordinamento intersindacale e sostenendone l'idoneità "precettiva", per la definizione della fattispecie prevista dall'art. 40 Cost. a tutela del diritto al conflitto riconosciuto ai lavoratori organizzati nel sindacato, propone delle clausole di tregua o pace sindacale l'efficacia normativa. Poiché l'ordinamento dello Stato può ricevere gli effetti prodotti dalla fonte presupposta (ordinamento intersindacale), da tali effetti non si escludono gli obblighi di pace sindacale. Ne deriva l'efficacia normativa interindividuale, e non solo obbligatoria collettiva, di questi ultimi e dei limiti imposti dall'autonomia collettiva all'esercizio del diritto di sciopero.

The author assumes that the issue of the entitlement to exercise the right to strike is closely linked to the no-strike clauses. In the author's opinion, the mentioned clauses are normatively effective. This assumption is based on the fact that the author recalls the trade union system's theoretical model of the collective entitlement to exercise the right to strike. From this point of view that model has a "prescriptive" aptitude to define the case provided by Article 40 of the Constitu-

tion in order to protect the right to conflict entitled to workers organised within trade unions.

Since the effects of the source of trade union system can also affect the State legal system, the obligations of industrial peace cannot be excluded from such effects. The result of this is the inter individual normative validity – and not only a collective mandatory effectiveness – of the mentioned obligations, as well as of the limits concerning the exercise of the right to strike.

## Pietro Lambertucci

### Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav.

**SOMMARIO:** **1.** Piano dell'indagine. **2.** Le più recenti esperienze contrattuali in ordine all'attribuzione dei diritti sindacali: una breve rassegna. **3.** Il "ritorno" alle rappresentanze sindacali aziendali e l'attribuzione dei diritti sindacali ai sensi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori: le prime decisioni della magistratura. **4.** La rappresentanza sindacale nell'impresa: rsa e rsu. "Modelli" a confronto e rilievi sistematici. **5.** L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale e la rappresentatività sindacale dopo il referendum del 1995: riesame critico. **6.** Rappresentatività sindacale nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: legittimazione negoziale, trattativa sindacale e conclusione del contratto collettivo. **7.** Esercizio dell'attività sindacale e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav. **8.** Rilievi conclusivi.

#### 1. *Piano dell'indagine*

La presente indagine intende esplorare, alla luce dei più recenti interventi della contrattazione collettiva del settore privato, che hanno ridisegnato gli scenari delle relazioni industriali, i *modelli* della rappresentanza sindacale in azienda, per verificarne la compatibilità con l'assetto legislativo e contrattuale vigente.

Tale ricerca parte, come è noto, dal tentativo, fatto proprio dal gruppo automobilistico di Torino, di incidere sull'assetto delle relazioni industriali, non solo con l'avvio di una *nuova* regolamentazione esaustiva del rapporto di lavoro per i dipendenti addetti agli stabilimenti del gruppo, conclusasi con la stipula di contratti collettivi firmati non da tutte le organizzazioni sindacali partecipanti alla trattativa (la contrattazione c.d. separata), ma anche – per quanto interessa in questa sede – con la previsione di una disciplina della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e dell'attribuzione dei diritti sindacali, nella logica di individuare una stretta *strumentalità* della titolarità della rappresentanza sindacale rispetto alla regolamentazione dei rapporti di lavoro<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., sul punto, DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *RIDL*, 2001, III, p. 113 ss.

2. *Le più recenti esperienze contrattuali in ordine all'attribuzione dei diritti sindacali: una breve rassegna*

Le più recenti esperienze contrattuali delle aziende del gruppo Fiat hanno operato un “distacco” dalla disciplina dell'Accordo interconfederale del 1993 che aveva istituito le rappresentanze sindacali unitarie (rsu).

Innanzitutto, con l'accordo per lo stabilimento di Pomigliano del 15 giugno 2010, siglato dalla Fiat con le organizzazioni sindacali Fim, Uilm e Fismic nazionali e territoriali, viene introdotta una nuova disciplina degli orari di lavoro e dell'organizzazione del lavoro, ma non si innova in materia di rappresentanza sindacale. Sotto questo profilo, infatti, la clausola di responsabilità, in materia di violazione degli impegni assunti con lo stesso contratto e di relative conseguenze sanzionatorie, individua quali “destinatari” le organizzazioni sindacali e/o le rsu (art. 14 dell'accordo).

Un primo elemento di discontinuità, per la materia qui in discussione, è contenuto nell'accordo per lo stabilimento di Mirafiori del 23 dicembre 2010, siglato dalla Fiat, dai rappresentanti nazionali e provinciali di Fin, Uilm, Fismic e Ugl metalmeccanici e dall'associazione Capi e Quadri Fiat, nel quale, all'allegato 1, si ridisciplina la materia dei diritti sindacali, con l'indicazione che rappresentanze sindacali aziendali (rsa) possono essere costituite, ai sensi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, dalle organizzazioni sindacali firmatarie dello stesso accordo (art. 1). Inoltre, solo alle ultime spetteranno i permessi sindacali indicati – sia pure con incrementi quantitativi – dalla normativa statutaria (art. 2 dell'allegato) e, sempre le stesse rappresentanze sindacali aziendali, potranno convocare le assemblee, di cui all'art. 20 St. lav. – diritto di assemblea che viene comunque *condizionato* a ragioni di carattere tecnico – organizzativo (art. 3) – ed, infine, esercitare il diritto di riscuotere i contributi sindacali (art. 7).

Il nuovo modello di relazioni sindacali viene introdotto con l'accordo del 29 dicembre 2010, siglato dalla Fiat e dalle organizzazioni sindacali nazionali e territoriali di Fim-Cisl, Uilm-Uil, Ugl - Metalmeccanici e Associazione Quadri e Capi Fiat, anche per lo stabilimento di Pomigliano.

Gli accordi in discorso sollevano anche questioni specifiche che riguardano la regolamentazione di alcuni diritti sindacali, in relazione, per un verso, alla disciplina statutaria (sotto tale profilo, ad esempio, potrebbe essere valutata la *compatibilità* della previsione negoziale in materia di limiti tecnico-organizzativi all'esercizio del diritto di assemblea, alla luce, infatti, dell'interpretazione dell'art. 20 St. lav. sui limiti all'esercizio del diritto, che



fa leva esclusivamente sulla tutela di beni costituzionalmente garantiti, come la vita, la salute, l'incolumità delle persone e l'integrità degli impianti<sup>2</sup>) e, per altro verso, all'interpretazione giurisprudenziale prevalente (in tale ambito dovrebbe inquadrarsi la materia della riscossione dei contributi sindacali, laddove la giurisprudenza più recente riconduce l'istituto alla cessione del credito<sup>3</sup>).

Quello che importa, tuttavia, sottolineare in questa sede è l'abbandono, consumato negli accordi di Mirafiori e di Pomigliano, del sistema di rappresentanza sindacale fondato sulle rappresentanze sindacali unitarie (rsu), come disciplinato dall'Accordo interconfederale del 1993, in favore, viceversa, del modello statutario incentrato sulle rsa<sup>4</sup>, sul presupposto, implicito in entrambe le discipline negoziali, di una stretta *coesione* tra titolarità della rappresentanza sindacale e regolamentazione del rapporto di lavoro<sup>5</sup>.

### 3. Il "ritorno" alle rappresentanze sindacali aziendali e l'attribuzione dei diritti sindacali ai sensi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori: le prime decisioni della magistratura

Alla stregua, pertanto, della richiamata disciplina contrattuale il ritorno al *modello legale* di rappresentanza sindacale, delineato dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, ha innescato un complesso contenzioso giudiziario, in quanto, alla luce del dettato normativo, scaturito dall'esito referendario del 1995, le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite esclusivamente nell'ambito delle associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva.

Ora, a prescindere dai rilevati di opportunità che consigliano di non escludere dal godimento dei diritti sindacali, previsti dalla disciplina statu-

<sup>2</sup> Cfr., da ultimo, per i riferimenti, RIGANÒ, *I soggetti e i rapporti sindacali*, in SANTORO PASARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, 2009, p. 1363.

<sup>3</sup> V., da ultimo, Cass. 30 aprile 2011 n. 9049, in *RIDL*, 2011, II, p. 1212, con nota di DE SALVIA, *Contributi sindacale e requisito dimensionale: l'elevato numero dei dipendenti non giustifica ex se il rifiuto datoriale di effettuare le trattenute*.

<sup>4</sup> Come osserva DE SIMONE, *Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso Fiat*, in *LD*, 2011, p. 296 "Con gli accordi separati corroborati dal voto si può arrivare, come ancora una volta nel caso Fiat, a porre nel limbo la consolidata disciplina pattizia in materia di elezioni dei rappresentanti dei lavoratori in azienda (rsu) con un ritorno ad un reperto quasi archeologico, l'art. 19 dello Statuto".

taria, le organizzazioni sindacali non firmatarie del contratto collettivo, al fine di non “inceppare” lo stesso meccanismo delle relazioni sindacali<sup>6</sup>, è pur vero che, ai sensi dell’attuale testo dell’art. 19 St. lav., nulla impedisce al datore di lavoro di consentire la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali alle sole organizzazioni sindacali che abbiano sottoscritto il contratto collettivo applicato nell’unità produttiva. Tale conclusione – ribadita, peraltro, da un filone interpretativo<sup>7</sup> – è stata accolta da un nutrito gruppo di sentenze intervenute, proprio sul caso Fiat, alla cui stregua il sindacato che, partecipando alla trattativa, sottoscrive il contratto, viene ad “imporsi” come controparte negoziale al datore di lavoro, per cui i diritti di attività sindacale devono essere riconosciuti alle organizzazioni sindacali le quali, ai sensi dell’art. 19 St. lav., partecipino concretamente ed attivamente al processo di formazione del contratto collettivo e sottoscrivano poi le intese raggiunte<sup>8</sup>.

In tale contesto interpretativo si precisa, inoltre, che la *firma* del contratto esprime la capacità dell’organizzazione sindacale di “imporsi” come *interlocutore* all’imprenditore<sup>9</sup> – senza implicare, in tal modo, alcun potere

<sup>5</sup> Come puntualizza DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 117 tale conclusione muove dal presupposto “... che, una volta varato un accordo collettivo, non debba essere consentito ad un sindacato non firmatario di condurre la contestazione dell’accordo stesso dall’interno, beneficiando del patrimonio promozionale legislativamente predisposto”.

<sup>6</sup> Come d’altronde, sottolinea MARESCA, *Accordi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, 2010, p. 72 “... spesso, infatti, questi diritti sono essenziali per consentire la funzionalità delle relazioni sindacali, necessaria sia alle aziende che ai lavoratori e la scelta *inclusiva* potrebbe evitare gli effetti destabilizzanti derivanti da quella *escludente*”.

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 134/2011, p. 10 e BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 124/2011, p. 19. Per tale inevitabile conclusione, ancorché in senso critico, cfr. SANTORO PASSARELLI G., *L’impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali nella categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora molto controverse*, in ADL, 2011, p. 231.

<sup>8</sup> V., in tal senso, Trib. Lecce 12 aprile 2012, in *GI*, 2012, p. 1365 con nota di PERSIANI, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*. Per la stessa soluzione, dettata dall’impossibilità di “superare” il dettato normativo dell’art. 19 St. lav., v. Trib. Milano 3 aprile 2012, in *GI*, 2012, p. 1365, con nota di PERSIANI, *Ancora sul caso*, cit.; Trib. Biella 23 aprile 2012, inedita.; Trib. Milano 27 aprile 2012, inedita.; Trib. Tolmezzo 28 maggio 2012, inedita.

<sup>9</sup> V., in tal senso, Trib. Cassino 9 maggio 2012.

c.d. di accreditamento da parte di quest'ultimo<sup>10</sup> – e che tale criterio selettivo viene introdotto dal legislatore solo *ai fini* della costituzione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro. A tale stregua lo stesso indirizzo giurisprudenziale evita il “confronto”, per un verso, con la nozione di rappresentatività sindacale a fini extra-aziendali, laddove quest'ultima si identifica nel sindacato maggiormente rappresentativo secondo i caratteri dell'intercategorialità e pluricategorialità<sup>11</sup> e, per altro verso, con gli sviluppi più recenti in materia di rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva disegnati dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 ovvero dallo stesso legislatore con la valorizzazione della contrattazione collettiva di prossimità (art. 8, l. 14 settembre 2011 n. 148). Nello specifico si afferma, con riguardo all'Accordo interconfederale del 2011, che il criterio introdotto da quest'ultimo attiene *solo* all'individuazione dei soggetti abilitati all'attività di contrattazione collettiva<sup>12</sup>, per cui un'estensione del predetto criterio, ai fini della costituzione della rsa, spetterebbe solo al legislatore<sup>13</sup>. Con riguardo, poi, all'art. 8 l. 148/2011 si rileva come tale normativa richiama espressamente la disciplina legale delle rappresentanze sindacali aziendali, riconfermando, pertanto, la perdurante validità del requisito selettivo previsto dall'art. 19 St. lav.<sup>14</sup>.

Tale indirizzo interpretativo solleva diversi spunti di riflessione critica che saranno anche successivamente esaminati e, sullo “sfondo” si staglia la contraddizione di un sistema sindacale fortemente *sbilanciato*, sul quale, per un verso il legislatore ha “irrobustito” una disciplina di rinvio della legge a poteri e competenze del sindacato maggiormente (e, più di recente, comparativamente) più rappresentativo<sup>15</sup> e, per altro verso, introdotto un criterio selettivo, per l'esercizio dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro, che, ai sensi dell'art. 19 St. lav., richiede la *sola* sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

Si potrebbe, a ben guardare, argomentare, in senso contrario, per l'“autonomia” dei due piani di rilevanza del “ruolo” dell'organizzazione sinda-

<sup>10</sup> V., sotto quest'ultimo profilo, Trib. Tolmezzo 28 maggio 2012, *cit.*

<sup>11</sup> Per la distinzione dei due piani v., in particolare, Trib. Cassino 9 maggio 2012, *cit.*

<sup>12</sup> V. Trib. Biella 23 aprile 2012, *cit.*

<sup>13</sup> V. Trib. Tolmezzo 28 maggio 2012, *cit.*

<sup>14</sup> V. sempre Trib. Tolmezzo 28 maggio 2012, *cit.* e Trib. Torino 13 aprile 2012, *inedita*.

<sup>15</sup> Per un “riepilogo” delle ipotesi di rinvio v. già D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), D'ANTONA, *Opere. Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, 2000, II, p. 411 ss.

cale, laddove, nel primo caso, il “rinvio” alla nozione di rappresentatività sindacale è *funzionale* al disegno, come illustrato da un interprete, di instaurare una procedura istituzionalizzata di decisione consensuale tra grandi organizzazioni di interessi, le quali agiscono in qualità di governi privati entro i confini segnati dal processo di decentramento dello Stato<sup>16</sup>. Viceversa, nel secondo caso, relativo all’art. 19 St. lav., ci troviamo dinanzi all’attivazione dei diritti sindacali nell’unità produttiva e, in questa logica, si giustifica che il sindacato *privilegiato* debba essere quello che, nella *singola* azienda, gode del maggior *seguito* tra i lavoratori. Peraltro l’esito referendario del 1995 ha inteso *esaurire* il criterio selettivo per la costituzione della rappresentanza sindacale in azienda nella sottoscrizione del contratto collettivo e su tale conclusione possono sollevarsi forti riserve; non a caso, come vedremo subito, registrate da un nutrito indirizzo interpretativo della giurisprudenza di merito di segno contrario.

Tuttavia i due piani devono comunque trovare un momento di “saldatura”<sup>17</sup> strada sulla quale si erano già incamminate le stesse parti sociali, con l’Accordo del 23 luglio del 1993 sulla costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie, laddove il prefigurato modello di rappresentanza nei luoghi di lavoro veniva a soddisfare simultaneamente l’esigenza di assicurare la rappresentanza sindacale e l’esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro e di procedere alla stipula dei contratti collettivi (aziendali). Oggi, a nostro avviso, un’ulteriore conferma possiamo trarla anche dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2001 sulla rappresentatività sindacale che mette in campo sempre le rsu<sup>18</sup>.

Per tornare alla più recente giurisprudenza in materia di interpretazione dell’art. 19 St. lav. un diffuso orientamento propone, viceversa, un’interpretazione *costituzionalmente orientata* della norma statutaria<sup>19</sup>, che ne su-

<sup>16</sup> Cfr. sempre, D’ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, ora in D’ANTONA, *Opere*. vol. I. *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di CARUSO, SCIARRA, Giuffrè, 2000, p. 33 e ID., *L’anomalia postpositivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in D’ANTONA, *op. ult. cit.*, p. 58 ss.

<sup>17</sup> Anche chi ha evidenziato i due piani della nozione di rappresentatività sindacale (PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*, p. 1375) manifesta, a margine del commento all’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (per il quale v. *infra* n. 6) un certo “disagio” con riguardo a criteri diversi in presenza della stessa realtà sindacale (PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull’Accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 2001, p. 454 ss.).

<sup>18</sup> V. *infra* n. 6.

<sup>19</sup> Stringenti rilievi critici all’interpretazione *costituzionalmente orientata* muove sempre PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*, p. 1373 ss.

peri il dato meramente *letterale* e riconosca il diritto di svolgere attività sindacale a tutti i sindacati in base alla valorizzazione *dell'effettività* dell'attività sindacale svolta<sup>20</sup>. Pertanto è stato riconosciuto il diritto del sindacato non *firmatario* del contratto collettivo di poter costituire comunque *rsa* se ha partecipato attivamente alla fase di formazione del contratto collettivo, senza giungere alla successiva fase della sottoscrizione<sup>21</sup>, ovvero, con un'argomentazione più sofisticata – laddove non venga dimostrata la stretta complementarità tra la regolamentazione apprestata al rapporto di lavoro e l'attribuzione dei diritti sindacali – l'esclusione del sindacato non firmatario dalla possibilità di costituire proprie rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro viene qualificata come abuso del diritto e violazione degli obblighi di buona fede e correttezza<sup>22</sup>.

In sintesi, secondo tale *iter* argomentativo, l'art. 19 St. lav., che introduce, quale *indice presuntivo* della rappresentatività sindacale la sottoscrizione del contratto collettivo, non esclude la possibilità di provare la rappresentatività *effettiva* con altre modalità, per cui, laddove venga accertata l'effettiva e concreta rappresentatività, emergente "... dal consenso proveniente da parte dei lavoratori e della concreta attività sindacale spiegata ...", la mancata stipulazione del contratto collettivo non può costituire impedimento alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali<sup>23</sup>.

Si comprende, allora, che in una interpretazione *costituzionalmente orientata*, che miri ad inserire il precetto normativo in un sistema più vasto,

<sup>20</sup> V. Trib. Napoli 13 aprile 2012, in *GI*, 2012, p. 1366, con nota di PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*; Trib. Verona 8 maggio 2012, inedita.

<sup>21</sup> Ad esempio Trib. Bologna 27 marzo 2012, in *GI*, 2012, p. 1365, con nota di PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.* svaluta, ai fini dell'interpretazione dell'art. 19 St. lav., il dato della *materialità* della sottoscrizione del contratto collettivo, essendo, molto più probante, per il giudice, "... l'effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto anche in senso critico ...", per cui la costituzione di *rsa* deve essere garantita ai sindacati che hanno partecipato attivamente alla fase di formazione della contrattazione collettiva applicata nell'unità produttiva. Cfr. in dottrina già GAROFALO M.G., *Opinione in Rappresentanze sindacali e referendum*, in *DLRI*, 1995, p. 665 laddove, per tale A., il testo dell'art. 19 St. lav. deve essere interpretato nel senso di consentire la costituzione di *rsa* al sindacato che abbia effettivamente partecipato alla trattativa sindacale e concluso il contratto collettivo anche in mancanza della stipula del medesimo.

<sup>22</sup> V. Trib. Torino 14 settembre 2011, in *RIDL*, 2011, II, p. 1360, con nota di DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla "sentenza Fiat"*, in *GI*, 2012, p. 118, con nota di PERSIANI, *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali* e in *MGL*, 2012, p. 344 con nota di VALLEBONA, *Magia per le r.s.a. Fiom - Cgil "firmatarie" significa "non firmatarie"*.

<sup>23</sup> V., in tal senso, Trib. Bari 20 aprile 2012, inedita.

vengano utilizzati nuovi parametri di riferimento per “individuare” la rappresentatività sindacale, alla cui stregua “rileggere” l’art. 19 St. lav., come, ad esempio, l’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>24</sup>, ovvero anche l’art. 8 l. 148/2011 interpretato nel senso che le rappresentanze sindacali aziendali, abilitate alla stipula della contrattazione collettiva di prossimità, non possono che essere le rappresentanze *delle* organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e territoriale<sup>25</sup>.

Tra i predetti filoni interpretativi si colloca un ulteriore percorso giurisprudenziale che, sul presupposto nell’impossibilità di una lettura “adeguata” dell’art. 19 St. lav. ai precetti costituzionali, che viene inevitabilmente a *forzare* il dato testuale<sup>26</sup>, ha riproposto *recta via* la questione di costituzionalità<sup>27</sup>, sulla quale ci intratterremo successivamente<sup>28</sup>.

#### 4. *La rappresentanza sindacale nell’impresa: rsa e rsu. “Modelli” a confronto e rilievi sistematici*

È opportuno ora richiamare brevemente i modelli di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, come configurati dalla disciplina legale o negoziale.

Sotto il primo profilo, la rsa, ai sensi dell’art. 19 St. lav. costituisce pur sempre la *proiezione* del sindacato esterno nei luoghi di lavoro, ancorché in una logica che ha inteso raccordare, in maniera particolarmente elastica, l’“iniziativa” dei singoli lavoratori occupati nell’impresa ed ambito sindacale di riferimento, al fine, peraltro, di poter riassorbire le forme aggregative di base storicamente collocate a ridosso degli anni settanta<sup>29</sup>. Sulla tormentata vicenda referendaria del 1995 che ha modificato i criteri di individuazione del sindacato abilitato a costituire proprie rsa ci intratterremo successivamente<sup>30</sup>; ora occorre sottolineare la “centralità” del *modello associa-*

<sup>24</sup> V., per tale indicazione, Trib. Lanciano 30 aprile 2012, inedita.

<sup>25</sup> V. Trib. Bari 20 aprile 2012, *cit.*

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, da ultimo, PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*, p. 1374.

<sup>27</sup> V. Trib. Modena 4 giugno 2012, inedita.

<sup>28</sup> V. *infra* n. 7.

<sup>29</sup> Per il percorso *storico* sulla disciplina della rsa e sulla sua evoluzione si rinvia a FERARO, MUTARELLI, *Rappresentanze sindacali in azienda*, in *Dizionari di diritto privato*, promossi da IRTI, *Diritto del lavoro*, a cura di LAMBERTUCCI, Giuffrè, 2010, p. 608 ss. e NATULLO, *Le RSA ieri oggi e domani?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 116/2011, p. 1 ss.

<sup>30</sup> V. *infra* n. 5.

tivo nella rappresentanza sindacale aziendale, che viene indirettamente confermato da quelle proposte le quali, nella valorizzazione di un “nuovo” art. 19 St. lav., ritengono necessario un *confronto* con i lavoratori occupati nell'impresa attraverso l'adozione di meccanismi elettivi<sup>31</sup>, ovvero dalle stesse esperienze contrattuali richiamate precedentemente<sup>32</sup>, le quali hanno previsto la costituzione di una rsa a seguito della consultazione elettorale con *tutti* i lavoratori occupati nell'unità produttiva<sup>33</sup>.

Nella stessa logica si colloca anche l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, il quale, nel fissare, in via pattizia, nuove regole in materia di rappresentatività sindacale, sottopone l'esercizio del potere negoziale (*rectius* conclusione del contratto collettivo aziendale) delle rsa ad un meccanismo di verifica referendaria da parte dei lavoratori (v. clausola 5 del predetto Accordo interconfederale).

In uno scenario del tutto diverso si collocano le rappresentanze sindacali unitarie (rsu), istituite con l'Accordo interconfederale del 1993, che, sia pure quale ibrido modello di “combinazione” tra istanze dei sindacati firmatari dell'Accordo (che rileva nel momento della presentazione delle liste) ed esigenze di legittimazione democratica di *tutti* i lavoratori occupati nell'impresa (secondo la logica della democrazia rappresentativa)<sup>34</sup>, risultano comunque titolari, a seguito della *legittimazione elettorale*, di un potere negoziale vincolante nei confronti di tutti i lavoratori<sup>35</sup> (ora peraltro *autonomamente* riconosciuto in capo alle medesime, dalla clausola 4 dell'Accordo interconfederale del 2001, con riguardo alla stipula del contratto collettivo aziendale).

Pertanto, la diversa morfologia dei due modelli di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro non può non presentare conseguenze anche sul piano sistematico.

<sup>31</sup> V., sul punto, NATULLO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>32</sup> V. *retro* n. 2.

<sup>33</sup> Come opportunamente segnala CARINCI F., *Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 144/2012, p. 22, ci troviamo in presenza, in realtà, di una rsu riservata alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo (ora anche in ADL, 2011, p. 338 ss.).

<sup>34</sup> Per i necessari riferimenti al vivace dibattito sulla configurazione delle rsu cfr., per tutti, MONACO, *Rappresentanze sindacali unitarie*, in EGT, XXV, *Aggiornamento*, 2002.

<sup>35</sup> Cfr., in dottrina, per tutti, NAPOLI, *Sindacato*, in DDPCom., 1999, IV, p. 546 e, da ultimo, FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2001*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 129/2011, p. 16.

Sotto un primo versante, quello relativo all'esercizio dei diritti sindacali, il "passaggio" dalle rsa alle rsu implica il trasferimento dei diritti sindacali da organismi di rappresentanza del sindacato *esterno* in azienda (sia pure mediata attraverso un *eventuale* confronto elettorale con i lavoratori occupati nella medesima) ad un organismo *unitario*, che trova fondamento nella consultazione elettorale e che, a seguito di quest'ultima, si configura come potenzialmente autonomo dai sindacati partecipanti alla competizione elettorale.

Sotto un secondo versante, riguardante il potere negoziale, possono ulteriormente apprezzarsi le differenze tra le rsa e le rsu, laddove, non a caso, *solo* per le prime è ora significativamente prevista una conferma referendaria del proprio operato che non appare indispensabile per le seconde, istituzionalmente scaturite dalla consultazione elettorale (cfr., rispettivamente, clausole 5 e 4 dell'Accordo interconfederale del 2011).

Tali puntualizzazioni non appaiono ininfluenti per il tema che ci occupa, laddove il processo – innescato dalle esperienze contrattuali più recenti – di "ritorno" alle rsa (sia pure in una versione calata all'interno di consultazioni elettorali) sconta, per un verso, l'abbandono del modello a forte caratterizzazione elettorale (rsu) e, per altro verso, soprattutto, le ambiguità sottese al nuovo testo dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori.

5. *L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale e la rappresentatività sindacale dopo il referendum del 1995: riesame critico*

Sui requisiti per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, ai sensi dell'art. 19 St. lav. – più volte all'attenzione della giurisprudenza costituzionale<sup>36</sup> – ha fortemente inciso, come è stato lucidamente rilevato, il "maldestro" referendum del 1995, il quale ha inteso legare la rappresentatività sindacale con la *materiale soggettività* nel sistema contrattuale<sup>37</sup>.

Il nuovo quadro normativo, come è noto, è stato difeso, sul piano costituzionale, dai giudici della Consulta, i quali hanno sottolineato che la rappresentatività sindacale risultante dal "nuovo" art. 19 St. lav. – il quale abilita

<sup>36</sup> Per la rivisitazione dei percorsi argomentativi della Corte cfr. RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 205 ss.; NAPOLI, *Le rappresentanze sindacali aziendali alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Esi, 2006, p. 167 ss.; FERRARO, MUTARELLI, *op. cit.*, p. 612 ss.

<sup>37</sup> V. D'ANTONA, *Il quarto comma, cit.*, p. 410.



alla costituzione di rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro solo le associazioni sindacali *firmatarie* di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva – non deriva dal riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia, bensì costituisce una *qualità giuridica* attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi<sup>38</sup>.

A tale stregua, la “blindatura” del nuovo testo dell'art. 19 St. lav., nel percorso argomentativo seguito dalla Corte, avviene con due significative precisazioni, dirette a conferire *oggettività* al criterio legale. In primo luogo, non viene ritenuta sufficiente la mera adesione formale ad un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una *partecipazione attiva* al processo di formazione del contratto collettivo<sup>39</sup>. In secondo luogo, non è considerato idoneo un contratto collettivo qualsiasi, ma deve trattarsi di un contratto collettivo normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro (con l'impossibilità, a tale stregua, di ricomprendervi i contratti collettivi c.d. gestionali<sup>40</sup>).

Nonostante le puntualizzazioni indicate, volte a rendere il più possibile *selettivo* il criterio della rappresentatività sindacale, come risultante dalla consultazione referendaria, sul piano generale la decisione non si sottrae al vaglio critico, in quanto solleva delle questioni di fondo prontamente segnalate dagli interpreti<sup>41</sup>.

In primo luogo, già da subito, fu sollevato da autorevole dottrina il problema se, in presenza di una contrattazione collettiva non più unitaria, “... il sindacato diventa non rappresentativo sol perché rifiuta di sottoscrivere un

<sup>38</sup> V. C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, in *RIDL*, 1996, II, p. 447, con nota di PERA, *Va tutto bene nella nuova norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?* e in *ADL*, 1997, p. 387, con nota di SANTORO PASSARELLI, G. *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*. Cfr., in senso adesivo, tale da escludere ogni *accreditamento arbitrario* della maggiore rappresentatività sindacale ad opera del datore di lavoro, MARAZZA, *Libertà negoziale e rappresentatività del sindacato nel nuovo art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 1997, p. 121.

<sup>39</sup> Il principio è ormai pacificamente accolto in giurisprudenza (cfr. da ultimo, Cass. 5 agosto 2010 n. 18260, in *GC Mass.*, 2010, n. 9, p. 1185).

<sup>40</sup> Cfr., per tale principio, discusso in giurisprudenza, con soluzioni contrastanti, Cass. 11 gennaio 2008 n. 529 e Cass. 11 luglio 2008 n. 19275, in *RIDL*, 2009, II, p. 1057, con nota di CAMPANELLA, *Natura del contratto collettivo gestionale e rappresentatività per la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali*.

<sup>41</sup> Per una puntuale disamina dei più rilevanti snodi critici della decisione, con un “rie-pilogo” del vivace dibattito dottrinale intervenuto sul punto, v. RICCI M., *op. cit.*, p. 241 ss. e p. 247 ss.

determinato contratto collettivo?”<sup>42</sup>. Peraltro, è stato anche discusso il problema che “... la parità di trattamento tra sindacati tutti firmatari del contratto collettivo a prescindere dalla rispettiva base di rappresentanza può comportare una disparità sostanziale tra posizioni di interesse di diversa consistenza ...”<sup>43</sup>, per cui la stipulazione di un contratto collettivo *in quanto tale* non attribuisce alcuna “garanzia di rappresentatività rispetto ai lavoratori e non ha quindi rapporto con l’effettiva tutela dei singoli”<sup>44</sup>. Ne consegue che viene a contrastare con il principio pluralistico, consegnatoci dall’art. 39, co. 1, Cost., l’individuazione di un criterio selettivo, quale quello della stipula di un contratto collettivo<sup>45</sup>, laddove l’attribuzione di diritti e poteri ai sindacati (*rectius* il godimento dei diritti sindacali disciplinati dallo Statuto dei lavoratori) non può che radicarsi sulla rappresentatività *effettiva*, intesa quale rappresentatività “quantitativa”<sup>46</sup>, sulla quale, comunque, ci interrogheremo successivamente con riguardo agli spunti che, anche ai fini nella nostra indagine, ora offre l’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Inoltre il *mero* criterio della stipula del contratto collettivo appare inidoneo anche sotto un diverso – e *radicale* profilo – che consente all’imprenditore di “... impedire legalmente in azienda il contropotere sindacale”<sup>47</sup>, ovvero – anche in una più limitata prospettiva – viene a conferire al primo il c.d. potere di accreditamento tale da *alterarne* l’effettiva rappresentatività<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> V. PERA, *op. cit.*, p. 448; conf. RICCI M., *op. cit.*, p. 253 e, da ultimo DE SIMONE, *op. cit.*, p. 297; cfr., in giurisprudenza, da ultimo, Trib. Bari 20 aprile 2012, *cit.*

<sup>43</sup> V., in tal senso, BELLOCCHI, *Liberà e pluralismo sindacale*, Cedam, 1998, p. 385, la quale ulteriormente sottolinea che “... la tutela legale del contratto collettivo, senza alcun controllo dei soggetti firmatari, potrebbe così trasformarsi in strumento di privilegio a vantaggio di chi – comparativamente – non ha potere rappresentativi adeguato (ciò che poi potrebbe condurre a tutelare il gruppo ‘occasionale’ a danno del sindacato che ha molti iscritti nell’unità produttiva.)”; conf. CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 1078.

<sup>44</sup> V. sempre BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 387 e Id., *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, p. 543 ss. e p. 565 per l’“arbitrarietà” del criterio legale di cui all’art. 19 St. lav.

<sup>45</sup> Peraltro, come osserva BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 379 non può neppure escludersi che “... l’autotutela diventi effettiva anche attraverso il rifiuto di stipulare o la contestazione di un contratto collettivo concluso da altri sindacati.” D’altronde, come osserva PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*, p. 1378 “... la scelta di stipulare, o non stipulare, il contratto collettivo è espressione della libertà sindacale ...”.

<sup>46</sup> Per tale conclusione v. anche BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 388 la quale la radica nel *profilo associativo* (*rectius* numero degli iscritti).

<sup>47</sup> V., con la consueta concretezza, PERA, *op. cit.*, p. 448 ss.

<sup>48</sup> Per “rischi” in tal senso cfr., da ultimo, Cass. 27 gennaio 2011 n. 1955, in *GC Mass.*, 2011, n. 1, p. 132 e, in dottrina, per tutti, RICCI M., *op. cit.*, p. 250 e, da ultimo, MARIUCCI, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 2011, n. 2, p. 258.

D'altronde, con riguardo alla titolarità dei diritti sindacali nel lavoro pubblico, appare fortemente dubbia la possibilità di estendere il requisito della *sottoscrizione* del contratto collettivo quale presupposto per il godimento dei primi, in quanto, come è stato correttamente puntualizzato, l'art. 42, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, attribuisce il diritto a costituire rsa alle organizzazioni sindacali le quali, in base al successivo art. 43 sono ammesse alle trattative per la sottoscrizione dei contratti collettivi di comparto (e, a tale stregua, quelle che, nel medesimo comparto, sono in possesso di rappresentatività non inferiore al 5% quale media tra il dato associativo e quello elettorale)<sup>49</sup>. In tale ambito, pertanto, non si ritiene risolutiva la mera stipula del contratto collettivo, per cui, ai fini della costituzione della rappresentanza sindacale nel lavoro pubblico, viene in rilievo una nozione di rappresentatività *misurata* su parametri diversi dalla mera sottoscrizione del contratto collettivo<sup>50</sup>, terreno sul quale – come vedremo – sembrano incamminarsi ora le stesse relazioni industriali nell'impiego privato<sup>51</sup>.

A ben guardare, anche all'interno dell'*iter* argomentativo accolto dalla Consulta con la sentenza n. 244 del 1996 possono rintracciarsi delle ambiguità. Il profilo più rilevante riguarda l'affermazione, già richiamata e di carattere generale, che la rappresentatività sindacale, anche nel “nuovo” testo dell'art. 19 St. lav., si configura come “una *qualità giuridica* attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi ...”<sup>52</sup>. Tale indicazione viene collegata, dagli stessi giudici costituzionali, all’“effettività dell'azione sindacale”, già individuata dalla stessa Corte<sup>53</sup> e rilevabile dalla circostanza che i requisiti della rappresentatività sindacale sono “direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale soltanto per *fatto proprio*. (corsivo nostro)”<sup>54</sup>. Tale richiamo, tuttavia, entra, inevitabilmente, in contraddizione con il criterio introdotto dall'art. 19 St. lav. che si affida *esclusivamente* alla stipula del contratto collettivo ed intro-

<sup>49</sup> Per tale puntualizzazione v. CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 303 ss.

<sup>50</sup> CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *op. cit.*, p. 304 precisano che, nel sistema di relazioni sindacali, “disegnato” dal legislatore per l'impiego, pubblico “... non risulta coerente ... ‘punire’, non riconoscendogli diritti e tutele, quel sindacato che, pur godendo di un'importante seguito tra i lavoratori, non ritenga di dover firmare il contratto collettivo.”

<sup>51</sup> V. *infra* n. 6.

<sup>52</sup> V. C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, *cit.*

<sup>53</sup> V. C. Cost. 4 dicembre 1995 n. 492, in *Quaderni di ADL*, 1996, n. 1, p. 244.

<sup>54</sup> V. C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, in *MGL*, 1974, p. 3.

duce, pertanto, un elemento che richiede necessariamente la *partecipazione* del datore di lavoro.

Peraltro il “disagio” degli stessi giudici costituzionali nell’asseverare che la stipula del contratto collettivo possa configurarsi, da sola, come “strumento di misurazione della forza del sindacato”<sup>55</sup> è testimoniato dal fatto che la stessa Corte ha ravvisato “la possibilità di dimostrare”, da parte dell’organizzazione sindacale, “la propria rappresentatività per altre vie,”<sup>56</sup>, che – pur presentate in termini essenzialmente problematici – attengono al numero degli iscritti al sindacato ovvero alla consultazione elettorale.

D’altronde, il richiamo all’*effettività* dell’azione sindacale, nella sentenza n. 492 del 1995 della stessa Corte costituzionale, implica, in ogni caso, un accertamento “... non una volta per tutte, ma in modo da consentire una periodica verifica, tenuto conto del suo mutevole grado di effettività” e, tra gli “indici” di rappresentatività, una posizione preminente – anche se non esclusiva – viene assegnata al *dato quantitativo*, quale l’adesione al sindacato<sup>57</sup>; non a caso la più recente giurisprudenza di merito si richiama proprio al principio dell’effettività dell’azione sindacale per *superare* il dato letterale dell’art. 19 St. lav.<sup>58</sup>.

Per altro verso la Corte nel 1996 prende atto della circostanza che, a seguito dell’esito referendario del 1995, si verifica quel fenomeno di un sistema (di rappresentatività sindacale) che, come altrove detto<sup>59</sup>, appare indubbiamente *sbilanciato* tra una rappresentatività, per fini extra-aziendali, caratterizzata dalla intercategorialità e pluricategorialità e una rappresentatività *tarata* sulla singola unità produttiva e caratterizzata dalla mera stipula del contratto collettivo.

A questo punto la stessa Corte realizza un vero e proprio *travisamento* della sentenza n. 30 del 1990, che aveva posto al centro della sua attenzione proprio la dubbia *idoneità* del contratto collettivo ad assurgere a criterio esclusivo di accertamento della rappresentatività del sindacato<sup>60</sup>, Infatti la

<sup>55</sup> V. sempre C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, *cit.*

<sup>56</sup> Le parole virgolettate sono tratte sempre da C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, *cit.*

<sup>57</sup> V. C. Cost. 4 dicembre 1995 n. 492, *cit.*

<sup>58</sup> Cfr., per tutte, Trib. Napoli 13 aprile 2012, *cit.* e Trib. Lanciano 30 aprile 2012, *cit.*

<sup>59</sup> V. *retro* n. 3.

<sup>60</sup> Per C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, *cit.* infatti la sentenza del 1990 esclude che per “concessione del datore di lavoro” possano accedere ai benefici del titolo III dello Statuto dei lavoratori associazioni sindacali non rappresentative; viceversa, per il diverso piano in cui si muove la sentenza del 1990 v. *infra* nel testo.

Corte, nel consolidare un orientamento già espresso dalla Corte di legittimità – la quale aveva escluso la possibilità di estendere, in via pattizia, i diritti sindacali previsti dal titolo III dello Statuto dei lavoratori a sindacati sprovvisti dei requisiti di rappresentatività richiesti (allora) dalla legge<sup>61</sup> – aveva puntualizzato come “... l’accesso pattizio alle misure di sostegno non offre alcuna garanzia oggettivamente verificabile, in quanto è strutturalmente legato al solo potere di accreditamento dell’imprenditore ...”<sup>62</sup>, laddove il patto “... non presuppone di per sé alcuna soglia minima di rappresentatività dell’organizzazione che ne sia beneficiaria, pur a livello meramente aziendale, sicché può avvantaggiare sindacati di scarsa consistenza e correlativamente alterare la parità di trattamento *rispetto ad organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda* (corsivo nostro)”<sup>63</sup>. Non a caso la stessa Corte costituzionale aveva invitato il legislatore a dettare “nuove regole” idonee ad invertere i principi di libertà e pluralismo sindacale (art. 39, co. I, Cost.), prevedendo *strumenti di verifica* dell’effettiva rappresentatività delle associazioni di cui all’art. 19 St. lav., con la possibilità che le misure di sostegno siano attribuite “... ad associazioni ... che attraverso una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso”<sup>64</sup>.

Del resto, che la stipula del contratto collettivo non possa assurgere a criterio selettivo *autosufficiente* per “misurare” l’effettiva rappresentatività dell’organizzazione sindacale era stato ampiamente argomentato da un commentatore, nella rilevazione che il predetto requisito selettivo assume un valore *strumentale* rispetto al criterio che viene a rilevare il *consenso* dei lavoratori addetti all’unità produttiva<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> V. Cass. 19 marzo 1986 n. 1913, in *RIDL*, 1986, II, p. 699, con nota di VALLEBONA, *La libertà sindacale in azienda secondo la Cassazione: diritto di “esclusiva” per le confederazioni maggiormente rappresentative*.

<sup>62</sup> C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, in *FI*, 1992, I, c. 30, sulla quale, però, in termini critici, in quanto in contrasto con il principio costituzionale di libertà sindacale, LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 1991, I, p. 62 ss. Cfr., viceversa, MARIUCCI, *op. cit.*, p. 259.

<sup>63</sup> Sempre C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, *cit.* la quale concludeva nel senso che “Pur al di fuori dell’ipotesi di sostegno al sindacato ‘di comodo’ (art. 17), sarebbe in tal modo consentito all’imprenditore di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita.”

<sup>64</sup> C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, *cit.*

<sup>65</sup> V. AMOROSO, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum: “nuovi” problemi nel contesto della giurisprudenza sul “vecchio” art. 19 Stat. lav.*, in MARESCA, SANTORO PASSARELLI G.,

A tale stregua, pertanto, viene inevitabilmente ad “incrinarsi” l’inderogabilità del criterio legale, in quanto il datore di lavoro, alla luce del dettato normativo, viene messo, in qualche misura, in condizione di *selezionare* con chi concludere l’accordo<sup>66</sup> e, allora, si mostra, in tutta la sua evidenza, che il criterio selettivo dell’art. 19 St. lav. viene a sopportare un complesso fardello, quello della rappresentatività sindacale in azienda, per il quale si dimostra – secondo un diffuso orientamento – del tutto inadeguato<sup>67</sup>.

6. *Rappresentatività sindacale nell’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: legittimazione negoziale, trattativa sindacale e conclusione del contratto collettivo*

Sul tema che ci occupa si era ben inserito l’Accordo interconfederale del 23 luglio del 1993, che aveva inteso istituire, come organismo di rappresentanza dei lavoratori in azienda, le rappresentanze sindacali unitarie, le quali, proprio attraverso la valorizzazione del *consenso* di *tutti* i lavoratori, mediante le regole della democrazia rappresentativa, costituiscono un primo – e decisivo passo – verso la predisposizione delle “nuove regole” richiamate dai giudici costituzionali nel 1990.

Ma ora spunti ancor più interessanti possono essere tratti dal recente Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 – sottoscritto unitariamente da CGIL, CISL e UIL e Confindustria – il quale, al di là delle questioni tecniche che pone, costituisce il riscontro della consapevolezza delle stesse parti sociali di fissare delle regole, in via pattizia e nel settore privato, in materia di rappresentatività sindacale<sup>68</sup>.

ZOPPOLI L. (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quaderni*, di *ADL*, 1996, n. 1, p. 98 ss. il quale, a corredo di tale argomentazione, citava l’esempio del sindacato aziendale “... che coaguli tutto il consenso in azienda, ma non abbia ancora sottoscritto alcun accordo aziendale ...” (p. 92). Cfr. ora SCARPONI, *Un’arancia meccanica: l’accordo separato alla Fiat - Minafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*, in *LD*, 2001, p. 305 laddove scrive che la firma del contratto collettivo può costituire solo un indizio del possesso della rappresentatività *effettiva*, ma non caratterizzarsi come il suo elemento costitutivo.

<sup>66</sup> V. sempre AMOROSO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>67</sup> Cfr., per tutti, da ultimo, FERRARO, MUTARELLI, *op. cit.*, p. 622, e PERSIANI, *Ancora sul caso, cit.*, p. 1378.

<sup>68</sup> Sull’Accordo interconfederale cfr., per tutti, TREU, *L’accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, p. 613 ss.; CARINCI, F., *L’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 125/2011, p. 1 ss.; PERSIANI, *Osservazioni estemporanee, cit.*, p. 451 ss. e i contributi di RICCI, PROIA, SANTONI, TOSI, SANTORO PASSARELLI G., raccolti in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsos, 2012, p. 77 ss.

Sotto un primo profilo appare estremamente significativo che la recente intesa abbia collocato, in una posizione di assoluta *centralità*, sia pure quale agente negoziale a livello aziendale, le predette rappresentanze sindacali unitarie, anche ai fini del riconoscimento dell'efficacia generale del contratto aziendale (clausola 4 dell'Accordo interconfederale), mentre – sul presupposto che la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali prescinde da un *reale* accertamento del *consenso* dei lavoratori occupati nell'unità produttiva – lo stesso Accordo interconfederale, laddove le dinamiche delle relazioni industriali abbiano condotto alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, sottopone il potere negoziale di queste ultime ad un meccanismo di “verifica” del consenso di *tutti* i lavoratori mediante lo strumento del referendum (punto 5 dell'Accordo).

La diversa soluzione avanzata dall'Accordo del 2011 per le rsu e le rsa costituisce il riscontro della configurazione dei due “modelli” di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, laddove, mentre nel primo caso l'accertamento della rappresentatività sindacale avviene *ex ante*, con la costituzione di un organismo *unitario* risultante della consultazione elettorale, nel secondo caso, viceversa, l'accertamento del reale consenso dei lavoratori all'“operato” della rsa non può che avvenire *ex post*.

Sotto un secondo profilo – e sul piano metodologico – l'Accordo interconfederale del 2001 costituisce una scelta autonomamente raggiunta dalle parti sociali collettive nell'ambito di quell'ordinamento intersindacale, nel quale, come è stato sottolineato dal suo illustre teorico, “... i soggetti collettivi assumono una rappresentatività generale, in guisa che i contratti collettivi stipulati si pongono come legge del gruppo, e si rivolgono, come a destinatari potenziali, a tutta la categoria interessata.”<sup>69</sup>. Infatti, “la sovranità originaria di cui si investe l'ordinamento intersindacale costituisce ... presupposto di fatto ad una serie di fenomeni rilevanti nell'ambito dell'ordinamento statutale.”<sup>70</sup>, in una prospettiva di “recepimento”, da parte dell'ordinamento statutale, della volontà espressa dall'ordinamento intersindacale<sup>71</sup>, come, ad esempio, è storicamente avvenuto nei casi dei decreti delegati

<sup>69</sup> V. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, (1960 (ristampa 1977)), p. 115.

<sup>70</sup> Le frasi virgolettate sono sempre tratte da Giugni, *op. cit.*, p. 115.

<sup>71</sup> Cfr., sul punto, le considerazioni, svolte sul piano generale, di RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 111 ss. che parla di “... esemplare meccanismo di compenetrazione tra ordinamento statutale e ordinamento sindacale, rispettoso delle autonome sfere di competenza.”.

emanati a seguito della l. 741/59, ovvero, in via giurisprudenziale, con riferimento alla determinazione della retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.*<sup>72</sup>.

Sul piano, poi, sostanziale, la disciplina negoziale in considerazione, a ben guardare, viene proprio ad *attualizzare* i principi contenuti nell'art. 39, co. 4, Cost.<sup>73</sup>, sulla scia, peraltro, della regolamentazione introdotta in materia di rappresentatività sindacale nell'impiego pubblico e, nel contempo, a definire, in coerente sviluppo con la garanzia, costituzionalmente garantita, dall'art. 39, co. 1 Cost. ai liberi svolgimenti dell'autonomia collettiva, l'articolazione contrattuale, i soggetti legittimati alla stipula dei contratti collettivi e i "limiti" della derogabilità tra i diversi livelli contrattuali. Peraltro, a ben guardare, lo stesso precetto costituzionale si configura come il canale di "collegamento" tra ordinamento intersindacale ed ordinamento statale, laddove, infatti, l'art. 39, co. 1, Cost., viene a recepire le dinamiche emergenti nell'ordinamento intersindacale.

Per quanto interessa in questa sede, l'Accordo interconfederale del 2011 introduce, nell'impiego privato, il principio della *legittimazione negoziale* che implica una "misurazione" della rappresentatività sindacale, con un complesso "dosaggio" tra il dato *associativo* (riferito alle deleghe per la riscossione dei contributi sindacali) e quello *elettorale* (risultante dai consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rsu) (clausola 1 dell'Accordo), secondo la nota vocazione storica del sindacato, tesa a "bilanciare" la tradizione associativa che contrassegna la nascita dell'organizzazione sindacale con il necessario *confronto*, nella dimensione della rappresentanza politico-istituzionale, con *tutti* i lavoratori occupati nell'unità produttiva.

La "misurazione" della rappresentatività sindacale si configura, a questo punto, come il presupposto preliminare per l'avvio della trattativa sindacale, per cui la stipulazione del contratto collettivo (in esito alla predetta trattativa) rivela "a valle" la presenza di un sindacato rappresentativo, ma, nell'intesa negoziale del 2011, non costituisce il criterio selettivo *esclusivo* della rappresentatività sindacale, come, viceversa, richiede il dettato normativo dell'art. 19 St. lav.

<sup>72</sup> V., per tali esempi, sempre, GIUGNI, *op. cit.*, p. 115.

<sup>73</sup> Per tale ordine di idee v. anche FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2001*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 129/2011, p. 31; *contra* BELLOCCHI, *La rappresentatività degli attori negoziali*, in *DLRI*, 2010, p. 315 e, per riserve sulla riforma in senso maggioritario dell'autonomia collettiva, anche TURSI, *È davvero necessaria una "rivoluzione maggioritaria"?*, in *RIDL*, 2006, I, p. 299 ss.



In altri termini, il possesso del requisito *oggettivo* della rappresentatività sindacale deve essere accertato *aliunde* e non riscontrato solo con la *semplice* sottoscrizione del contratto collettivo, in una logica, che ora le parti sociali intendono perseguire, non meramente *funzionale* alla legittimazione negoziale (per la stipula del contratto collettivo nazionale di categoria), ma, a nostro avviso, anche idonea a risolvere il problema della “presenza” sindacale nei luoghi di lavoro, con l’attribuzione dei diritti sindacali di fonte statutaria, in quanto, come è stato ribadito in giurisprudenza, l’Accordo interconfederale pone al centro del sistema intersindacale (ma anche di diritto sindacale *ex art. 39, co. 1, Cost.*) il principio di *effettiva rappresentatività*<sup>74</sup>.

Pertanto il sindacato che, in quanto rappresentativo secondo le regole disegnate dall’Accordo interconfederale, ed ammesso alle trattative sindacali, partecipi alle stesse, ma poi non sottoscriva l’intesa negoziale non può, per tale motivo, reputarsi *meno* rappresentativo degli altri sindacati che hanno sottoscritto il contratto collettivo.

Peraltro anche dall’art. 8, l. 148/2011, sulla valorizzazione della contrattazione collettiva di prossimità, possono essere tratti degli spunti interessanti per la nostra indagine.

È chiaro che l’art. 8 rappresenta, come è stato incisivamente sottolineato, un “vero e proprio intervento a gamba tesa nel sistema delle relazioni sindacali”<sup>75</sup>, in quanto il legislatore, oltre ad individuare le materie oggetto di intervento della contrattazione collettiva (anche in *deroga* alla normativa legale e contrattuale di livello superiore)<sup>76</sup>, interviene anche sull’articolazione interna delle fonti contrattuali e i “limiti” in ordine alla loro reciproca derogabilità, con non pochi dubbi di costituzionalità, laddove l’ampia garanzia assicurata dall’art. 39, co. 1, Cost. sembra rimettere tale compito all’autocomposizione negoziale delle parti sociali (come, peraltro, è avvenuto con l’Accordo interconfederale del 2011).

<sup>74</sup> V. Trib. Modena 4 maggio 2012, *cit.* Nella “valorizzazione” dell’Accordo interconfederale del 2002 si spinge più in là Trib. Lanciano 30 aprile 2012, *cit.* che lo definisce quale *intervento legislativo*, del tutto carente nel 1996 quando la Corte costituzionale si era pronunciata per la legittimità costituzionale dell’art. 19 St. lav. (*v. retro* nt. 38).

<sup>75</sup> V. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 127/2011, p. 5.

<sup>76</sup> Cfr. sull’art. 8, l. 148/2011, senza pretesa di completezza, DEL PUNTA, *Cronache da una transazione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011 e dintorni)*, in LD, 2012, p. 31 ss.; LASSANDARI, *Dopo l’accordo del 28 giugno 2011 (e l’art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in LD, 2012, p. 55 ss., i contributi di PERULLI E SPEZIALE, GALANTINO, GARILLI, BELLOMO, DE LUCA TAMAJO,

Tuttavia l'art. 8 individua, quale *interlocutore* del datore di lavoro, il sindacato comparativamente più rappresentativo ovvero le *loro* rappresentanze (che, alla stregua della disciplina dell'art. 19 St. lav., sono le rappresentanze sindacali aziendali), con un evidente “collegamento” tra queste ultime e il primo<sup>77</sup>. Comunque, è stata rilevata l'incoerenza di un sistema che permette ad un sindacato comparativamente più rappresentativo di stipulare contratti collettivi (territoriali o aziendali) anche in *deroga* alla contrattazione collettiva nazionale o alla disciplina legale, e, nel contempo, preclude allo stesso di poter costituire una rappresentanza sindacale aziendale se non ha sottoscritto un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva<sup>78</sup>.

#### 7. *Esercizio dell'attività sindacale e incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav.*

È necessario, allora, tornare a prospettare i dubbi di costituzionalità del nuovo testo dell'art. 19 St. lav. – come reclama ora un diffuso orientamento dottrinale<sup>79</sup> – nella rilevazione che la norma statutaria, come incisivamente ha illustrato un'interprete, si configura come un serpente che si morde la coda<sup>80</sup>, laddove viceversa, la conclusione del contratto collettivo non può che costituire la spia di una rappresentatività *verificata aliunde*<sup>81</sup>.

MAGNANI, BELLAVISTA, PESSI, MAZZOTTA, TREMOLADA, LAMBERTUCCI, BROLLO, MATTAROLO, CESTER, VOZA, MENGHINI, ZILIO GRANDI, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 165 ss.

<sup>77</sup> V. Trib. Bari 20 aprile 2012, cit.; cfr. anche Trib. Lanciano 30 aprile 2012, cit.

<sup>78</sup> V., per tale rilievo, Trib. Modena 4 giugno 2012, cit. e Trib. Bari 20 aprile 2012, cit.

<sup>79</sup> Cfr. CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 133/2011, p. 33 e ID., *Il grande assente*, cit., p. 23 ss.; DEL PUNTA, *Del gioco*, cit., p. 1432 s.; MARIUCCI, *op. cit.*, p. 259; DE SIMONE, *op. cit.*, p. 298; SCARPONI, *op. cit.*, p. 305; PERSIANI, *A proposito di Pomigliano* cit., p. 128 e ID., *Ancora sul caso*, cit., p. 1378 e, da ultimo ID., *Diritto sindacale*, Cedam, 2012, p. 97.

<sup>80</sup> V., in tal senso, CARINCI F., *Al capezzale del*, cit., p. 61 ss. il quale precisa che “... per essere ammessi al tavolo negoziale occorre ‘in fatto’ proprio quella forza rappresentativa, che viene riconosciuta ‘di diritto’ solo a seguito della stipula e della firma”. Sotto altro versante, di “petizione di principio”. In quanto la norma statutaria sostiene ed agevola l'attività contrattuale dei sindacati che hanno *già* stipulato il contratto collettivo, parlava GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006, p. 68. Cfr. anche DEL PUNTA, *Del gioco*, cit., p. 1421, per il circolo potenzialmente vizioso tra partecipazione (con sottoscrizione) alla contrattazione collettiva e diritti legali di rappresentanza.

<sup>81</sup> Come osserva sempre CARINCI F., *Al capezzale del*, cit., p. 67 “... prima di concedere la licenza di abitabilità si sarebbe dovuto eseguire una bella perizia ufficiale, e ove questa fosse risultata negativa, non si sarebbe potuto procedere oltre.”.

A questo punto la questione dovrà essere riproposta davanti alla Corte Costituzionale in relazione alla violazione dell'art. 39, co. 1, Cost., laddove il criterio *selettivo* della rappresentatività sindacale, risultante dall'art. 19 St. lav., in fondo, come è stato conclusivamente osservato, è idoneo a far entrare, nell'area dei diritti sindacali previsti dallo Statuto, "... sindacati autonomi di dubbia presenza ed autenticità, lasciando, al tempo stesso fuori dalla porta sindacati confederali di sicura rappresentatività e genuinità"<sup>82</sup>.

Si tratta, allora, non di invocare un'astratta parità di trattamento tra organizzazioni sindacali, in quanto l'individuazione di un requisito *oggettivo* di rappresentatività sindacale, come ha insegnato la stessa Corte costituzionale, non determina alcuna (illegittima) *discriminazione* tra sindacati, laddove, però, come è stato puntualizzato dalla stessa Corte e già segnalato, i requisiti della *forza rappresentativa* del sindacato "... non sono attribuibili né dal legislatore né da altre autorità né possono sorgere arbitrariamente o artificialmente; ma sono sempre direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale per fatto proprio."<sup>83</sup>.

Se, pertanto, il criterio selettivo della maggiore rappresentatività non lede il precetto costituzionale dell'art. 39 Cost. è necessario che il predetto criterio costituisca l'esercizio di una scelta di politica legislativa, che si sottrae al "vaglio" di costituzionalità laddove si palesi come una scelta supportata da un criterio selettivo razionale. Il criterio della ragionevolezza, viceversa, non sembra più assistere il nuovo criterio della rappresentatività sindacale, che, nell'art. 19 St. lav., viene a far derivare la costituzione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro (e la conseguente titolarità dei diritti di attività sindacale) da un dato (la sottoscrizione del contratto collettivo), quale *proiezione* non di una rappresentatività sindacale raggiunta *per fatto proprio*, come ci aveva insegnato la stessa Corte con la sentenza n. 54 del 1974, bensì risultante di un intervento *esterno*, che rimanda alla *volontà del datore di lavoro* di "obbligarsi" con la stipula del contratto collettivo<sup>84</sup>.

Non a caso l'eccezione di costituzionalità dell'art. 19 St. lav. è stata riproposta con riguardo all'*irrazionalità* del criterio selettivo introdotto dalla

<sup>82</sup> V. per tale rilievo, CARINCI F., *Il grande assente*, cit., p. 24.

<sup>83</sup> Così C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, cit.

<sup>84</sup> Cfr. anche le considerazioni svolte da PERSIANI, *A proposito di Pomigliano*, cit., p. 128 il quale rileva l'"irragionevolezza" del criterio selettivo dell'art. 19 St. lav. in quanto "... la mancata stipulazione del contratto collettivo applicato in azienda nulla dice con riguardo alla rappresentatività della Fiom nella misura in cui dipende esclusivamente da una scelta riconducibile all'esercizio della libertà sindacale di quest'ultima".

norma statutaria alla luce dei nuovi “scenari” delle relazioni sindacali, caratterizzati dalla “rottura” dell’unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative<sup>85</sup> e non più dalla pacifica sottoscrizione “unitaria” dei contratti collettivi da parte di queste ultime, che costituiva lo sfondo sul quale era intervenuta nel 1996 la stessa Corte costituzionale.

Se ciò è vero, allora, bisogna tornare allo spirito originario dello Statuto dei lavoratori, che intendeva, in una logica *promozionale* dell’ingresso del sindacato nei luoghi di lavoro, “ritagliare” l’attività sindacale – anche per un opportuno “bilanciamento” con le esigenze della produzione, alla luce della garanzia offerta dall’art. 41, co. 1, Cost. – su quegli organismi sindacali che garantiscano una *reale* rappresentatività e un effettivo seguito (*rectius consenso*) tra i lavoratori<sup>86</sup>.

#### 8. Rilievi conclusivi

Per trarre le linee conclusive del discorso, *non* si tratta allora solo di rilevare i diversi piani sui quali si muove, da un lato, la contrattazione c.d. “separata” – che trova, comunque, garanzia, nel sistema sindacale, alla luce dell’art. 39, co. 1, Cost. – e, dall’altro, il diritto di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, senza che la prima possa ripercuotersi sul secondo<sup>87</sup>, né tantomeno, come ha tentato un generoso indirizzo interpretativo<sup>88</sup>, di proporre un’interpretazione “adeguatrice” dell’art. 19 St. lav. che indubbiamente “forza” il dato testuale, quanto di chiamare in causa i giudici della Consulta per verificare il *frontale* contrasto tra il dettato dell’art. 19 Stat. lav. e i precetti costituzionali.

A tale stregua occorre tener conto, peraltro – nella stessa prospettiva seguita dalla Corte costituzionale di “calibrare” l’interpretazione della legge anche alla luce dei valori che emergono nella “coscienza sociale” – dei nuovi scenari aperti dalle stesse parti sociali con l’Accordo interconfederale

<sup>85</sup> V. Trib. Modena 4 giugno 2012, *cit.*

<sup>86</sup> Cfr. per tutte, la già citata C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, *cit.* Cfr. anche la proposta di *integrazione* dell’art. 19 St. lav. di MARIUCCI, *op. cit.*, p. 261 con riferimento ai sindacati che “superano la soglia dell’x% degli iscritti nell’unità produttiva.”

<sup>87</sup> Cfr., sul punto, DEL PUNTA. *Del gioco*, *cit.*, p. 1433 il quale considera il diritto di rappresentanza in azienda, alla luce dello Statuto dei lavoratori, un *diritto sindacale fondamentale* dei lavoratori.

<sup>88</sup> Per i riferimenti v. *retro* n. 3.

del 2011, che ha inteso individuare una nozione *pregnante* di rappresentatività sindacale “misurata” ai fini dell’ingresso dell’area della stessa legittimazione alla trattativa negoziale, a prescindere, pertanto, dagli esiti della stessa con la conclusione del contratto collettivo.

### **Abstract**

Il saggio affronta la tematica della costituzione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e dell’attribuzione dei diritti sindacali previsti dallo Statuto dei lavoratori alla luce delle più recenti esperienze contrattuali, sulle quali si è innescato un ampio e complesso contenzioso giudiziario. Nel ripercorrere i diversi “modelli” di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro (rsa e rsu) e gli interventi della giurisprudenza costituzionale sul “nuovo” testo dell’art. 19, risultante dalla consultazione referendaria del 1995, il saggio rileva le ambiguità dell’individuazione del sindacato rappresentativo alla luce del solo criterio selettivo della sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva, anche in considerazione dei nuovi scenari aperti dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 in materia di rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori. Il saggio, infine, auspica un ulteriore intervento dei giudici costituzionali sull’art. 19 St. lav. in relazione alla possibile violazione dell’art. 39, co. 1, della Costituzione.

The essay addresses the issue of the constitution of the company union representative in the workplace and of the attribution of the trade union rights required by Law n. 300/1970 the light of more recent contractual experiences, on which is grafted a large and complex litigation. In retracing the different “models” of the union company representative in the workplace (rsa and rsu) and the interventions of the constitutional jurisprudence on “new” text of Article 19 after the 1995 referendum, the essay notes the ambiguity of the identification of the union representative only in the light of the selection criterion of the subscription of the collective agreement applicable in the production unit, also in consideration of new scenarios opened by interconfederal agreement of June 28, 2011 on representativeness of trade unions. The essay, finally, calls a further action by the Constitutional Court on Article 19 Law. n. 300/1970 in relation to the possible violation of Article 39 first paragraph of the Constitution.



**Paola Saracini**

## Contratto e legge dopo il caso FIAT: le nuove regole sindacali\*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** Il caso FIAT e le principali criticità. **3.** L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: un primo passo verso la condivisione di nuove regole. **4.** Le "questioni" non risolte dall'accordo. **5.** (*Segue*) Le ricadute sul contratto collettivo aziendale. **6.** Le "nuove" regole legali: i "contratti di prossimità". **7.** A mo' di conclusione.

### 1. Premessa

Non è agevole intervenire nel dibattito quando il "sismografo" del sistema di relazioni sindacali segnala continue e profonde oscillazioni<sup>1</sup>. Tuttavia, ordinando e aggiornando le riflessioni stimolate da un incontro di studio dello scorso anno, dinanzi a uno scenario che ha scosso alle fondamenta il diritto sindacale italiano, è opportuno concentrare l'analisi su alcuni essenziali nodi problematici ed essenziali. L'intento è di offrire, nonostante la sintesi, un quadro d'insieme che costituisca comunque, tutt'oggi, un contributo al confronto sul senso di marcia del diritto sindacale (lontano dal sopirsi).

L'analisi non potrà prescindere da tre svolte dell'incedere degli eventi:

- a) la vicenda Fiat;
- b) l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011;
- c) l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148.

Esse, al fondo, incrociano l'annosa questione dell'interesse collettivo-

\* Il contributo riprende l'intervento tenuto il 6 luglio 2011 presso l'Università di Cassino, in occasione del Convegno su "Le relazioni sindacali in Fiat: un nuovo modello per il futuro?", svoltosi all'indomani dell'accordo del 28 giugno 2011 ed è destinato al volume "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione tecnica del Diritto del lavoro", in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Emblematici sono i titoli di due recenti e ampi contributi: CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsosa, 2011 e PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 132/2011, p. I ss.

sindacale, qui considerato, comprensibilmente, non nei profili definitivi<sup>2</sup>, ma in relazione alle modalità con le quali, nella mediazione tra le varieguate espressioni che emergono dai gruppi e tra i diversi sottogruppi organizzati<sup>3</sup>, si cerca di giungere alla sua individuazione e regolazione. Operazione questa, *naturalmente* complessa, ma che assume toni ancora più problematici in un periodo in cui il sistema di relazioni industriali appare lacerato, finanche all'interno, dei fronti sia sindacale (non solo tra le diverse confederazioni ma anche nell'ambito di una di esse)<sup>4</sup>, sia datoriale. Una lacerazione non imputabile al "capriccio" di questa o quella parte, ma derivante da una serie di ragioni delle quali l'ultima, e probabilmente la principale, è, come noto, la c.d. "globalizzazione"<sup>5</sup>.

In un simile contesto la vicenda FIAT ha agito da detonatore di una situazione risalente nel tempo, giacché non è certamente questione nuova la necessità di regole per il sistema sindacale, specie in tema di rappresentatività, come d'altro canto dimostrano alcuni interventi legislativi, seppure di tipo settoriale, degli anni '90<sup>6</sup>. Essa, però, si è tradotta, nell'ultimo decennio, in una pluralità di accordi separati<sup>7</sup>, che hanno dato un duro e inedito colpo ad alcuni capisaldi della nostra esperienza sindacale, a cominciare dalla storica unità di azione delle grandi confederazioni.

Certo la FIAT, con una serie di forti iniziative foriere di un consistente

<sup>2</sup> Per una recente riflessione sulla nozione di interesse collettivo e, più in generale, sul relativo dibattito, v. ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006, spec. p. 64 ss.

<sup>3</sup> V. GIUGNI, *Il diritto sindacale*, Cacucci, 2010, p. 62 ss.

<sup>4</sup> Cfr. CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in *DLRI*, 2011, p. 106 ss.

<sup>5</sup> In merito all'incidenza della globalizzazione nonché di una sorta di "ideologia di mercato" sull'attuale difficile momento del movimento sindacale, cfr. CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane*, in *SM*, 2012, p. 29 ss.; CROUCH, *Il declino delle relazioni industriali nell'odierno capitalismo*, in *SM*, 2012, p. 55 ss. Amplia tale prospettiva, ricomprendendovi quantomeno anche le "tendenze tecnologiche di più lunga durata, nonché gli effetti dell'attuale crisi finanziaria ...", SESTITO, *Alcuni commenti su tendenze generali e specificità italiane*, in *SM*, 2012, p. 91 ss.

<sup>6</sup> Il riferimento è ovviamente alla legge 146 del 1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali e, nel lavoro pubblico, in tema di rappresentatività sindacale (ora art. 43, d.lgs. 165/2001).

<sup>7</sup> Si ricorda il Patto per Milano siglato nel 2000; quello del 2001 sul contratto a tempo determinato, poi recepito nel d.lgs. 368/2001; il Patto per l'Italia del 2002, nonché, e specialmente, l'accordo quadro del 2009, intervenuto sulle "regole del gioco" e sul modello contrattuale.



contenzioso<sup>8</sup>, ha reso ancora più evidente la necessità di regole nuove per il delicato processo di focalizzazione, di selezione degli interessi collettivo-sindacali e per la successiva traduzione degli stessi in soluzioni giuridiche sufficientemente solide.

Sicché, si è giunti ad un intervento legislativo, per molte intuibili ragioni inedito – il già ricordato art. 8, d.l. 138/2011 – che, però, ha creato più problemi che soluzioni. Ma dipaniamo con ordine la matassa.

## 2. Il caso FIAT e le principali criticità

Dalla vicenda FIAT emergono diversi elementi di criticità che precludono la possibilità di trarne linee, anche soltanto ipotetiche, di un nuovo “modello” per lo sviluppo delle nostre relazioni industriali.

In estrema sintesi, si evidenziano tre ordini di motivi concernenti taluni profili della assai articolata vicenda Fiat, riferiti rispettivamente: 1) alla sua origine; 2) al presente in cui essa si colloca; 3) al futuro in cui la stessa è destinata a svilupparsi.

1) L'origine sembra caratterizzata da più punti di debolezza. Per come si è giunti alla chiusura dello stabilimento Giambattista Vico di Pomigliano e alla contestuale costituzione della “Newco” Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A., la mancata applicazione dell'art. 2112 cod. civ. suscita perplessità<sup>9</sup>. Da un lato, appare assai marcata la continuità organizzativo-produttiva tra i due siti industriali, dall'altro, l'art. 2112 cod. civ. copre un ventaglio di ipotesi di successione nella gestione aziendale quanto mai ampio, anche alla luce

<sup>8</sup> Ad oggi superano la ventina le pronunce giurisprudenziali – dedicate, per la maggior parte, alla “presunta” condotta antisindacale della FIAT per la mancata applicazione del titolo III dello Statuto dei lavoratori ai rappresentanti Fiom – che, con esiti diversificati, si sono espresse ora a favore della FIAT, ora della Fiom. Sulla vicenda v. ESPOSITO, NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs FIAT*, in questa rivista, 2012, p. 135 ss.; TURSI, *L'articolo 19 dello Statuto, oggi*, in *DRI*, 2012, p. 450 ss.

<sup>9</sup> Sulla questione v. le puntuali osservazioni di CARINCI F., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 131/2011, spec. pp. 25-29; nonché di TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova del caso FIAT*, in *LD*, 2011, p. 391 ss., che si sofferma proprio sui presupposti per l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda.

Una situazione simile si è verificata anche per lo stabilimento di Mirafiori, pur se non si registrano contenziosi specifici al riguardo. V. L'accordo del 23 dicembre 2011 (punto 10 della regolamentazione per la Joint Venture).

della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>10</sup>, e, per intuibili ragioni, non è certo sufficiente l'asserita inapplicabilità enunciata dalle parti<sup>11</sup> a mettere fuori gioco l'inderogabile tutela codicistica.

La questione in giudizio è stata in realtà assorbita nell'ambito della denuncia di antisindacalità, che può essere considerata il fulcro del contenzioso sviluppatosi al riguardo<sup>12</sup>: la tesi da cui si muove è infatti che la negazione dell'operatività dell'art. 2112 cod. civ. avrebbe lo scopo di recidere ogni vincolo con il ccnl industria metalmeccanica sottoscritto da Fiom nel 2008, nonché con gli accordi interconfederali e categoriali sulle rsu, con immediate ed evidenti ricadute sulla presenza della stessa Fiom in azienda<sup>13</sup>. Non a caso il Tribunale di Torino, chiamato a dirimere la questione, più che indagare sui presupposti della violazione dell'art. 2112 cod. civ., ha concentrato l'attenzione sullo stabilire se la stipulazione dei contratti del 29 dicembre 2010 e del 17 febbraio 2011, potesse integrare o meno gli estremi della condotta antisindacale<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Ci si limita ad osservare che, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la cessione di azienda o di ramo d'azienda si realizza quando, indipendentemente dalla struttura tecnico-giuridica utilizzata per il trasferire la titolarità degli impianti, il complesso dei beni aziendali che costituiva l'organizzazione imprenditoriale rimane inalterato nella sua funzione essenziale. Per un'approfondita analisi sulla questione v. LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in AJANI, BENACCHIO (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, 2009, vol. V, p. 391 ss.; NOVELLA, VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 cod. civ. e i vincoli del diritto europeo*, in DLRI, 2005, p. 177 ss.

<sup>11</sup> Si legga quanto disposto dal titolo IV del contratto collettivo siglato il 29 dicembre 2010, in cui le parti stabiliscono che "Per il personale proveniente da Fiat Group Automobili s.p.a. Giambattista Vico (...) l'assunzione avverrà con cessione individuale del contratto di lavoro, senza periodo di prova, con il riconoscimento dell'anzianità aziendale pregressa e con la salvaguardia del trattamento economico complessivo e senza l'applicazione di quanto previsto dall'art. 2121 cod. civ. in quanto nell'operazione economica non si configurano trasferimenti di rami d'azienda" (mio il corsivo).

<sup>12</sup> In tal senso DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla "sentenza FIAT"*, in RIDL, 2001, II, pp. 1425-1426.

<sup>13</sup> V. Trib. Torino del 14 settembre 2011 n. 2583, in RIDL, 2001, II, p. 1360 ss.

<sup>14</sup> Inoltre, nella stessa sentenza, si sottolinea come, pure qualora si propendesse per l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., ai sensi di quanto stabilito dal suo terzo comma, le parti avrebbero comunque potuto applicare il nuovo contratto stipulato il 29 dicembre 2010: contratto, per l'ampiezza della sua regolamentazione concernente i rapporti di lavoro di tutti i dipendenti, attuali e futuri di Fabbrica Italia Pomigliano Spa, configurabile – a parere del giudice – di "primo livello". Anche in proposito, viene da osservare che sarebbe stato opportuno un raffronto più articolato e puntuale tra i contenuti dei contratti collettivi interessati, sì da argomentare adeguatamente la "riconduzione degli stessi al medesimo livello" (art. 2112, cod. civ.).

Si è scritto che la ricostruzione proposta dal giudice appare “accettabile *in quanto* capace di cogliere ‘la sostanza’ della ‘pretesa’”<sup>15</sup>. È al contempo vero, però, che in considerazione, anzitutto, dei valori in gioco, una disamina approfondita dell’intera vicenda sarebbe stata necessaria, giacché la questione dell’applicabilità dell’art. 2112 cod. civ. finisce per essere trascurata. Non può dimenticarsi che molti dei lavoratori dell’ex stabilimento di Pomigliano, non essendosi ravvisato alcun trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda (e nonostante un tendenziale accordo per il loro riassorbimento nella nuova fabbrica), sono tuttora privi di lavoro<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Così DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 1425 (mio il corsivo).

<sup>16</sup> A tale riguardo si segnala l’ulteriore vicenda del presunto comportamento discriminatorio nelle assunzioni effettuate sino ad oggi da Fabbrica Italia, che a fronte di un inserimento nel proprio organico di più di 2000 dipendenti, non ha assunto nessun lavoratore iscritto alla FIOM. Il Tribunale di Roma (con ordinanza del 21 giugno 2012), anche grazie ad un sistema di tutele contro le discriminazioni che prevede una semplificazione dell’onere della prova (artt. 4, d.lgs. 216/2003, 28 d.lgs. 150/2011), ha condannato l’azienda all’assunzione di un certo numero di lavoratori iscritti alla FIOM (non necessariamente di quelli in nome e per conto dei quali si è ha agito in giudizio, dal momento che è impossibile identificare gli aventi diritto all’assunzione, individuabili esclusivamente in una quota percentuale degli iscritti FIOM) ed ha liquidato anche il danno non patrimoniale, stavolta riconosciuto proprio ai 19 lavoratori nominativamente rappresentati nel giudizio dalla FIOM (danno individuato nell’alterazione dello stato psicologico determinata dal timore della mancata assunzione a fronte della discriminazione operata nei confronti della categoria di appartenenza). Al di là della condivisibile decisione del giudice, due sono le principali considerazioni qui da fare: a) l’importanza dell’esistenza di almeno alcuni solidi punti di riferimento normativi, specie in contesti di crisi e conflittualità; b) la necessità, anche in presenza di regole giuridiche, di non abbassare mai la guardia dinanzi a certi comportamenti che rischiano di tradursi in una grave lesione dei più elementari diritti fondamentali riconosciuti dal nostro ordinamento. Da questo punto di vista merita particolare attenzione il ragionamento del giudice che nel rigettare quanto sostenuto da Fabbrica Italia, secondo la quale non vi sarebbe discriminazione poiché il mancato inserimento di alcuni lavoratori in azienda sarebbe motivato dall’assenza di una necessaria *condivisione* delle politiche aziendali (ricorrendo, secondo l’azienda, l’ipotesi di deroga di cui all’art. 3 co. 3 del d.lgs. 216/2001), pone dei precisi e necessari paletti all’intromissione del datore di lavoro nelle scelte dei propri dipendenti (in questo caso il legame ad un’associazione che ha esplicitamente e ripetutamente contrastato le politiche aziendali) e quindi, più in generale, sulla libertà della persona. In altri termini il giudice esclude che l’adesione completa e totale alla filosofia aziendale, specie quando si parla di “semplici” operai con compiti meramente esecutivi, possa essere un elemento essenziale per la costituzione o la prosecuzione di un rapporto di lavoro, dovendo i lavoratori più semplicemente *uniformarsi* alle regole applicabili nell’azienda per cui lavorano. In caso contrario, oltre che ad introdurre una “teorizzazione della legittimità della discriminazione per motivi sindacali” (come rileva prontamente il giudice), si rischierebbe di negare principi fondamentali in materia di libertà di pensiero prima ancora che di libertà sindacale.

2) Il “presente” della vicenda FIAT è segnato dall’art. 19 dello Statuto dei lavoratori.

Sull’ispirazione ultima di questa norma<sup>17</sup>, così come sullo scenario in relazione al quale si è espressa la Corte Costituzionale a ridosso dei referendum del ’95, salvandone la costituzionalità del risultato (C. Cost. n. 244/1996)<sup>18</sup>, non possono aversi grandi dubbi.

Ebbene, appare difficile negare che l’utilizzo dell’art. 19 St. lav. proposto dalla FIAT, giunga ad escludere dai luoghi di lavoro un sindacato fortemente rappresentativo nel contesto considerato (nel caso di specie la Fiom) con il rischio di alterare profondamente l’autonomia del sistema di relazioni sindacali e di violare la stessa libertà sindacale, nonché il principio di non discriminazione, come è stato prontamente sottolineato dalla dottrina a valle della vicenda<sup>19</sup>. Alterazione del sistema di relazioni sindacali non sfuggita neppure a una parte della giurisprudenza di merito, chiamata a valutare la presunta condotta antisindacale di FIAT, proprio in riferimento al diritto (negato) della Fiom a costituire rsa ai sensi dell’art. 19 St. lav., che, com’è noto, prevede il requisito della sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva.

In realtà le pronunce sulla questione, oltre ad essere già numerose, nonostante il limitato arco temporale, presentano esiti diversificati. Due sono i principali orientamenti. Per il primo, il mancato riconoscimento della costituzione di una rsa in azienda integrerebbe gli estremi della condotta antisindacale, in quanto, più che al dato formale della norma, sarebbe corretto riferirsi all’effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto anche in senso critico e quindi pure in assenza della sottoscrizione finale

<sup>17</sup> Se in origine la *ratio* della norma era da individuare nel sostegno al sindacato qualificato da una rappresentatività di stampo “macroeconomico”, con l’esito referendario del ’95 sono, sì, mutate le caratteristiche della rappresentatività contemplata, ma non il fine ultimo della norma, ancora diretta a promuovere comunque il soggetto sindacale rappresentativo, non di certo a pregiudicarlo.

<sup>18</sup> Per una puntuale ed articolata disamina delle diverse pronunce costituzionali sull’art. 19 dello Statuto, v. da ultimo, TURSI, *op. cit.*, p. 439 ss., il quale, evidenziando che “la strettezza del sentiero imboccato ... rende difficile immaginare un ripensamento radicale della giurisprudenza costituzionale ... ritiene che ormai la parola possa spettare solo al legislatore”, p. 465 (mio il corsivo).

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende FIAT*, in *DLRI*, 2011, pp. 337-339; ZOPPOLI L., *Pluralità di contratti collettivi nazionali, condotta antisindacale e trattamenti discriminatori*, in *RIDL*, 2011, II, p. 709 ss.

del prodotto negoziale<sup>20</sup>. In tal modo si valorizza il dato sostanziale o di effettività rispetto a quello formale, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Il dato formale è invece valorizzato dal secondo orientamento<sup>21</sup>, che, pur riconoscendo in taluni casi l'esistenza del problema e l'inadeguatezza dell'attuale formulazione dell'art. 19, ritiene insormontabile la lettera della norma, per cui la firma del contratto risulta un elemento, magari non sufficiente o decisivo, ma pur sempre necessario<sup>22</sup>.

In attesa della decisione della Corte Costituzionale – chiamata, come era prevedibile, a pronunciarsi nuovamente sul tema<sup>23</sup> – non essendo questa la sede per una puntuale disamina della questione<sup>24</sup> – si vuole qui semplicemente rimarcare la fragilità del suolo su cui hanno posto le fondamenta le “nuove” relazioni sindacali *targate* FIAT; sebbene non possa nascondersi una certa preferenza per il primo degli orientamenti esposti, più convincente se non altro per ragioni di carattere sistematico e assiologico che, qualora non valorizzate, potrebbero condurre a risultati incoerenti, per non dire paradossali, rispetto alla *ratio* “promozionale” della norma. Emble-

<sup>20</sup> In tal senso v. *in primis* Trib. Torino del 14 settembre 2011 n. 2583, *cit.*, nonché Trib. Bologna 27 marzo 2012, Trib. Napoli 12 aprile 2012 e Trib. Bari 20 aprile 2012. In questi diversi provvedimenti i giudici sottolineano come la *ratio* dell'art. 19 sia rimasta quella originaria e cioè quella di riconoscere diritti in azienda ai sindacati effettivamente rappresentativi. Pertanto, nonostante la lettera dell'art. 19, la rappresentatività effettiva può essere desunta anche da indici diversi dalla firma del contratto; il dato materiale della sottoscrizione non sarebbe quindi necessario quando l'effettività dell'azione si manifesti in altro modo (nel caso di specie nella partecipazione alla dialettica delle parti ai fini della stipula del contratto anche qualora questa si risolve nella scelta di non sottoscrivere quel contratto). Da segnalarsi il diverso percorso seguito dal giudice di Larino che arriva a legittimare la richiesta della FIOM di costituire rsa in azienda argomentando sulla non corretta disdetta del ccnl del 2008, sottoscritto anche da FIOM, e sulla sua persistente vigenza ed efficacia per un altro quadriennio (Trib. Larino del 23 aprile 2012).

<sup>21</sup> Cfr. Trib. Milano 3 aprile 2012, Trib. Lecce 12 aprile 2012, Trib. Torino 13 aprile 2012, che sottolineano come compito del giudice sia quello di interpretare una norma, ma non di riscriverla.

<sup>22</sup> Cfr. ESPOSITO, NATULLO, *op. cit.*, p. 146.

<sup>23</sup> V. l'ordinanza del Tribunale di Modena del 4 giugno 2012 che solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, per contrasto con gli articoli 2, 3 e 39 della Costituzione, nella parte in cui esclude dal diritto alla costituzione di una rsa in azienda quelle sigle sindacali che pur avendo partecipato alle trattative per la stipula del contratto non lo abbiano poi sottoscritto.

<sup>24</sup> Sul punto si v. la preziosa analisi proposta da CARINCI E, *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 144/2012, p. 1 ss.

matica è l'ipotesi di un datore di lavoro che potrebbe addirittura evitare l'ingresso di qualsiasi sindacato in azienda non avendo obbligo di sorta ad applicare o a sottoscrivere alcun contratto.

3) Sul futuro. È del tutto evidente che la FIAT sia proiettata verso una completa aziendalizzazione delle relazioni sindacali. Tuttavia, per quanto la tendenza al decentramento contrattuale sia diffusa e trovi consenso a livello generale e non solo in Italia, anche da questo punto di vista, l'approdo dell'azienda torinese nei summenzionati contratti di Pomigliano e Mirafiori è *tranchant*. Al riguardo l'attenzione ricade, in particolare sul raffronto con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, dove le aperture alla contrattazione aziendale sono sì forti, ma pur sempre inserite in un più ampio impianto contrattuale (ma su questo si tornerà); ora preme invece sottolineare come l'accordo del 2011 sia il frutto di una scelta *condivisa da tutte le maggiori confederazioni*: pertanto, presumibilmente, orienterà, sensibilmente, le future relazioni sindacali; e ciò, ad avviso di chi scrive, nonostante il successivo art. 8 del d.l. 138/2011.

L'insieme di queste ragioni, seppure accennate, appaiono sufficienti a dubitare che dalla vicenda FIAT possano sorgere nuove feconde dinamiche sindacali. Pertanto è opportuno spostare l'attenzione sull'appena menzionato accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

### 3. *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: un primo passo verso la condivisione di nuove regole*

Da più parti si auspicava che fossero le stesse parti sociali ad elaborare nuove regole in grado di gestire efficacemente la difficile fase in corso del nostro sistema di relazioni industriali, caratterizzata, come già si è detto, dalla decisa frattura registrata tra le maggiori confederazioni sindacali. Ciò è accaduto con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

Questo pare la risposta non scontata o "migliore", ma, semplicemente più consona alla storia delle nostre relazioni sindacali, in cui "da sempre" si è assistito alla produzione delle regole secondo la logica dell'ordinamento intersindacale (anche se non può essere considerata la soluzione definitiva per le ragioni che si diranno a breve).

Dell'accordo siglato il 28 giugno 2011<sup>25</sup>, oltre a rimarcare la già segna-

<sup>25</sup> Per un puntuale esame dei contenuti e dei più significativi nodi interpretativi v. CARINCI F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?* in *ADL*, 2011, p. 458 ss.;

lata *spinta* verso il decentramento – seppure “guidata” dal centro<sup>26</sup> – determinata dalla consapevolezza della necessità di cogliere le *diversità* degli interessi, preme dare rilievo alla particolare attenzione dedicata alla questione dell’efficacia dei contratti aziendali (sempre nell’ottica di procedere per questioni emblematiche).

Le parti si preoccupano di garantirne l’efficacia per tutto il “personale in forza” (qui, sia detto per inciso, l’espressione è propria di una legge) e per le associazioni sindacali firmatarie operanti all’interno dell’azienda (espressione, questa, invece tipica di un accordo), nonché la c.d. esigibilità degli impegni assunti negli stessi contratti sia pure non riferita ai singoli lavoratori (punto 4).

Nella consapevolezza del difficile ruolo da svolgere e della necessità di garantire scelte il più possibile condivise, i sindacati hanno dunque individuato precisi strumenti idonei ad assicurare la tenuta delle decisioni assunte e gestire l’eventuale, ma pur sempre naturale, dissenso<sup>27</sup>. Strumenti che mostrano attenzione alla delicata operazione di “sintesi” della pluralità degli

PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull’accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 2011, p. 451 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 D.L. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *ADL*, 2011, p. 1224 ss.; TREU, *L’accordo 28 giugno e oltre*, in *DRI*, 2011, p. 613. Da ultimo, CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. 138/2011*, Ipsoa, 2012.

<sup>26</sup> È infatti necessario che il contratto collettivo nazionale deleghi al contratto aziendale le materie su cui quest’ultimo può intervenire (sottolineano il vincolo più stringente sotteso all’utilizzo del termine delega rispetto a quello di rinvio ricavandone un’esaltazione del principio gerarchico tra i diversi livelli contrattuali, tanto SANTORO - PASSARELLI G., *Accordo interconfederale del cit.*, p. 1229, quanto TREU, *op. cit.*, p. 619.). Inoltre, la possibilità di definire intese modificative delle regolamentazioni contenute a livello nazionale può avvenire solo nei limiti e nel rispetto delle procedure stabiliti dal contratto collettivo nazionale (e la scelta dell’espressione “intese modificative”, rispetto al termine deroga ricorrente in tutta la contrattazione del 2009-2010, sottenderebbe alla precisa scelta da parte della CGIL di sottoscrivere un nuovo sistema di regole e di non aderire a quello da essa non condiviso, così MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l’accordo*, in *LD*, 2011, p. 454). Qualora, invece, non ci sia rinvio ed in attesa dei rinnovi contrattuali, occorre un’intesa con le oo.ss territoriali delle confederazioni che hanno firmato l’accordo interconfederale e solo per specifici ambiti puntualmente definiti nell’accordo stesso.

<sup>27</sup> Evidenzia come nell’attuale sistema di relazioni sindacali, la struttura e la funzione della rappresentatività, non siano più riconducibili ad una qualità politico-sindacale del sindacato, bensì ad una tecnica di calcolo per misurare il consenso maggioritario e “cooptare” il consenso, BAVARO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali*, in questa rivista, 2012, spec. p. 47 ss.

interessi nei diversi contesti, e che, non a caso, si differenziano in funzione della forma di rappresentanza presente nelle singole realtà produttive<sup>28</sup>.

Qualora intervengano le rsu, elette secondo le regole interconfederali vigenti, è infatti richiesta la *maggioranza* dei componenti. Così facendo, per il meccanismo alla base della costituzione di queste rappresentanze, dovrebbe essere garantita una reale partecipazione democratica dei lavoratori alle scelte assunte con un immediato rafforzamento della democrazia rappresentativa (sebbene, come a tutti noto, la logica elettorale è in parte inficiata dalla riserva del terzo<sup>29</sup>).

Se invece entrano in gioco le rsa, costituite *ex art.* 19 dello Statuto – evidentemente anche in virtù della complessa già ricordata questione sottesa alla norma – le parti sociali, facendosi per così dire “carico del problema”, stabiliscono, in capo a quei soggetti, l’onere di dimostrare un’effettiva rappresentatività. Ciò avverrà attraverso il criterio delle deleghe, in quanto “le associazioni sindacali nel cui ambito le rsa risultano costituite, singolarmente o insieme ad altre, dovranno essere destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell’azienda nell’anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione”. Inoltre, per conferire più solida legittimazione democratica alla disciplina, si stabilisce che il contratto potrà essere sottoposto a referendum.

Al riguardo è il caso di osservare come l’istituto del referendum – il cui utilizzo in sede sindacale ha da sempre suscitato invero alcune perplessità<sup>30</sup> – non costituisce, come pure è stato sostenuto<sup>31</sup>, un elemento in grado di determinare, per il sindacato, una fuga dalle proprie responsabilità, o un indebolimento della sua autonomia negoziale<sup>32</sup> con il rischio, per ec-

<sup>28</sup> Pur condividendo la soluzione adottata, “specialmente per la scelta del metodo democratico e del principio maggioritario”, rileva alcune criticità, in riferimento tanto alla possibile carenza della maggioranza assoluta dei lavoratori in azienda, quanto a taluni dubbi interpretativi legati alla coesistenza in azienda di rsa e rsu, ZOLI, *Dall’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all’art. 8 del d.lgs. 138/2011*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 150.

<sup>29</sup> Anche se, nell’intesa allegata all’accordo, sembrerebbe si possa ritornare sul punto. Sulle criticità di questo ritorno e dei suoi possibili limiti, v. CARINCI F., *L’accordo interconfederale cit.*, p. 468 ss.

<sup>30</sup> V. per tutti, le riflessioni critiche proposte da CARUSO, *Rappresentanza e consenso*, FrancoAngeli, 1992.

<sup>31</sup> Cfr. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, I, p. 29 ss.

<sup>32</sup> TOSI, *L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) ricomposizione del sistema contrattuale*, in ADL, 2011, p. 1213.



cessivo omaggio alla democrazia c.d. diretta, di finire, alla stregua di una certa politica, ostaggio degli impulsi ondivaghi dei sondaggi. Guardando le regole dettate dall'accordo per l'indizione del referendum (da almeno una delle oo.ss firmatarie dell'accordo o almeno il 30% dei lavoratori dell'impresa), per la validità della consultazione (50% più uno degli aventi diritto al voto) e per l'approvazione dell'intesa (maggioranza semplice di votanti), si direbbe, piuttosto, che esso sia un modo per verificare un effettivo e generale consenso, in grado di legittimare adeguatamente la difficile operazione di sintesi dei diversi interessi individuali, che il singolo lavoratore non è certo in grado di fare né è chiamato a fare, ma che può sicuramente valutare allorché gli si offre una piattaforma contrattuale in cui quella operazione è già stata effettuata da altri deputati *naturalmente* al compito<sup>33</sup>.

Né sembrano di ostacolo a questo ragionamento le pur comprensibili preoccupazioni di chi, richiamando la giurisprudenza costituzionale, ricorda che “il referendum funziona offrendo esiti democraticamente attendibili solo se il voto è reso libero per singoli quesiti omogenei chiari e univoci”<sup>34</sup>, perché tali indicazioni devono essere necessariamente *riadattate* alla funzione che esplica il contratto collettivo. Esso, per sua natura, è il risultato di una articolata e delicata mediazione complessiva, per cui è solo sul prodotto finale che si può essere chiamati a dare o a negare il proprio consenso.

#### 4. Le “questioni” non risolte dall'accordo

L'accordo del 2011, pur avendo un indubbio valore, non risolve tutti i problemi, non è la panacea. In particolare, infatti, esso, come già evidenziato dai primissimi commenti<sup>35</sup>, non può garantire la *completa* efficacia e l'esigibilità del contratto collettivo<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Esalta l'importanza dell'istituto del referendum quale strumento di “verifica dell'effettivo gradimento da parte dell'insieme dei lavoratori dei contenuti e dell'accordo raggiunto”, propendendo per un suo utilizzo anche qualora i contratti vengano stipulati da rsu, ALLEVA, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *RGL*, 2011, p. 634.

<sup>34</sup> V. ANGIOLINI, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, Opinioni a confronto*, in *RGL*, 2011, pp. 678-679.

<sup>35</sup> V. ICHINO e PESSI, ne *Il Sole 24 Ore* del 1 luglio 2011. Evidenzia il rischio di costruire un nuovo sistema di diritto sindacale sulla sabbia, ALLEVA, *op. cit.*, p. 630.

<sup>36</sup> Per l'analisi di ulteriori “carenze” rinvenibili nell'accordo, specie in riferimento ai rapporti “irrisolti” con i precedenti accordi del 1993 e del 2009, v. le osservazioni di ZOLI, *op. cit.*, p. 137 ss.

L'accordo – oltre a non dissipare le spinose questioni più contingenti sollevate dal caso FIAT<sup>37</sup> – di sicuro, restando pur sempre un atto negoziale, non esplica i suoi effetti nei riguardi dei lavoratori che, in qualche modo, non esprimono rispetto ad esso consenso<sup>38</sup>. Così come non risolve il problema dell'eventuale dissenso da parte di sindacati non aderenti alle tre sigle firmatarie. Né garantisce che una delle parti, in un prossimo futuro – come la stessa storia delle nostre relazioni industriali insegna –, decida di non riconoscersi più nei contenuti del patto sottoscritto.

L'accordo è strutturato in maniera da funzionare solo in presenza di una forte coesione tra le tre grandi confederazioni: assai significativa sul punto, è la regola secondo cui le clausole modificative assunte in sede aziendale, qualora non previste a livello nazionale, sono sì possibili ma solo in caso “d'intesa tra le organizzazioni territoriali firmatarie dell'accordo” (punto 7 dell'accordo).

Nella stessa logica, più in generale, non è assolutamente da sottovalutare quanto l'esperienza storica trasmette con chiarezza: cioè che un modello di relazioni sindacali del tutto “autonomo” ha mostrato i suoi limiti, specie nel momento in cui la frizione tra gli interessi diventa sempre più intensa ed è pertanto più difficile adottare soluzioni condivise. In un quadro legislativo contraddistinto dall'anomia<sup>39</sup>, quando l'“autonomia” non riesce a ricomporre più l'interesse collettivo, il principale strumento giuridico a cui si ricorre – e la vicenda Fiat ne è l'ennesima conferma – è inevitabilmente rappresentato dal diritto privato, che, mai come ora, rivela tutta la sua inadeguatezza a mettere ordine in un pluralismo sindacale che

<sup>37</sup> Non essendo, comprensibilmente, dotato di efficacia retroattiva. Sulla questione è poi intervenuto l'art. 8, d.l. 138/2011: “Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori”. Sulla incerta legittimità di tale disposizioni cfr. PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, pp. 32-34.

<sup>38</sup> Cfr. sul tema le considerazioni di GHERA (*La riforma della rappresentanza sindacale nel protocollo di luglio e nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in GHERA, BOZZAO, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro*, Roma, 1994, p. 9) espresse, a ridosso della stipulazione del Protocollo del '93, in merito ai contratti stipulati dalle rsu.

<sup>39</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im) possibili nel diritto sindacale*, in questa rivista, 2011, p. 1 ss.; CELLA, TREU, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, il Mulino, 2009, pp. 33-35; ZOPPOLI A., *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità*, in questa rivista, 2007, p. 337 ss.

oggi forse, proprio per l'assenza di regole certe, comincia ad assumere profili patologici<sup>40</sup>.

Sicché, dinanzi alle indiscutibili più recenti concrete difficoltà di giungere a sintesi condivise degli interessi collettivi e alle inevitabili strette ripercussioni su interessi generali o diffusi – forse mai tanto avvertita come in questo periodo (in cui è davanti a tutti la profonda crisi del nostro sistema Paese) – è veramente arrivato il momento di superare l'“immaturità regolativa” nel nostro sistema di relazioni sindacali. Insomma, il pensiero di coloro i quali, in verità da tempo, sostengono che siamo alla fine di un diritto sindacale a bassa densità regolativa e sulla conseguente necessità di “un solido apparato legale”<sup>41</sup>, nella vicenda FIAT trova una robusta conferma.

#### 5. (Segue) *Le ricadute sul contratto collettivo aziendale*

È probabilmente superfluo osservare che la strada da percorrere per costruire un sistema di regole eteronome è resa ancora più accidentata dai noti vincoli costituzionali con cui siamo chiamati a confrontarci. Strada, questa, che è da attraversarsi anche qualora l'attenzione sia concentrata sul solo contratto aziendale. Infatti, quest'ultimo non è esente dall'applicazione dell'art. 39 Cost.<sup>42</sup>.

Basti in proposito rammentare la nota sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 della l. 223/91, in cui la Consulta, anziché “sbarazzarsi” della questione argomentando proprio dall'estraneità del contratto collettivo aziendale dall'art. 39, co. 4, ritenne di ricorrere all'assai più complessa teoria del c.d. contratto gestionale. Ricordiamo tutti bene come la Corte, in quella

<sup>40</sup> Cfr. BELLAVISTA, *Contrattazione separata*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., p. 57 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *ibidem*, p. 83 ss.

<sup>41</sup> Così, lucidamente, RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 263. Per la necessità di un intervento legislativo, anche alla luce della vicenda FIAT, si esprime, tra gli altri, LISO, *op. cit.*, p. 341; PESSI *Contrattazione in deroga*, in *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., p. 27 ss.; ZOPPOLI L., *Il “caso Fiat” e il sistema di relazioni industriali italiano: trasformazioni socio-culturali e politica del diritto* in *Economia e Lavoro*, 2011, p. 23 ss. Di parere contrario LIEBMAN, *Sistema sindacale “di fatto”, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *ADL*, 2011, p. 1281 ss.

<sup>42</sup> La compatibilità dell'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale con l'art. 39 della Costituzione è questione alquanto dibattuta e complessa. Per un ampio esame delle diverse teorie cfr. per tutti, LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, p. 21 ss.

occasione, ebbe modo di precisare che gli accordi *ex art. 5, l. 223/91* non appartengono alla specie dei “contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall’art. 39, destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese”<sup>43</sup>.

D'altronde ampia parte della dottrina ritiene che “la nozione stessa di categoria *sia da intendersi* in necessaria armonia con il principio di libertà sindacale, come il mero perimetro della comunità professionale assunta a riferimento dell’azione sindacale, senza necessità dunque di ancorarla a riferimenti merceologici o territoriali ovvero a nozioni rinvenibili in *rerum natura* e preesistenti all’azione sindacale”<sup>44</sup>. Pertanto la lettera della norma non costituisce un vincolo per l’interprete, che può agevolmente rinvenire la comunità di riferimento della indicazione costituzionale anche in quella dei lavoratori di una singola impresa.

La questione, in effetti, può trovare una soluzione meno complicata di quanto si pensi se si condivide quanto sostenuto da quella parte della dottrina, che, senza arrivare a proporre l’abrogazione o la riscrittura dell’art. 39, ne suggerisce un’interpretazione di tipo non letterale quanto piuttosto storico-evolutiva<sup>45</sup>. Operazione per la quale si potrebbero recuperare proprio le indicazioni contenute nell’accordo del 2011, dirette a misurare la rappresentatività dei soggetti legittimati a stipulare contratti aziendali. Quelle regole, infatti, mirano a verificare, attraverso un criterio maggioritario, che vi sia una rispondenza tra l’operato di chi stipula i contratti e le richieste di coloro per i quali, poi, quell’atto sarà vincolante. La *ratio*, nella evidente istanza di legittimazione democratica, pare la medesima dell’art. 39 Cost., al di là della formulazione letterale della norma costituzionale, riferita al solo dato associativo<sup>46</sup>.

Un meccanismo che le parti sociali cercano “indirettamente” di proporre anche per il contratto collettivo stipulato a livello nazionale, sulla

<sup>43</sup> Nei medesimi termini, da ultimo si esprime anche LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso AIDLASS, Pisa, 7 e 8 giugno 2012, p. 28 ss. del datiloscritto.

<sup>44</sup> Così, BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi FIAT del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 124/2011, p. 11, riprendendo uno scritto di MANCINI del 1963.

<sup>45</sup> ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in AIDLASS, *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di Foggia-Baia delle Zagare 25-26 maggio 2011*, Giuffrè 2002, pp. 252-253.

<sup>46</sup> LECCESE, *op. cit.* spec. pp. 28-32.

scorta, tra l'altro, di una esperienza già conosciuta nel nostro sistema giuridico nell'ambito del lavoro pubblico. Un'esperienza in cui, quando si è aperta compiutamente la porta alla contrattazione collettiva per la regolazione dei rapporti di lavoro, il legislatore ha introdotto specifiche regole, generando un sistema che sinora ha garantito una certa tenuta.

Queste regole rivelano una somiglianza con quelle dettate nell'accordo interconfederale del 28 giugno, laddove le parti hanno stabilito che per la legittimazione a negoziare è necessario che la rappresentatività di ciascuna organizzazione risulti da una ponderazione tra il dato associativo e quello elettorale (così come avviene nel pubblico, con qualche incertezza sull'espressione utilizzata per quanto concerne la soglia che non deve essere inferiore al 5% nel pubblico, mentre deve superare il 5% nel privato)<sup>47</sup>. Nell'accordo tuttavia, a differenza del lavoro pubblico, non si rinviene alcuna regola per quanto concerne la verifica della rappresentatività ai fini della sottoscrizione dei contratti collettivi<sup>48</sup>. Né si dice alcunché sulla loro efficacia; in questo non vi è differenza rispetto al pubblico, dove però – come noto – sussistono alcune peculiarità normative che hanno consentito di arginare il vuoto legislativo, producendo una sorta di efficacia “indiretta” dei contratti (si pensi, in particolare, all'unicità del datore di lavoro assicurata dall'ARAN).

#### 6. Le “nuove” regole legali: i “contratti di prossimità”

E veniamo, infine, all'art. 8 del d.l. 138/2011<sup>49</sup>, l'ultimo degli eventi lungo il quale si è sviluppato idealmente il percorso di questo scritto.

Anche se, com'è si è giustamente osservato, la norma è stata sostanzialmente congelata dalla clausola aggiunta il 21 settembre 2011 in sede di

<sup>47</sup> Sulla certificazione finalizzata al funzionamento della contrattazione nazionale di categoria, pur ritenendola una “novità rilevante”, evidenzia i caratteri di lacunosità, ambiguità e di incerta attuazione, SCARPELLI, *L'accordo interconfederale*, cit., p. 645.

<sup>48</sup> Propendono comunque per l'adozione del principio maggioritario, stante la formalizzazione e certificazione dei dati di rappresentatività, MISCIONE M., *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in LG, 2011, p. 654; SCARPELLI, *L'accordo interconfederale*, cit., p. 647.

<sup>49</sup> Sono già numerosi gli interventi della dottrina su questa nuova disposizione, da ultimo v. LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in DLRI, 2012, p. 453 ss.; NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in DLRI, 2012, p. 467 ss.; LECCESE, *op. cit.*, cui si rinvia anche per una completa bibliografia.

firma definitiva dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e, poi, sembrerebbe essere stata del tutto dimenticata nella tortuosa vicenda della riforma del mercato del lavoro<sup>50</sup>, la sua portata "dirompente" per il diritto del lavoro impone, nell'economia di queste riflessioni, almeno qualche considerazione su due questioni di fondo. La prima è legata al metodo con il quale si è giunti al provvedimento; l'altra riguarda il merito.

Sul metodo. Non si può condividere l'attribuzione, al contratto aziendale, del potere di derogare, non solo a norme del contratto collettivo nazionale ma anche a disposizioni legislative, senza, peraltro, un opportuno e necessario dibattito preventivo<sup>51</sup>. Si tratta di una tecnica completamente estranea allo sviluppo del sistema di relazioni industriali italiano e ai valori fondanti il nostro ordinamento giuridico. Si è intervenuti, infatti, sulla struttura ed efficacia del contratto senza minimamente coinvolgere i diretti interessati, che – non va affatto trascurato – avevano appena individuato regole comuni proprio sulla struttura della contrattazione collettiva; regole, che nonostante siano esplicitamente richiamate dall'art. 8, risultano ispirate a principi e logiche piuttosto diversi<sup>52</sup>.

Sul merito. Tralasciando del tutto il piano esegetico, è utile sottolineare i possibili e molteplici profili di illegittimità costituzionale della norma. *In primis* rispetto alla seconda parte dell'art. 39, giacché al contratto aziendale viene riconosciuta un'efficacia *erga omnes* secondo regole diverse dalle indicazioni costituzionali<sup>53</sup>. Anche qualora si volesse tentare di superare questo profilo di illegittimità – sulla scia di quella dottrina che riconduce gli accordi di prossimità ai contratti gestionali<sup>54</sup>, oppure, sulla base del principio di maggioranza insito nell'art. 39 Cost. provando a "salvare" per lo

<sup>50</sup> Così, CARINCI F., *L'art. 19, cit.*, p. 13.

<sup>51</sup> Nello stesso senso cfr. SCARPELLI, *L'accordo interconfederale, cit.*, p. 642.

<sup>52</sup> Sul punto v. anche le osservazioni di FERRANTE, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, Opinioni a confronto*, in *RGL*, 2011, p. 665, che considera l'art. 8 del d.l. 138/2011 del tutto estraneo alla logica dell'accordo e anzi lo colloca in evidente antitesi rispetto al voluto collettivo. Un'ulteriore conferma delle profonde differenze tra i contenuti dell'art. 8 e quelli dell'accordo del giugno 2011, può essere ricavata dal fatto che l'autonomia collettiva risulta espropriata nella sua funzione essenziale di definire il campo di applicazione della deroga, in tal senso cfr. PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>53</sup> CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto legge n. 138/2011*, in *ADL*, 2011, p. 305 ss.

<sup>54</sup> Cfr. PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 40.

meno i contratti siglati dalle rsu<sup>55</sup> –, vi sarebbero altri profili di illegittimità con cui fare i conti: segnatamente, la violazione del principio di libertà sindacale<sup>56</sup>, del principio di eguaglianza<sup>57</sup>, nonché l'indicazione di cui all'art. 117 Cost., lett. m) in merito alla determinazione dei livelli essenziali e delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale<sup>58</sup>.

Insomma, più di uno e di indubbio peso sono i punti deboli dell'intervento legislativo.

### 7. *A mo' di conclusione*

In definitiva, la strategia della Fiat, tutta concentrata sul livello aziendale, non può certo dirsi che, per l'impresa torinese, abbia generato nuove virtuose dinamiche sindacali. Al tempo stesso, però, evidenziando ancora una volta quanto sia lacunoso dal punto di vista normativo il nostro sistema di relazioni sindacali, ha contribuito a rendere ancora più fertile il terreno in cui, da anni, ormai, sono maturate le istanze verso un intervento legislativo diretto a regolarlo.

La stessa giurisprudenza, a ben riflettere, chiamata più volte in questi ultimi mesi a dirimere controversie riferite proprio al caso Fiat, ha avvalorato questa necessità. Essa, infatti, ha mostrato una spiccata e decisa sensibilità rispetto alle tematiche “sindacali” (artt. 19 e 28 St. lav.), piuttosto che su altre questioni di eguale importanza e puntualmente sottolineate nei ricorsi introduttivi dei diversi giudizi. È come se il vuoto legislativo nel sistema di relazioni sindacali, spingendo i giudici ad un significativo sforzo interpretativo, li avesse portati alla fin fine ad evidenziare – forse nella ricerca di un delicato compromesso e chissà quanto consapevolmente – le carenze legislative e a posporre paradossalmente, invece, la riflessione concernente gli ambiti dove più solido è il quadro normativo.

<sup>55</sup> Fermo restando che comunque rimarrebbe il problema della riserva del terzo. Sviluppo questo tipo di lettura, LECCESE, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>56</sup> CARINCI F., *Al Capezzale del, cit.*, p. 43 ss.; FERRARO, *op. cit.*, p. 305.

<sup>57</sup> V. PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 8; ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in *Il Manifesto* del 25 settembre 2011; RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza & Libertà* dell'8 settembre 2011.

<sup>58</sup> ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.D.S.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 134/2011, p. 25 ss.; CARINCI F., *Al capezzale del, cit.*, p. 74 ss.; ZOPPOLI A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 131/2011, pp. 22-25.

Peccato che il legislatore, quando ha ascoltato quelle diverse “voci”, intaccando la ormai anacronistica astensione legislativa nel diritto sindacale, lo abbia fatto voltando completamente la testa all’esperienza che ci ha condotto sin qui. E ciò a dispetto anche dell’ultimissimo e rilevante approdo, l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

### **Abstract**

L’A. interviene su alcuni centrali passaggi della recente evoluzione del diritto sindacale italiano originati dal caso Fiat. Nell’analisi si mette in luce come gli sviluppi della vicenda abbiano determinato un quadro normativo assai incerto, da un lato spingendo le parti sociali a “condividere” nuove regole per il sistema di relazioni sindacali, dall’altro facendo “riemergere” la necessità di un intervento legislativo sufficientemente condiviso e solido sul piano della legittimità costituzionale. Necessità, quest’ultima, sostenuta da buona parte della dottrina e avvalorata, secondo l’A., anche dall’interpretazione dei giudici, che nelle diverse controversie relative alla vicenda in questione si sono soffermati prevalentemente sulle tematiche sindacali, lasciando ai margini altre questioni, pure assai rilevanti.

The Author analyses some of the crucial topics of the current evolution of trade union law, originated by the Fiat case. This contribution highlights how the development of that case has produced a very uncertain regulative framework. That framework, on the one side, has induced the social partners to “share” new regulations of the industrial relations system, and, on the other, has made clear the necessity of a new legal intervention that is sufficiently shared and constitutionally legitimate. The last-mentioned necessity is underlined by the majority of the doctrine and, in the Author’s opinion, supported by the interpretation of the judges, who, in the numerous case law concerning those aspects, have prevalently ruled upon trade union matters, putting aside other relevant topics.



## Mario Cerbone

### La legge n. 146/1990 nel prisma dell'effettività\*

**SOMMARIO:** **1.** Finalità dell'indagine e notazioni metodologiche. **2.1.** Le modalità di "regolazione legale dell'auto-regolamentazione sociale" nella l. 146. **2.2.** Gli accordi sulle prestazioni indispensabili ed il loro collegamento *funzionale* agli interessi degli utenti. **3.** L'inedita articolazione bipolare della giurisprudenza: "giudici" e "garanti" al servizio degli utenti nell'impianto originario della legge. **4.** La definitiva emersione della logica giuridico-formale a seguito della l. 83/00: la Commissione regolatrice del conflitto. **5.1.** Alcuni spazi della "delegificazione su base amministrativa in luogo di quella negoziale": a) Le sanzioni individuali. **5.2.** (*Segue*) b) La provvisoria regolamentazione, gli accordi dichiarati idonei ed i diritti degli utenti. **6.** Conclusioni.

#### I. Finalità dell'indagine e notazioni metodologiche

Quando si tenta di tracciare il bilancio di una legge si guarda, anzitutto, all'applicazione giurisprudenziale che ne è scaturita<sup>1</sup>: questa costituisce uno degli indicatori più affidabili per individuare (della legge medesima) il grado di *effettività*, intesa come la rispondenza dei comportamenti adottati in concreto dai destinatari delle norme, rispetto ai comandi che le norme medesime pongono in astratto<sup>2</sup>.

\* Il presente saggio è destinato al Volume "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro", in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> L'assoluta affidabilità dell'indicatore giurisprudenziale si ricava, del resto, dalle considerazioni, svolte anni fa, da CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, 1952, p. 221, proprio con riferimento allo sciopero: le "condizioni e restrizioni di esercizio" del diritto di sciopero, in assenza di un intervento del legislatore, non possono che essere tracciate, sulla base dell'art. 40 della Costituzione, dalla giurisprudenza. Logico corollario di questo assunto è il conferimento alla giurisprudenza di un significativo potere di adattamento interpretativo delle regole dello sciopero.

<sup>2</sup> CATELANI, *Effettività e positività delle norme giuridiche*, in CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 53 ss.

Per la l. 12 giugno 1990 n. 146, così come modificata ed integrata dalla l. 11 aprile 2000 n. 83, siffatta chiave di lettura subisce rilevanti alterazioni, in una duplice prospettiva. La prima alterazione è diretta conseguenza del fatto che la giurisprudenza è chiamata dal legislatore ad una peculiare interazione con le autorità amministrative che intervengono, ognuno in base a modalità predeterminate dalla stessa legge, nella regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali<sup>3</sup>: Commissione di garanzia dell'attuazione della legge (art. 12) e Autorità precettante (art. 8). Si tratta di un'interazione talmente forte da indurre a ritenere, nel linguaggio giuridico corrente, come "giurisprudenziale" in senso atecnico, anche l'intervento amministrativo, specie quello della Commissione di garanzia.

La seconda alterazione scaturisce dal fatto che, al fine di dirimere conflitti ed operare accertamenti sulla legittimità dei comportamenti delle parti, i giudici si misurano con le difficoltà di "mettere le mani" in un sistema di relazioni sindacali (che è poi lo sfondo su cui si stagliano i conflitti e le lotte sindacali), che si caratterizza storicamente per un basso grado di legificazione, a cui corrisponde un'ampia autonomia delle parti, nella fissazione e regolazione dei comportamenti assunti dai soggetti<sup>4</sup>. E sappiamo bene le intersezioni sistemiche di questo discorso, anche alla luce

<sup>3</sup> Si tratta, più in generale, del tema dei rapporti tra Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale, non certo vicino ad un assestamento interpretativo in dottrina. Al riguardo, cfr. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2011, p. 291 ss.; MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *DA*, 2002, p. 181 ss.; CORLETTI, *Autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo*, in CAVALERI, DALLE VEDOVE, DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003, p. 67 ss. Cfr., inoltre, anche se più risalenti, i contributi di D'ALBERTI, (voce) *Autorità indipendenti*, in *EGT*, 1995; CASSESE, FRANCHINI, *L'amministrazione pubblica italiana*, il Mulino, Bologna, 1994.

<sup>4</sup> Tratteggia le caratteristiche storicamente assunte dalle relazioni industriali italiane, TREU, *Il conflitto e le regole*, in *DLRI*, 2000, p. 286 ss., rimarcando come il modello italiano, per almeno due decenni (sino, grosso modo, agli anni '70), si sia contraddistinto più per una sostanziale debolezza (in termini di scarsa continuità e incisività nelle regole, insufficiente autonomia dal sistema politico, ridotta influenza del sindacato sul sistema), che per una dominante conflittualità. A ciò è corrisposta "una rete di regolazione informale, anzi per certi aspetti extra-istituzionale, ma adeguata, anzi per certi versi eccedente rispetto allo scopo di governare un conflitto dall'esito spesso predeterminato". In questa logica, si inserisce naturalmente la classica ricostruzione di Giugni sull'ordinamento intersindacale, di recente posta al centro di importanti sentenze della magistratura del lavoro: v., in particolare, Trib. Torino 16 luglio-15 settembre 2011 n. 2583, in *RGL*, 2012, con nota di LASSANDARI, *Il giudice "equilibrato" e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*.

delle recenti vicende normative (il “fatto nuovo”), con l'intero diritto sindacale e del lavoro<sup>5</sup>.

Orbene, questi due elementi sono assolutamente decisivi per verificare se, in quale misura, con quali modalità ed a quali condizioni, l'applicazione delle regole in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali abbia raggiunto obiettivi di *effettività*, a distanza di oltre venti anni dall'emanazione della l. 146/90 (modificata ed integrata dalla l. 83/00).

Si impone, a questo punto, dunque, in via preliminare, una chiarificazione concettuale del termine “effettività”, assunto come parola-chiave ai fini della nostra indagine. Non è facile racchiudere i significati dell'effettività, in ragione della sua accezione semantica pluridimensionale.

Adottando la teoria della tripartizione – che distingue *effettività-fatto*, *effettività-risultato*, *effettività-principio*<sup>6</sup> –, e partendo dal presupposto che comunque i tre significati si avvicinano l'uno all'altro e vengono spesso utilizzati in connessione tra loro, si potrebbe dire che, dal punto di vista gius-lavoristico, vengono in maggiore risalto i profili che guardano al significato di *effettività* come “possibilità di conseguire un risultato efficace: tanto a favore delle situazioni soggettive dei privati, quanto a favore dell'azione dei pubblici poteri”<sup>7</sup>. Parimenti rilevante è l'accezione di *effettività* come emersione dell’“esperienza giuridica” che va oltre l'idea astratta della validità legale<sup>8</sup>.

Insomma, non si può fare a meno di accogliere il termine con tutte le sue oscillazioni, che lo vedono racchiudere ora la logica giuridico-formale delle pronunzie dei giudici (*effettività giuridica*<sup>9</sup>), ora le direzioni tipiche degli accordi sindacali e delle determinazioni autonomamente assunte dai soggetti delle relazioni sindacali (*effettività sindacale*). Ne viene fuori così

<sup>5</sup> Si fa riferimento alla ricostruzione di LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa, 7-9 giugno 2012, ed al “fatto nuovo” del nostro diritto sindacale, costituito dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, ad opera della l. 14 settembre 2011 n. 148, sulla contrattazione collettiva “di prossimità”.

<sup>6</sup> D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 10 ss.

<sup>7</sup> D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, cit., p. 10.

<sup>8</sup> GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 128 ss.

<sup>9</sup> Esiste un chiaro collegamento tra “effettività” e “giurisdizione”: cfr. le osservazioni di D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, cit., p. 21, con i relativi richiami giurisprudenziali.

un'accezione ibrida del termine, frutto di una meditata sintesi degli interessi in gioco, che, come si vedrà, si dimostrerà molto congeniale al tipo di intervento regolatorio invalso in materia di sciopero nei servizi essenziali, specie attraverso l'attività della Commissione di garanzia.

Sempre per restare sul piano del metodo, poi, non può non rimarcarsi che l'indagine sull'effettività dovrà necessariamente muoversi nella prospettiva storico-giuridica<sup>10</sup>: anzitutto, in quanto la l. 146/90, come si sa, nasce su premesse storiche, nel momento stesso in cui interiorizza metodo e tecnica proposti dalla preziosissima giurisprudenza della Corte costituzionale, chiamata a fornire, sin dai primissimi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, un'autorevole ed alta supplenza al legislatore<sup>11</sup>. In secondo luogo, in quanto lo stesso *iter* procedimentale che ha condotto all'emanazione della l. 146 rivela come le scelte di politica del diritto operate nel 1990 abbiano risentito, non senza travagli, delle peculiari condizioni storico-politiche e sindacali del momento, sino al punto di giungere al risultato di subordinare l'elezione della via legislativa al preventivo consenso ed alla fattiva partecipazione delle parti sociali<sup>12</sup>. Ci si trova, dunque, in en-

<sup>10</sup> Qui si raccolgono le preziose indicazioni di RUSCIANO, *Introduzione*, in LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, Bari, 2008, p. 15, sul metodo storico nell'analisi giuridica in materia di sciopero, secondo il quale lo sciopero "in quanto fenomeno di massa, coinvolgente interessi a largo raggio (specie quando tocca i servizi pubblici essenziali), è particolarmente esposto alle trasformazioni più disparate: da quelle organizzative e produttive a quelle economiche e sociali, a quelle antropologico-culturali e politiche".

<sup>11</sup> È sufficiente ricordare il ruolo decisivo che la giurisprudenza costituzionale ha fornito alla "costruzione" delle regole in materia di sciopero nei servizi essenziali: si pensi alle sentenze n. 123/1962 (C. Cost. 28 dicembre 1962 n. 123, in *GCost.*, 1962, p. 509), n. 31/1969 (C. Cost. 17 marzo 1969 n. 31, in *FI*, 1969, p. 795), n. 222/1976 (C. Cost. 3 agosto 1976 n. 222, in *FI*, 1976, p. 2297), con le quali la Corte costituzionale individua limiti "esterni" al diritto di sciopero, aprendo la via interpretativa alla fissazione del concetto di "servizio essenziale" ed alla enucleazione della tecnica del "contemperamento". Si tratta di un'esperienza storicamente dirompente, che entrerà nel patrimonio genetico della l. 146/90, influenzandone finalità, metodo e tecniche di regolazione. Al riguardo, v. RUSCIANO, *Art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G., *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 11; con particolare riferimento allo sciopero politico, v. RUSCIANO, *Sciopero politico e attività creatrice della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, p. 212 ss.; cfr., altresì, in una prospettiva più ampia, PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 39 ss.

<sup>12</sup> Come noto, la legge nasce sulla base dei lavori prodotti da un autorevole Comitato di giuristi, nominato dalle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative: cfr. il "parere di massima" per le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, trasmesso alle se-

trambi i casi, di fronte a scelte di politica del diritto che mal si comprenderebbero senza prestare la dovuta attenzione al contesto di riferimento.

L'essenzialità di un approccio attento al dato storico-giuridico è ancora più avvertita, infine, quando si tratta di decifrare i significati ultimi delle integrazioni e correzioni apportate alla l. 146 dalla l. 83/00, intervenuta a distanza di dieci anni. Anche la micro-vicenda legislativa e la correlata esperienza applicativa della l. 146 meritano dunque di essere scomposte secondo il metodo storico, tracciando un solco tra il decennio 1990-2000 e quello successivo: l'evoluzione storico-giuridica delle norme in materia dimostra, infatti, come il primo decennio abbia rappresentato una sorta di fase di collaudo (dai tempi lunghi, in verità) delle nuove norme<sup>13</sup>; il decennio successivo, invece, ha consegnato all'interprete l'effettiva fisionomia della *istituzionalizzazione* dello sciopero nei servizi essenziali. E, nei due decenni, come si vedrà, a mutare saranno altresì i rapporti tra giudici e garanti, chiamati entrambi al ruolo di interpreti della normativa.

Sulla scorta di questi elementi, si tenterà pertanto di mettere in luce taluni dei segni più tangibili di questo succedersi di fasi di regolazione, attraverso il filtro della giurisprudenza e, soprattutto, delle decisioni della Commissione di garanzia, assimilabili queste ultime, come brillantemente osservato in dottrina, ad una moderna ed affidabile "giurisprudenza degli interessi"<sup>14</sup>.

## 2.1. *Le modalità di "regolazione legale dell'auto-regolamentazione sociale" nella l. 146*

Le premesse di ordine storico-giuridico appena esposte, in merito al contesto di riferimento della legge del 1990, condizionano il dibattito in

greterie confederali il 18 dicembre 1987, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 353 ss.; TREU, *op. cit.*, p. 298, attribuisce l'insuccesso delle regole autonomamente definite dalle forze sindacali alla capacità di ricatto sugli utenti, proveniente da gruppi di lavoratori posti all'esterno del mondo confederale. Coticché, "a quarant'anni dalla Costituzione si ritorna ad aspettare e a invocare l'intervento della legge, ma questa volta 'a parti invertite' e con intenzioni diverse. A richiederla e a guidarne l'iter sono gli stessi sindacati confederali con un forte sostegno e con piena legittimazione teorica da parte della prevalente dottrina lavoristica. L'obiettivo è di ridefinire le condizioni d'uso del diritto di sciopero per salvarne la sostanza di fronte alle degenerazioni di un conflitto corporativo e irresponsabile".

<sup>13</sup> RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G., *Introduzione*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 5.

<sup>14</sup> RUSCIANO, *Utenti senza garanti*, in LD, 1996, p. 75.

dottrina sulla ricostruzione, in via interpretativa, delle norme poste dal legislatore e, più in generale, sui modelli giuridici di intervento nel sistema di relazioni industriali.

In una non lontana rilettura delle opere di Massimo D'Antona, vengono fissati i punti salienti delle posizioni che si fronteggiano in merito alle forme della istituzionalizzazione del conflitto<sup>15</sup>. Riprendere quel dibattito è decisivo per sistematizzare, in materia, gli interventi della giurisprudenza e della Commissione di garanzia: interventi che, altrimenti, non riuscirebbero a liberarsi dell'intrinseca caratteristica della frammentarietà.

Mettendo a raffronto le tesi dottrinali con l'esperienza applicativa ormai alle spalle, infatti, è possibile tracciare alcune righe di quel bilancio della legge di cui in apertura dello scritto.

## 2.2. *Gli accordi sulle prestazioni indispensabili ed il loro collegamento funzionale agli interessi degli utenti*

La prima riga è quella della interazione tra “legge” e “contratto collettivo”, segnata da un'indiscutibile accentuazione del peso della fonte “eteronoma” su quella “autonoma”: accentuazione evidente con l'emanazione della l. 83/00, ma che, a mio parere, si riscontrava già, sia pure con toni diversi, sin dall'impianto originario del 1990.

La scelta della regolazione legale della materia, pur con tutte le peculiarità legate alla necessità di acquisire il consenso e la condivisione delle parti sociali, è sufficientemente chiara sin dall'inizio, specie sul punto dei rapporti tra legge e fonte negoziale: “è lo Stato a tracciare il canale normativo nel quale viene immessa la contrattazione, come è lo Stato a stabilire la rilevanza degli esiti negoziali, rilevanza che infatti va *ben oltre* (mio il corsivo) quella propria degli accordi nell'ordinamento sindacale autonomo”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Rileggendo Massimo D'Antona, in *DLRI*, 2009, con i contributi di BAYLOS, CARINCI E, CARUSO, DE LUCA TAMAJO, KLARE, LISO, MARESCA, PASCUCCI, ROMEI, RUSCIANO, SCIARRA.

<sup>16</sup> D'ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in *RGL*, 1989, p. 9 ss., nonché in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere, II, Scritti sul diritto sindacale* Giuffrè, Milano, 2000, p. 149. Più di recente, v. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2007, I, p. 410, secondo il quale “è da ritenere, infatti, che la l. 146/90 abbia segnato non la ‘vittoria’ della teoria dell'ordinamento intersindacale, bensì, forse (e al di là della persistente utilità euristica), la sua definitiva obsolescenza. Se Gino Giugni non ha mai negato né l'esistenza né la necessità di ‘comunicazioni’ fra l'ordinamento intersindacale e quello statutale,

In altre parole, il legislatore *utilizza* la fonte contrattuale, persuaso della intrinseca capacità di questa di agevolare il raggiungimento degli obiettivi della legge<sup>17</sup>, ma sempre a condizione che essa riveli appieno la capacità auspicata, facendosi portatrice *negli accordi* degli interessi di *tutti* i soggetti coinvolti nel conflitto, e quindi anche degli interessi generali degli utenti, posizionati al di fuori del perimetro degli interessi collettivo-sindacali e dei lavoratori. Degli accordi sulle prestazioni indispensabili di cui all'art. 2, infatti, la dottrina coglie subito le sfaccettature più peculiari, che allontanano l'accordo in questione dal contratto collettivo "classico", anche per quanto concerne l'annosa problematica dell'efficacia generale<sup>18</sup>.

nella legge in parola esse hanno passato ampiamente il segno, determinando una vera e propria cooptazione del sistema sindacale nel perseguimento di funzioni pubbliche rivolte alla protezione di beni "terzi", che si pongono per definizione al di fuori della naturale dinamica delle relazioni sindacali"; v. inoltre ZOPPOLI A., *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità*, in questa rivista, 2007, p. 359, secondo il quale "il tentativo di collocare parti importanti della l. 146 nell'ordinamento intersindacale ha giocoforza vita breve", in conseguenza di una evidente riduzione del "rilievo dell'approccio empirico, a favore di quello formalista-assiologico". Di segno contrario è la posizione di RUSCIANO, *Legge sullo sciopero e modello neo-istituzionale*, in *DLRI*, 2009, p. 130, il quale rimarca come "la prospettiva pluriordinamentale non solo conservi tutta la sua validità, ma venga anzi valorizzata dal fatto che gli ordinamenti, pur restando distinti e perfettamente identificabili, si intersecano intimamente. Al punto che l'uno realizza i propri fini avvalendosi *anche*, all'occorrenza, degli strumenti dell'altro: fino a compenetrarsi per compensare ciascuno i propri limiti. Così, l'ordinamento statutale realizza il temperamento del diritto di sciopero con gli altri diritti costituzionali mediante la fonte tipica dell'ordinamento sindacale, cioè il contratto collettivo. Ma anche l'ordinamento sindacale si serve dell'ordinamento statutale: grazie all'intervento della Commissione di garanzia – autorità indipendente, tenuta comunque, lo ripeto, a rispettare l'autonomia collettiva – per un verso, si superano eventuali stalli delle trattative (che, in una materia così delicata, rischierebbero di mettere in crisi l'ordinamento particolare) e, per un altro verso, si conferiscono agli accordi sindacali quella efficacia generale e quella inderogabilità che solo l'ordinamento generale può garantire".

<sup>17</sup> Si tratta di ricollegarsi a quella che è la "funzione strumentale" del diritto del lavoro nella l. 146, su cui v. ampiamente PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero*, cit., p. 24 ss. Più in generale, si potrebbe sostenere che si tratti dell'utilizzo di una tecnica di bilanciamento tra "universalità" e "particolarismi" (al riguardo, v. ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva tra universalità dei diritti della persona e particolarismi delle tutele*, Intervento al Convegno su *Vicende del particolarismo giuridico dall'unità ad oggi*, Università di Pisa, 16/17 dicembre 2011).

<sup>18</sup> RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, p. 205 ss., sottolinea la chiara "funzionalizzazione" degli accordi sindacali previsti dalla l. 146/90, espressamente investiti del compito di individuare, anche nell'interesse degli utenti, le prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero; cfr. altresì LOFFREDO, *Contratto collettivo e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in SANTUCCI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 188 ss.

Che questa fosse la direzione normativa era chiaro già al momento dell'emanazione della legge del 1990, prima ancora di attendere la risposta applicativa. In questo senso convergevano (e convergono tuttora) numerosi dati testuali, ricavabili dalla l. n. 146.

Basti pensare che nell'articolo 1, co. 2, e cioè in apertura della legge, il legislatore del 1990 scandisce la *finalità* della legge (“assicurare l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui al comma 1”), da un lato, ed il *metodo/strumento* idoneo a raggiungerla (il “contemperamento tra i diritti” della persona ed il diritto di sciopero), dall'altro lato. La stessa rubrica della legge, a ben riflettere, esalta la differenza di peso dei diritti in gioco, quasi a rammentare che un primo bilanciamento è stato condotto da essa stessa (sottraendolo così alla Commissione), nel momento in cui pone le norme che restringono le modalità di esercizio del diritto di sciopero, a difesa e salvaguardia dei diritti della persona.

L'istituzione di un organismo di garanzia dal carattere trasversale<sup>19</sup>, del resto, portava con sé l'idea di apprestare, per alcuni diritti fondamentali della persona, “una forma rafforzata di salvaguardia e di vigilanza, affidata ad organismi autonomi sottratti al circuito parlamentare e governativo”<sup>20</sup>.

In verità, su questo punto di fondo della legge si è molto discusso in dottrina. Da un lato, si sono registrate posizioni più attente a rintracciare un equilibrio tra i diritti in gioco, evitando il rischio di possibili interpretazioni eccessivamente restrittive del diritto di sciopero<sup>21</sup>. Dall'altro lato, ci

<sup>19</sup> Così viene classificata la Commissione di garanzia *ex* l. 146, in ragione della sua competenza non limitata a singoli comparti, ma proiettata a tutela di interessi pubblici di portata generale (v. GAROFOLI, FERRARI, *op. cit.*, p. 304).

<sup>20</sup> SANTANIello, *L'effettività della funzione di garanzia (le Autorità amministrative indipendenti)*, in CATANIA (a cura di), *op. cit.*, p. 437, sottolinea come “l'ingresso delle istituzioni indipendenti nel sistema giuridico denota come da una concezione di legge generale e astratta, di tradizione liberale ottocentesca, si stia passando alla espansione di formazioni settoriali, frutto di un ordinamento policentrico e pluralista, che pone al centro i valori della persona, ma soprattutto, in materie economiche, gli interessi delle formazioni sociali e dei cittadini, anche come utenti e consumatori. L'aver conferito funzioni normative a istituzioni a connotazione prevalentemente tecnica, non direttamente collegate alle istituzioni rappresentative, comporta il trasferimento di potere decisionale di tutela e garanzia dal circuito politico ad organismi in grado di svolgere un compito regolatorio su determinate categorie di interessi socialmente rilevanti”.

<sup>21</sup> V. RUSCIANO, *Art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 15-16; ROMAGNOLI, *Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale*, in LD, 1991, p. 181; GAROFALO M.G., *Limiti sostanziali e sanzioni nel progetto di legge sulla salvaguardia dei servizi essenziali in occasione di*



sono le differenti ricostruzioni di chi pone l'accento, invece, sui diritti fondamentali della persona, rispetto al diritto degli scioperanti<sup>22</sup>.

A distanza di anni, con l'ausilio del dato applicativo, appare a tutti più chiaro che “non è possibile separare aspetti tra loro compenetrati e strettamente dipendenti l'uno dall'altro: infatti, non è concepibile il raggiungimento del temperamento che, allo stesso tempo, non attui o, quanto meno, si sforzi di realizzare la tutela dei diritti della persona confliggenti con lo sciopero”<sup>23</sup>.

In questa logica, e verrebbe da dire con questa speranza, il legislatore ha istituito la “Commissione di garanzia dell'attuazione della legge”, che, nell'impianto originario, avrebbe dovuto esaltarsi più per la capacità di agevolare le parti nella gestione dell'articolata procedura di formazione degli accordi di cui all'art. 2, che per la cogenza delle sue determinazioni. Un organismo che avrebbe dovuto fungere, non tanto da *Authority* di controllo, quanto piuttosto da “levatrice” degli accordi<sup>24</sup>. In questo discorso, si inscriveva la scelta legislativa di non attribuire all'organismo di garanzia poteri regolatori e sanzionatori diretti: rispetto a siffatta scelta si registrerà, come si vedrà, una forte discontinuità nelle disposizioni della l. 83/00.

A fronte di siffatte ambizioni regolative, la risposta in termini di accordi (dato quantitativo) e di accordi funzionalizzati agli interessi generali, secondo le prescrizioni della legge (dato qualitativo) non è stata soddisfacente<sup>25</sup>. Scriveva Massimo D'Antona nel 1992 che l'ipotesi dello stallo del-

*sciopero*, in *RGL*, 1989, p. 45-46, con riferimento al testo di legge, prima della sua definitiva approvazione parlamentare.

<sup>22</sup> V. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *LD*, 1992, p. 18; CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cacucci, Bari, 1992, p. 120; PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova, 2004, p. 95.

<sup>23</sup> Così RICCI M., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, in *Id.* (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata dalla legge n. 83/2000*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 9.

<sup>24</sup> ROMAGNOLI, *Introduzione*, in BALLESTRERO, ROMAGNOLI, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna - Roma, 1994, p. 41, sottolinea la funzione “maieutica” della Commissione. E come se la Commissione stessa avesse ritenuto che “la garanzia di un'equilibrata attuazione della legge presupponesse da parte sua un'attività mirante a promuovere le condizioni atte a permetterla in un clima di libertà negoziale od almeno ad ostacolare il formarsi di condizioni ad essa sfavorevoli” (così ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 235).

<sup>25</sup> A tal uopo, è sufficiente leggere le periodiche Relazioni della Commissione di garanzia, per rendersi conto di come la scelta del legislatore del 1990 non abbia trovato piena

l'auto-regolazione sociale “doveva essere il punto cruciale, ed è invece il *casus omissus*”<sup>26</sup>. Settori cruciali, come il trasporto ferroviario, aereo e pubblico locale, sono stati per anni governati senza una disciplina su base consensuale, contribuendo così a frustrare pesantemente quel termine di sei mesi che il legislatore pur aveva individuato per l'adeguamento completo alle nuove disposizioni (art. 19)<sup>27</sup>. Anche nel “merito”, gli accordi siglati, pur quando hanno ricevuto la validazione formale della Commissione, il più delle volte a seguito di un'estenuante istruttoria condotta dalla Commissione medesima, si sono rivelati poco incisivi quanto al perseguimento di quegli interessi, di natura pubblica, dei cittadini-utenti<sup>28</sup>. Si è così, giocoforza, ben presto materializzato il passaggio “dalla delegificazione su base consensuale della disciplina dello sciopero ... alla sua delegificazione per via amministrativa”<sup>29</sup>: non tanto, si badi, per una scelta di politica del diritto

attuazione, a motivo della sostanziale inerzia delle organizzazioni sindacali. Dalla lettura della Commissione, a dire il vero, si ricavano anche ulteriori fattori che hanno inciso sul risultato applicativo deludente: anzitutto, la progressiva e, per certi aspetti, eccessiva frammentazione della rappresentanza sindacale, così come la concorrente azione svolta dagli organismi autonomi, “pronti a criticare quella che poteva apparire accettazione di ingiustificati limiti all'esercizio del diritto di sciopero”; così come non vanno escluse le responsabilità della parte datoriale, spesso convinta che in sede di regolamentazione eteronoma sia più agevole imporre limiti all'esercizio del diritto di sciopero (in questi termini, MARTONE A., *Presentazione della relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività della Commissione (1 gennaio 2007 - 31 dicembre 2008)*, in *NLCGS*, 2008, in [www.commissionegaranziasciopero.it](http://www.commissionegaranziasciopero.it), p. 9).

<sup>26</sup> D'ANTONA, “*Chi rappresenta chi*”. *I debiti della X legislatura*, in *LD*, 1992, p. 535.

<sup>27</sup> Come detto, è molto chiara, al riguardo, la posizione della Commissione di garanzia (v. nota 25), che rimarca, senza mezzi termini, le responsabilità sindacali e datoriali, al cospetto invece di un atteggiamento della Commissione molto proteso ad incrementare i momenti di partecipazione dei soggetti sindacali e di trasparenza delle decisioni assunte: cfr. MARTONE A., *Presentazione della relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività della Commissione (1 gennaio 2007 - 31 dicembre 2008)*, cit., p. 9 ss. A conferma di questo dato applicativo così deludente, è sufficiente sfogliare le delibere dei primi anni successivi all'emanazione della l. 146/90, per notare il singolare ripetersi, nel corpo degli atti della Commissione, di “inviti” alle parti a dare attuazione ai precetti legali e convenzionali (particolarmente indicative, al riguardo, sono Comm. Gar. 10 ottobre 1991; Comm. Gar. 23 ottobre 1991, entrambe in [www.commissionegaranziasciopero.it](http://www.commissionegaranziasciopero.it)).

<sup>28</sup> Al punto che qualche studioso ha coniato la formula dell’“accordo che non toglie il conflitto”: così, in riferimento al settore dei trasporti pubblici municipali, ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005, p. 199.

<sup>29</sup> Così ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 235-236: il peculiare linguaggio giuridico ivi adoperato, in ragione della sua indubbia efficacia, viene utilizzato per fissare la rubrica dei paragrafi 2.1. e 5.1.

della Commissione di garanzia, quanto *sic et simpliciter* per la necessità di attuare le prescrizioni di legge<sup>30</sup>.

È stata quindi l'esperienza concreta e applicativa ad indurre, nei fatti, un immediato scolorimento di quell'"etica del consenso"<sup>31</sup> che avrebbe dovuto animare permanentemente (non soltanto nella fase della gestazione della disciplina) i comportamenti reali delle parti sociali, per lasciare spazio ai contrappesi eteronomi, pur previsti nella struttura originaria della l. 146 (in una logica sussidiaria)<sup>32</sup>.

Ovviamente, ciò non sta a significare che il legislatore abbia rinunciato ad individuare nella contrattazione, e più in generale nel consenso delle parti sociali, uno strumento importante per assicurare gli obiettivi generali: è questa pur sempre la convinzione del legislatore, che non a caso appronta, per gli accordi sindacali, un meccanismo davvero peculiare, prevedendo che, in ogni momento, l'accordo possa riprendere vigore se supera il *test* di idoneità e sostituire così la regolamentazione (per questi motivi) provvisoria fissata dalla Commissione. Allo stesso modo, la revoca dello sciopero viene giustificata, come eccezione alla regola legale, in presenza di una composizione negoziale delle contrapposte posizioni, ratificata dalla Commissione<sup>33</sup>.

I meccanismi regolativi della l. 146, anche dopo le modifiche del 2000, insomma, mantengono inalterata la logica negoziale, con un'indubbia attribuzione agli accordi sindacali di una forza particolare, purché essi però si pongano sempre in sintonia con la finalità della legge, e non si pieghino ai tatticismi sindacali o datoriali.

<sup>30</sup> FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in ADL, 2006, p. 131.

<sup>31</sup> ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in LD, 1991, p. 547 ss.

<sup>32</sup> Sull'attività della Commissione di garanzia, con differenziazioni tra i periodi, v. PROSPERETTI, *La Commissione di Garanzia*, in D'ONGHIA, RICCI M. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 43 ss.

<sup>33</sup> Anche nelle delibere della Commissione viene molto utilizzato siffatto schema, basato su un tentativo preliminare di ricerca della soluzione concordata e, in caso di inerzia delle parti, sull'individuazione della soluzione temporanea e provvisoria, in via unilaterale, ad opera della Commissione: cfr., ad esempio, l'"Accordo sui servizi minimi essenziali del 23 novembre 1999, come modificato e integrato dagli accordi del 18 aprile 2001 e 29 ottobre 2001", relativo al settore del trasporto ferroviario, sia nella parte riguardante la revoca dello sciopero proclamato (punto 3.4.), sia in quella afferente alle prestazioni indispensabili del personale addetto alla manutenzione ed alla predisposizione dei "piani di presenziamento" degli impianti interessati dallo sciopero (punto 4.3.2.).

3. *L'inedita articolazione bipolare della giurisprudenza: "giudici" e "garanti" al servizio degli utenti nell'impianto originario della legge*

Un'altra riga importante del bilancio della legge è, in stretta coerenza con l'accentuazione del peso della fonte "eteronoma" su quella "autonoma", quella relativa alla sistemazione degli interventi di controllo *ex post* dei comportamenti delle parti.

Come accennato, tra i vari profili di originalità, sul piano delle tecniche regolative, della l. 146, spicca anche quella che si potrebbe definire come una vera e propria *articolazione bipolare della giurisprudenza*: garanti e giudici si pongono come "moderni probiviri", investiti del ruolo di disciplinare una materia così complessa.

Al riguardo, nell'impianto normativo del 1990, si rintracciano precise sequenze normative, orientate: *a)* ad arginare l'insorgenza dello sciopero (è la parte della prevenzione del conflitto, per la verità debole nel testo originario e poi rafforzata con la l. 83); *b)* a favorire la strada negoziale per la fissazione delle regole; *c)* ad agevolare un contemperamento effettivo dei diritti, immettendo sufficienti dosi di terzietà negli accordi sindacali; *d)* a valutare il comportamento dei soggetti a fini sanzionatori (profilo ampiamente rivisitato con la novella del 2000).

Allo scopo di vigilare su tutti questi passaggi, a loro volta tesi a concretizzare l'obiettivo di rendere effettivi i diritti degli utenti, pur nel contemperamento con il diritto di sciopero, la legge costruisce un sistema a cerchi concentrici, nel quale l'organismo di garanzia, in ragione della vicinanza spazio-temporale ai micro-conflitti, è il primo soggetto chiamato ad intervenire. La Commissione di garanzia si configura anche come la sede concreta in cui le istanze degli utenti, soggetti estranei allo sciopero, possono trovare un'adeguata rappresentanza, rappresentanza (ovviamente non in senso tecnico-giuridico) altrimenti estremamente difficile, in quanto affidata esclusivamente ai canali della tutela giurisdizionale<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Ci si dovrebbe interrogare, infatti, su quali fossero, prima dell'istituzione della Commissione di garanzia *ex l. 146/90*, gli strumenti in mano agli utenti per verificare la legittimità dei comportamenti degli scioperanti e, in caso di accertamento di responsabilità, le possibilità concrete di esperire con successo azioni giudiziarie. Al riguardo, a conferma di un giudizio di scarsa incisività delle precedenti tecniche normative e di inidoneità di queste ad attribuire effettivamente agli utenti "voce in capitolo", nel quadro della dinamica conflittuale, v. DE FALCO, *Gli utenti*, in SANTONI, *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, Jovene, Napoli, 2001, p. 63 ss.; diversa la posizione di BERRETTA, *La tutela giudiziaria dei diritti degli utenti ex art. 7 bis, l. 146/90: un primo bilancio*, in questa rivista, 2004, p. 28, se-

La legge si preoccupa altresì di assicurare un distinto intervento di controllo, sempre amministrativo, per i casi di emergenza che possano mettere a rischio, con pericolo di pregiudizio grave ed imminente, i diritti della persona costituzionalmente tutelati, indicati all'art. 1, co. 1, della legge: e lo fa con la "precezione speciale" di cui all'art. 8, che prevede l'intervento dell'Autorità precettante, con un auspicabile coordinamento con la Commissione di garanzia.

Questa doppia barriera istituzionale, sistemata ai confini tra autonomia negoziale sindacale, poteri datoriali e interessi degli utenti, ovviamente non preclude, in nessun caso, l'esercizio della via giudiziaria, per chiunque riuscisse a dimostrare la lesione di proprie posizioni giuridicamente riconosciute<sup>35</sup>: sarebbe quello giudiziale il cerchio di raggio maggiore, per effetto della maggiore distanza dai fenomeni da giudicare.

Siffatto assetto dimostra come l'intento del legislatore del 1990 non fosse certo quello di aggredire giudiziariamente i comportamenti illegittimi, quanto piuttosto quello di operare un'azione di "civiltà" del conflitto, dialogando con gli stessi attori del conflitto e cercando di condurli su percorsi condivisi.

Tutto ciò spiega perché, agli occhi degli operatori giuridici, la giurisprudenza sulla l. 146 ha sin da subito preso le sembianze di un Giano bifronte: ci sono i garanti che "giudicano" i comportamenti e gli accordi, da un lato, ci sono i "giudici" che decidono le controversie sugli atti della Commissione e sull'osservanza delle procedure di cui alla legge, dall'altro lato.

Senonché, fino al momento in cui si decide di affidare, con espressa previsione, alla cognizione del Giudice del lavoro le controversie (soltanto) in materia di deliberazioni sanzionatorie della Commissione (art. 20-*bis*, introdotto dalla l. 83/00), il contenzioso giudiziario ha avuto una propria connotazione molto asfittica, spostandosi più che altro sull'accertamento della correttezza dell'esercizio dei poteri pubblici e sull'osservanza delle procedure, sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo, e cioè con uno sviluppo processuale, a dire il vero, poco incline ad interpretare il nucleo essenziale delle vicende sindacali e di quelle del rapporto di lavoro.

condo il quale "a prescindere dal formale recepimento della disciplina generale nella legge di settore, le associazioni dei consumatori avrebbero comunque potuto esercitare l'azione ex art. 3 della l. 281/98, in occasione di forme di lotta non rispettose dei limiti al legittimo esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali".

<sup>35</sup> Principio ribadito da Cass. 14 settembre 2000 n. 12150, in *OGI*, 2000, p. 899 ss.

Ciò ha contribuito così a riporre nella Commissione di garanzia le aspettative di avere pronunzie ed orientamenti interpretativi che fossero “di indirizzo” alle parti, proprio in un momento, quello dei primi anni successivi all’emanazione della legge (ma non solo), in cui era necessario sciogliere alcuni nodi interpretativi non sempre al centro dell’intervento legislativo (si pensi, al tema della frammentazione sindacale e quindi alla rappresentanza e rappresentatività sindacale, su cui il dibattito è tuttora aperto, non solo con riferimento alla l. 146)<sup>36</sup>. E ciò proprio perché le determinazioni dei garanti hanno sempre avuto maggiori spazi di manovra, essendo sganciate dalle formali vesti del processo, vuoi amministrativo, vuoi civile, e quindi dalla dinamica tipica del processo, in gran parte fondata sull’assolvimento degli oneri probatori a supporto della propria domanda.

E così, in ragione di questo assetto, il rapporto tra “giudici” e “garanti” effettivamente non ha sofferto, nella prima fase, di particolari problemi, instrandosi, in linea di massima, su posizioni di tendenziale sintonia: come, ad esempio, si è verificato per la vicenda della vincolatività *medio tempore* della “proposta” formulata alle parti dalla Commissione di garanzia, per la fissazione delle prestazioni indispensabili<sup>37</sup>. Anzi, si può affermare che l’esperienza delle delibere, in tema di prestazioni indispensabili/proposta, abbia rappresentato il momento più alto in cui la Commissione ha verificato le condizioni per recuperare la logica negoziale e riportarla nell’alveo della legge. Con quegli orientamenti, i garanti hanno esaurito la propria funzione “maieutica”, raggiungendo il grado di più elevata raffinatezza tecnica delle soluzioni interpretative ed, al contempo, di maggiore apertura verso

<sup>36</sup> Da ultimo, v. CARINCI F., *Il grande assente: l’Art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, p. 333 ss.; BAVARO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali*, in questa rivista, 2012, p. 31 ss.; cfr., inoltre, SANTONI, *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2004, p. 319 ss.

<sup>37</sup> Cfr., in particolare, Cass. 20 marzo 1999 n. 2625, in *MGL*, 1999, p. 596, con nota di SANTONI, *Sciopero, garanzia delle prestazioni ed efficacia della proposta della Commissione*, che afferma esplicitamente l’efficacia “non già meramente propositiva, ma vincolante della suddetta proposta nei confronti delle parti medesime e del giudice che resta vincolato, quanto al giudizio di congruità delle prestazioni indispensabili, dalla valutazione della Commissione”. In senso contrario, però, v. Cass. 15 marzo 2001 n. 3785, in *LG*, 2001, p. 535 ss., con nota di CARINCI M.T., *Il potere di comandata prima e dopo la l. n. 83/2000*, che attribuisce alla proposta formulata dalla Commissione di garanzia, in esito al giudizio di inidoneità dell’accordo di determinazione delle misure minime, non già efficacia vincolante, ma meramente propositiva, sia nei confronti delle parti, sia del giudice, addirittura giungendo a sanzionare, con la declaratoria di antisindacalità, la condotta datoriale che si sia attenuta ad essa.

le parti sociali. Perché, se è vero, da un lato, che sulla proposta il dato normativo è sempre stato debole, e come tale non ha mai autorizzato a virare verso soluzioni regolative che non fossero condivise, non va trascurato, dall'altro lato, che la stessa legge affidava comunque alla Commissione altri poteri di intervento estesi anche al "merito" del conflitto, nonché alle cause di insorgenza.

Per spiegare la sintonia tra giudici e garanti è sufficiente osservare, specularmente, la posizione della giurisprudenza di merito, molto attenta a riconoscere il ruolo terzo ed imparziale della Commissione di garanzia e, conseguentemente, la rilevanza giuridica delle sue decisioni. Gran parte delle pronunzie giurisprudenziali, pur muovendo, in alcuni casi, da premesse diverse e con sfumature argomentative proprie, converge sul risultato interpretativo comune della centralità dell'apporto della Commissione di garanzia nel processo di individuazione delle misure atte ad assicurare i servizi minimi in ipotesi di sciopero<sup>38</sup>.

Ecco quindi che, nel primo decennio, alla regolamentazione specifica posta dai garanti si affianca, e fa sentire il suo peso, non tanto la giurisprudenza ordinaria (che ricopre un ruolo interstiziale) quanto piuttosto quella costituzionale, che interviene a chiarire importanti punti della disciplina, a presidio dell'effettività dei diritti degli utenti.

La Corte costituzionale interviene sul tema degli accordi sulle prestazioni indispensabili (C. cost. 18 ottobre 1996 n. 344)<sup>39</sup>, sull'apparato delle

<sup>38</sup> In questa direzione, v. Tar Lazio, sez. III, 15 settembre 1999 n. 2786, che ritiene che, comunque, la proposta della Commissione di garanzia "può assumere indirettamente un carattere cogente, se, per il persistere del disaccordo delle parti, intervenga un'ordinanza di precettazione nella quale l'autorità precettante rinvia ad essa, appropriandosi dei suoi contenuti"; negli stessi termini, si era già espressa Cass. 6 novembre 1997 n. 10889, rimarcando come la proposta della Commissione costituisca "presupposto indefettibile per l'emissione dell'ordinanza di precettazione". Nella giurisprudenza di merito, la proposta dei garanti, a prescindere dal riconoscimento della sua formale vincolatività, è considerata "presupposto imprescindibile per rendere legittimo il concreto esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali" (Pret. Cagliari 9 giugno 1999, in *RGSar*, 2000, p. 849 ss., con nota di BANO), o, comunque, "parametro essenziale per il successivo controllo giurisdizionale in ordine alla congruità delle determinazioni datoriali" (così Pret. Genova 31 dicembre 1993, in *NGL*, 1993, p. 783 ss.), o, ancora, idonea a "realizzare un equo contemperamento degli opposti interessi" (così Pret. Napoli 9 febbraio 1994, in *MGL*, 1994, p. 21 ss.) e, in ogni caso, "un punto di riferimento sicuramente autorevole" (così Pret. Cremona 19 maggio 1993, in *NGL*, 1993, p. 328 ss.).

<sup>39</sup> C. Cost. 18 ottobre 1996 n. 344, in *GCost.*, 1996, p. 3016 ss. La pronuncia in esame conferisce un indubbio supporto alla tesi della vincolatività *medio tempore* della proposta della Commissione.

sanzioni (C. cost. 24 febbraio 1995 n. 57<sup>40</sup>) e sulle astensioni dalle udienze degli avvocati (C. cost. 27 maggio 1996 n. 171<sup>41</sup>): i giudici costituzionali danno la stura a chiarificazioni normative sugli aspetti che più impattano sulle garanzie degli utenti e lo fanno in quanto l'applicazione della legge che si stava consumando sotto i loro occhi era carente proprio sull'aspetto centrale della disciplina, vale a dire la garanzia effettiva, nel loro contenuto essenziale, dei diritti della persona, coinvolti negli scioperi. Anche in questo caso, quindi, l'intervento giurisprudenziale serve a reindirizzare i comportamenti degli attori verso i principi generali fissati dalla legge. Con quell'operazione interpretativa, la Consulta apre le porte al successivo intervento del legislatore del 2000, specie quando suggella il potere di validazione degli accordi, riconosciuto alla Commissione, con il necessario potere sanzionatorio<sup>42</sup>.

4. *La definitiva emersione della logica giuridico-formale a seguito della l. 83/00: la Commissione regolatrice del conflitto*

Diverso è il discorso all'indomani dell'emanazione della l. 83, che si può dire abbia contribuito a "storicizzare" le caratteristiche dell'attività normativa della Commissione di garanzia. Dopo un primo decennio di supporto alle parti, si assiste ad una nuova fase di regolazione diretta della materia.

In coerenza con la previsione di poteri regolativi (la provvisoria regolamentazione) e sanzionatori diretti per la Commissione, il legislatore modifica altresì, sia pure parzialmente, il riparto di giurisdizione, attribuendo alla cognizione del giudice del lavoro le controversie in materia di delibere sanzionatorie (art. 20-*bis*).

La disposizione – benché foriera di altre questioni applicative, legate fondamentalmente all'inevitabile pregiudizialità logico-giuridica che si instaura tra la delibera in materia di sanzioni (sottoposta al giudice del lavoro) con quella di fissazione delle regole sulle prestazioni indispensabili (sotto-

<sup>40</sup> C. Cost. 24 febbraio 1995 n. 57, in *RIDL*, 1995, p. 738 ss., con nota di CORSINOVI, *La razionalizzazione dell'assetto sanzionatorio configurato dalla legge n. 146/1990 a carico del sindacato*.

<sup>41</sup> C. Cost. 27 maggio 1996 n. 171, in *FI*, 1997, p. 1028 ss.

<sup>42</sup> Sulla sentenza n. 57/95, v. SANTUCCI, *La Corte costituzionale, le sanzioni collettivo-sindacali e la natura del potere sanzionatorio nella l. 12 giugno 1990, n. 146, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RDC*, 1996, p. 612 ss.



posta al giudice amministrativo)<sup>43</sup> –, *prima facie* ha un impatto sulle interrelazioni tra giudici e garanti che si traduce nei termini di un allargamento dell'ambito di operatività del sindacato giurisdizionale, in ragione dei più penetranti poteri, anche istruttori, esercitabili dal giudice del lavoro ai fini dell'accertamento della legittimità dei comportamenti. La disposizione avrebbe dovuto inoltre ingenerare anche un irrigidimento della relazione giudici/garanti, fissata su basi più formalistiche in quanto affidata a meccanismi procedurali rigidamente individuati dalla legge. Il nuovo schema, infatti, proprio perché più procedimentalizzato, si può dire che si caratterizzi per un'inclinazione più forte verso la risoluzione giudiziaria delle controversie o, comunque, verso soluzioni che siano dotate di indubbia autorità. Di sicuro, esso è meno funzionale a favorire soluzioni imperniate su quell'accurato *mix* di regole formali e trama informale dei comportamenti, tipico delle relazioni sindacali. Nella nuova interrelazione tra giudici e garanti si riducono sempre più gli spazi per "mediazioni" sugli interessi delle parti e viene sempre più in risalto la pregnanza dei momenti procedurali e della assoluta rilevanza di questi, ai fini della individuazione delle responsabilità dei soggetti.

Sotto questo aspetto, la coabitazione tra giudici e garanti apparirebbe più difficile da gestire e, rispetto al quadro previgente, meno virtuosa.

Tuttavia, siffatta nuova articolazione degli interventi di controllo, a ben vedere, non svisciva affatto il ruolo della Commissione, ma, più semplicemente, lo sposta su un piano diverso: se è vero, da un lato, che per i giudici aumentano gli spazi di intervento in materia, è vero anche, dall'altro lato, che la Commissione di garanzia mantiene non trascurabili margini di valorizzazione.

È proprio dal versante processuale che paiono ricavarsi le considerazioni più pregnanti al riguardo.

Il sindacato del giudice del lavoro, incentrandosi su deliberazioni adottate dalla Commissione in materia di sanzioni, ha nei fatti uno spazio di

<sup>43</sup> Mette in luce l'assenza di coordinamento interna alla l. 83, quanto ai descritti aspetti della tutela giurisdizionale, D'ONGHIA, *I poteri della Commissione di Garanzia*, in RICCI M. (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit., p. 285. La stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di ribadire che al giudice ordinario è attribuita "unicamente la giurisdizione sulle delibere dell'organo con cui sono irrogate le sanzioni previste dalla lett. i) dell'art. 13 della l. 146/90, restando le impugnative degli altri provvedimenti della Commissione sottoposte alla giurisdizione del giudice amministrativo" (così Tar Lazio, sez. I, 26 giugno 2006 n. 5149; negli stessi termini, v. Tar Lazio, sez. I, 11 marzo 2004 n. 2380).

operatività molto limitato. Tolta l'ipotesi della eventuale pregiudizialità logico-giuridica della delibera di provvisoria regolamentazione (di competenza del giudice amministrativo), il giudice del lavoro si troverebbe a dovere giudicare una delibera (in materia di sanzioni) che scaturisce da un preciso *iter* procedimentale, fondato sul contraddittorio e su un'istruttoria articolata, che è il portato interpretativo dell'esercizio di una discrezionalità tecnica dei garanti. Rispetto al *decisum* della Commissione, si tratta allora di capire se, ed in quale misura, il giudice possa spingersi a verificare (non tanto e non solo) l'*iter* logico-giuridico seguito dalla Commissione, ma anche i fatti e le regole tecnico-scientifiche utilizzate da questa, finendo così per sostituire a quella dell'amministrazione una propria ricostruzione del concetto giuridico indeterminato. Ecco, a me pare che questa profondità del controllo giudiziario non sia consentita e, sia comunque, nei fatti, difficilmente realizzabile, non fosse altro che, come visto, i giudici hanno sempre riconosciuto quantomeno l'autorevolezza delle decisioni dei garanti, anche quando queste ultime comparivano nella forma delle mere proposte. Paradossalmente, si potrebbero rintracciare margini di manovra più ampi per il sindacato del giudice amministrativo sulle delibere della Commissione (non sanzionatorie)<sup>44</sup>.

E comunque, a conferma di questa difficoltà di "entrare" nel merito delle valutazioni tecniche della Commissione di garanzia c'è un'importante previsione normativa, quella di cui all'art. 13, co. 1, lett. a), ultimo periodo, della l. 146, come modificata dalla l. 83/00, nella parte in cui essa – al fine di individuare esattamente le prestazioni indispensabili da recepire nella regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione – fissa dei precisi parametri a carico della stessa Commissione: le prestazioni indispensabili "devono essere contenute in misura non eccedente mediamente il 50 per cento delle prestazioni normalmente erogate e riguardare quote strettamente necessarie di personale non superiori mediamente ad un terzo del personale normalmente utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero, tenuto conto delle condizioni tecniche e della sicurezza".

A parte le pessime caratteristiche stilistiche della disposizione, a parte l'evidente difficoltà di trovare un'applicazione piana della norma per ogni

<sup>44</sup> GAROFOLI, FERRARI, *op. cit.*, p. 344 ss. ed *ivi* per i riferimenti giurisprudenziali in merito al sindacato "forte" o "debole" del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti.

settore, in ragione dell'inevitabile contrasto tra parametri quantitativi e regole organizzative sul funzionamento dei servizi e sull'impiego del personale, mi sembra che la disposizione in oggetto costituisca una concessione soltanto apparente ai fautori di un ridimensionamento del ruolo della Commissione e configuri piuttosto un ulteriore canale normativo che affida direttamente all'organismo di garanzia (non più alle parti sociali, che hanno evidentemente rinunciato ad accogliere la preventiva proposta della Commissione oppure non ne hanno condiviso i punti) il potere di dosare, caso per caso, gli ingredienti della regolamentazione provvisoria, a seconda del contesto di riferimento.

Anzitutto, in quanto la previsione normativa di cui si discorre prevede la possibilità per la Commissione di derogare "per casi particolari", con un obbligo di motivazione, legato alla "necessità di garantire livelli di funzionamento e di sicurezza strettamente occorrenti all'erogazione dei servizi, *in modo da non compromettere le esigenze fondamentali di cui all'art. 1*". Anche la deroga dunque deve riagganciarsi alla finalità della legge, cioè garantire l'effettività dei diritti fondamentali, e non è certo vincolata alle determinazioni negoziali.

I parametri quantitativi disegnati dal legislatore implicano inoltre una grande discrezionalità adattiva da parte del datore di lavoro e, per il tramite di questi, da parte della Commissione di garanzia. È evidente che il concetto di prestazione "normalmente" erogata e di personale "normalmente" impiegato rimanda alle piene prerogative organizzative e direttive del datore di lavoro, come tali suscettibili di variazioni e/o adattamenti sostanzialmente discrezionali o comunque difficilmente sindacabili. Inoltre, è la stessa legge a richiamare le "condizioni tecniche e della sicurezza" quale ulteriore parametro da osservare, con un'indubbia apertura anche qui a scelte e a comportamenti discrezionali, che potrebbero ispirarsi, ad esempio, tranquillamente ora ad un eccesso di cautela ora più semplicemente ad un'applicazione opportunistica della norma. Così come ancora è la legge ad escludere che "quando è necessario assicurare fasce orarie di erogazione dei servizi, questi ultimi devono essere garantiti nella misura di quelli normalmente offerti e pertanto non rientrano nella predetta percentuale del 50 per cento" (art. 13, co. 1, lett. a).

C'è poi un'altra osservazione pratica che induce a ritenere valorizzato, e non ridimensionato, il ruolo della Commissione di garanzia ed attiene alla intrinseca capacità dell'organismo di garanzia, nel momento in cui

emana la provvisoria regolamentazione (su cui v. *infra*), di “fronteggiare situazioni critiche riferibili alla rappresentatività degli agenti sindacali”<sup>45</sup>, utilizzando strumenti e metodi più adeguati, in ragione della maggiore informalità, rispetto a quelli nella disponibilità dei giudici.

Insomma, anche in considerazione di queste prerogative riconosciute dalla legge, il mutamento del rapporto tra giudici e garanti, nei termini descritti, non ostacola *nei fatti* un nuovo protagonismo della Commissione di garanzia.

5.1. *Alcuni spazi della “delegificazione su base amministrativa in luogo di quella su base negoziale”*: a) *Le sanzioni individuali*

La vicenda delle sanzioni a carico dei singoli lavoratori scioperanti è, a mio parere, la dimostrazione più evidente della completa esaltazione del ruolo della Commissione di garanzia e rappresenta il completamento del percorso tracciato dal legislatore.

Colmando un vuoto normativo, la l. 83 stabilisce che, nelle ipotesi di cui all’art. 4, co. 1 (“lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle disposizioni dei commi 1 e 3 dell’articolo 2 o che, richiesti dell’effettuazione delle prestazioni di cui al comma 2, non prestino la propria consueta attività”), la Commissione di garanzia *prescriva* al datore di lavoro di *applicare* le sanzioni disciplinari (art. 13, co. 1, lett. l).

Non senza controindicazioni, si è sostenuto che la disposizione normativa vada intesa come prescrizione al datore di lavoro di avviare la procedura disciplinare a carico dei singoli lavoratori, e non già di applicare la sanzione<sup>46</sup> (come invece scritto). Tuttavia, oltre a rimarcare la difficoltà di ancorare siffatta lettura al tenore letterale della norma – che prevede per il datore un’indicazione vincolante sulla applicazione, e non certo sull’avvio della procedura disciplinare, della sanzione – mi pare che si possano valorizzare altri elementi non sempre tenuti nella debita considerazione.

Anzitutto, non è trascurabile il fatto che la disposizione è posta a chiusura della lett. l), in collegamento logico con il potere di valutazione dei comportamenti delle parti riconosciuto alla Commissione. Ebbene, la valu-

<sup>45</sup> SANTONI, *Rappresentatività sindacale e conflitto nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 338.

<sup>46</sup> Cfr. la ricostruzione di PASCUCI, *Gli orientamenti della Commissione di garanzia dopo la L. 83/2000*, in D’ONGHIA, RICCI M. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 120 ss.

tazione di cui al primo periodo della lett. l) è vero che non è riferibile ai comportamenti dei singoli lavoratori, stante il richiamo all'art. 4, co. 4-*quater*, pur tuttavia un significato lo riveste e cioè serve al legislatore a sancire il possibile collegamento che si può instaurare nei fatti tra valutazione dei comportamenti dei soggetti collettivo-sindacali e comportamento dei singoli aderenti allo sciopero proclamato dall'organizzazione sindacale valutata. Il legislatore cioè è come se si fermasse a considerare (soltanto) l'ipotesi in cui la valutazione del comportamento del soggetto collettivo copre necessariamente anche ogni altro rilievo del singolo scioperante<sup>47</sup>. Soltanto quando questa perfetta simmetria non c'è, allora la disposizione potrebbe essere corretta ed integrata sul piano interpretativo con il recupero delle regole dei procedimenti disciplinari ed, *in primis*, l'osservanza della procedura di cui all'art. 7 l. 20 maggio 1970 n. 300.

In realtà, a parere di chi scrive, è sempre stato chiaro che la scomposizione delle concrete ipotesi di illegittimità dei comportamenti, così come del resto scritto nel comma 1 dell'art. 4, sia in grado di disvelare il carattere meramente teorico della necessità di espletare sempre e comunque la procedura di garanzia di cui all'art. 7 St. lav., non sempre individuandosi i casi in cui ci sia veramente la necessità di seguire l'*iter* procedurale generale.

Del resto, la prima ipotesi presentata dall'art. 4, co. 1 ("lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle disposizioni dei commi 1 e 3 dell'articolo 2"), attribuisce rilevanza disciplinare alla mera violazione delle regole di esercizio dello sciopero proclamato, presupponendo che eventuali doglianze e/o contestazioni sull'elemento soggettivo e sull'intento di violare le regole siano rimesse ai rapporti interni tra sindacato proclamante e lavoratore scioperante. È talmente forte la co-essenzialità tra proclamazione (collettiva) e attuazione (individuale) dello sciopero, che deve dedursi, in via logico-interpretativa, che l'illegittimità dello sciopero non possa che trasferirsi sull'attuazione individuale<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Per una completa ed analitica rappresentazione delle varie ipotesi riconducibili alla legge, si rinvia a CERBONE, *Sanzioni e potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *DLRI*, 2004, p. 712 ss.

<sup>48</sup> Esprime bene siffatta lettura interpretativa App. Milano 23 febbraio 2001, in *OGI*, 2001, p. 21, che ritiene legittima la sanzione inflitta al lavoratore, ai sensi della l. 146/90, che abbia partecipato ad uno sciopero giudicato illegittimo dalla Commissione di garanzia, per violazione della regola del preavviso. Al riguardo, su un altro piano, è di un certo interesse altresì Comm. Gar. 9 maggio 2011 n. 309, nella quale i garanti ricavano dall'istruttoria condotta sui comportamenti dei soggetti collettivo-sindacali precisi elementi probatori per escludere

Diverso il discorso per l'altra ipotesi, e cioè quella dei lavoratori che non prestino la propria consueta attività, benché richiedi dell'effettuazione delle prestazioni di cui al comma 2. Qui si spezza ogni tipo di interrelazione fra un'eventuale valutazione negativa della Commissione del comportamento dei soggetti proclamanti e l'applicazione della sanzione, in via autonoma, da parte del datore di lavoro per comportamenti inadempienti del prestatore di lavoro<sup>49</sup>.

Ancora diversa è l'ipotesi in cui non sia possibile individuare il soggetto promotore: anche qui si pone il problema dell'adattamento delle regole<sup>50</sup>. E la Commissione di garanzia, in materia di sanzioni, ha individuato una soluzione tecnica alla questione, stabilendo che "nel caso di astensioni spontanee collettive dei lavoratori in relazione alle quali non sia possibile individuare il soggetto promotore" essa, qualora riscontri l'illegittimità dell'astensione, *inviterà* il datore di lavoro ad adottare i previsti provvedimenti disciplinari, onerando lo stesso datore di lavoro di comunicare gli esiti della vicenda. Questa specifica ipotesi è infatti fuori dalle previsioni della legge, in quanto si tratta di un caso in cui non c'è possibilità di valutare i comportamenti dei soggetti collettivi<sup>51</sup>. Si assiste allora ad un'inedita scomposi-

la responsabilità dei singoli lavoratori scioperanti, pur in presenza di un'oggettiva violazione della regola del preavviso.

<sup>49</sup> Così, condivisibilmente, MONACO, *I poteri della Commissione di garanzia alla luce degli ultimi interventi dei garanti*, in *RIDL*, 2004, p. 391-392; cfr. inoltre Comm. Gar. 22 aprile 2004 n. 04/292, in [www.commissioneigaranziasciopero.it](http://www.commissioneigaranziasciopero.it).

<sup>50</sup> VALLEBONA, *Sciopero nei servizi essenziali e posizione dei singoli lavoratori*, in *D&L*, 2003, p. 342, ritiene che "in questa situazione, così come in quella di omessa erogazione delle prestazioni indispensabili pur garantite nella proclamazione sindacale, le sanzioni disciplinari previste per i singoli scioperanti dalla legge vigente si sono dimostrate troppo blande per svolgere una seria efficacia dissuasiva di condotte gravemente lesive dei diritti degli utenti".

<sup>51</sup> Questo orientamento è espresso, in particolare, in Comm. Gar. n. 518/08, in tema di astensioni spontanee collettive dal lavoro, in [www.commissioneigaranziasciopero.it](http://www.commissioneigaranziasciopero.it): questa delibera è stata pesantemente criticata in dottrina, proprio quanto al profilo della mancata riconduzione degli scioperi spontanei alla sanzione prevista dall'art. 4, co. 4-bis, della l. 146. Nell'iter logico-giuridico della delibera si registrerebbe una vera e propria battuta di arresto rispetto alle precedenti determinazioni: in questi termini, ZOPPOLI A., *Lo sciopero "spontaneo": l'enigmatico percorso della Commissione di garanzia*, in questa rivista, 2008, sp. p. 674. Sulla questione cfr. altresì PASCUCCI, *Le sanzioni della l. n. 146/1990 e le astensioni collettive delle coalizioni spontanee*, in *NLCS*, 2008. In giurisprudenza, si segnala App. Roma 23 aprile 2012 n. 3685, che, invece, individua la responsabilità solidale del soggetto "Coordinamento Taxi Italiano", quanto alle sanzioni irrogate dalla Commissione, ai sensi dell'art. 4, co. 4, l. 146/1990. V. la predetta pronuncia in questa rivista, con nota di ROMEI, *Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in corso di pubblicazione.

zione dell'obbligo di prescrivere fissato al datore di lavoro dalla legge con l'art. 13, comma 1, lett. l): posto che ci sia l'accertamento dell'illegittimità delle condotte, la Commissione invita ad adottare i provvedimenti disciplinari, previo esperimento delle procedure, e contestualmente prescrive al datore di lavoro di osservare un preciso obbligo di comunicazione, con specifici supporti documentali, quanto agli esiti delle procedure medesime. Il datore di lavoro dovrà quindi motivare adeguatamente in sede di procedura in merito alle ragioni dell'adozione della sanzione e sulla sua entità, oppure, in caso contrario, sull'archiviazione<sup>52</sup>.

La lettura, differenziata in base alle ipotesi, del resto, è in piena sintonia con quanto sinora detto sulla considerazione che “nella legge n. 146 l'imprescindibile punto di riferimento della tutela legislativa non è più o soltanto la posizione del prestatore di lavoro subordinato-contrahente debole che esercita il diritto di sciopero, quanto l'utente dei servizi e ciò vale altresì per la dimensione collettivo-sindacale”<sup>53</sup>. È sempre l'effettività dei diritti degli utenti il baricentro della disciplina legale e lo stesso strumento del potere disciplinare del datore di lavoro viene utilizzato dalla legge in funzione del perseguimento dei fini generali e, quindi, con un'indubbia “funzionalizzazione” rispetto a interessi meta-contrattuali<sup>54</sup>.

La “giurisprudenza” della Commissione di garanzia su questi profili esalta la nuova funzione dei garanti, che si ancora sempre di più, anche nel linguaggio giuridico adoperato, ad una logica “processuale”, fondata sull'allegazione dei fatti e sull'acquisizione delle prove in contraddittorio, sul ricorso a presunzioni e sulla valutazione dei comportamenti processuali delle parti, come tale distante anni luce dal tenore delle prime delibere della Commissione, intrise invece di momenti di ricerca di soluzioni concordate. L'iter argomentativo delle delibere non è più costruito intorno alla ricerca

<sup>52</sup> Comm. Gar. 24 gennaio 2011 n. 48, in [www.commissione-garanziasciopero.it](http://www.commissione-garanziasciopero.it), ma si tratta, come detto, di un orientamento interpretativo già consolidatosi con precedente delibera di indirizzo (Comm. Gar. n. 518/08, già citata in nota 51, ed *ivi* per i rilievi critici). Lo stesso principio è ribadito in altre recentissime delibere: cfr., ad esempio, Comm. Gar. 28 maggio 2012 n. 251, riguardante il settore del trasporto pubblico locale, che trova la sua regolamentazione provvisoria in una delibera della Commissione adottata in data 31 gennaio 2002 n. 13; vedila in [www.commissione-garanziasciopero.it](http://www.commissione-garanziasciopero.it); Comm. Gar. 23 aprile 2012 n. 200, riguardante il trasporto ferroviario, in [www.commissione-garanziasciopero.it](http://www.commissione-garanziasciopero.it); Comm. Gar. 20 febbraio 2012 n. 84, che concerne astensioni dal lavoro di personale addetto all'erogazione di servizi ed alla preparazione di prodotti per le strutture ospedaliere, in [www.commissione-garanziasciopero.it](http://www.commissione-garanziasciopero.it).

<sup>53</sup> PILATI, *op. cit.*, p. 93.

<sup>54</sup> V. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero*, cit.

del consenso e quindi dell'accordo, ma riconosce l'accordo come *uno* dei momenti di costruzione della regolamentazione, altrimenti ricavabile in via unilaterale.

5.2. (*Segue*) b) *La provvisoria regolamentazione, gli accordi dichiarati idonei ed i diritti degli utenti*

La "regolamentazione delle prestazioni indispensabili", da assicurare durante lo sciopero, costituisce un'altra area tematica in cui vengono in risalto le caratteristiche del modello normativo della l. 146.

L'analisi dei testi normativi delle relative delibere potrebbe *prima facie* indurre a ritenere che l'intervento dell'organismo di garanzia, in sostituzione delle parti sociali, sia inesorabilmente affetto da vizi di cerebralismo, a sacrificio di quel sano pragmatismo che soltanto l'accordo avrebbe potuto assicurare<sup>55</sup>. A ben vedere le cose non stanno proprio in questi termini.

Anzitutto, in quanto l'intervento dei garanti ha l'indubbio pregio di "sistematizzare" le discipline settore per settore, spesso ricostruendo le sovrapposizioni normative avutesi nel tempo e definendo chiaramente il campo di applicazione della regolamentazione, secondo criteri teleologici. Si pensi a settori come il trasporto aereo, la cui storia normativa è a dir poco complessa. Qui, per citare un esempio eloquente, l'iniziale proposta della Commissione di garanzia del 23 giugno 1994, è stata integrata prima dall'accordo Alitalia-Intersind, Assaeroporti del 22 luglio 1994, valutato idoneo con delibera del 16 febbraio 1995, poi dall'accordo del 23 dicembre 1998 (Patto sulle politiche di concertazione e sulle nuove regole sindacali per la trasformazione e l'integrazione europea del sistema dei trasporti), con valutazione parziale di idoneità tramite delibera del 25 febbraio 1999, n. 126. Infine, integrato con l'accordo Enav/Filt, Fit, Uilt, Licta, Anpcat, Cisa-Av, Cila-Av, Ugl-Fnt, Assivolo Quadri, Sacta, del 16 aprile 1999, con valutazione parziale di idoneità tramite delibera del 24 giugno 1999, n. 416. Ai fini della certezza del quadro giuridico di riferimento, le delibere della Commissione sono state sicuramente decisive.

In secondo luogo, non va trascurato un altro effetto positivo: la delibera non solo formalizza i passaggi normativi, ma altresì dà atto, in un'ottica di trasparenza, di tutti i comportamenti delle parti sociali, specie di

<sup>55</sup> ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia, cit.*, p. 236.



quelli che comprovano l'indisponibilità a raggiungere l'accordo. La "formalizzazione del dissenso" ha un innegabile valore, etico e giuridico: serve sia per indagare sulle ragioni del dissenso e quindi verificare il carattere strumentale o meno di esso, sia, in una logica più strettamente giudiziaria, per valutare se la condotta delle parti (sindacato e datore di lavoro), si sia ispirata, effettivamente, non soltanto ai canoni generali della correttezza e della buona fede nelle trattative, ma anche ai canoni ermeneutici fissati dal legislatore, quanto al rispetto delle regole in materia di sciopero e all'osservanza di condotte "leali" di confronto.

Quando il confronto sindacale ha sullo sfondo un accordo "funzionalizzato" ad interessi generali, come nel caso di specie, cioè un accordo che può produrre benefici e/o costi, a seconda degli esiti, anche per la collettività, non solo per il datore di lavoro-controparte<sup>56</sup>, allora è corretto ritenere che le stesse parti siano tenute a rispettare precisi obblighi procedurali e di motivazione delle proprie scelte e delle proprie condotte. Si può dire che il *fair play* delle parti sociali è un concetto che nella l. 146, specie dopo le modifiche apportate dalla l. 83, abbia assunto un preciso significato giuridico, per effetto di due disposizioni: a) la prima riguardante la revoca tardiva ed intempestiva dello sciopero, e quindi le conseguenze del c.d. effetto-annuncio, espressamente sanzionato come "forma sleale di azione sindacale" (art. 2, co. 6); b) la seconda riguardante la legittimazione ad agire delle associazioni degli utenti, prevista dall'art. 7-bis, sia nei confronti delle organizzazioni sindacali responsabili di violazioni della normativa (lett. a), sia nei confronti delle amministrazioni, degli enti o delle imprese che erogano i servizi essenziali, nelle ipotesi di inosservanza degli obblighi ad essi incombenti per legge (lett. b)<sup>57</sup>.

Infine, andando più nel merito delle regolamentazioni provvisorie, non può trascurarsi il fatto che la Commissione quasi sempre immette nelle regolamentazioni medesime quei necessari elementi di terzietà, a beneficio delle prerogative degli utenti, che nella logica della contrapposizione sindacale vengono sovente sacrificati troppo rapidamente sull'altare delle convenienze di parte. Le delibere, in massima parte, attribuiscono im-

<sup>56</sup> Si prenda, ad esempio, il caso del trasporto aereo, "dove lo sciopero costa pochissimo al lavoratore e moltissimo al Paese" (così, a chiusura di un'analitica descrizione dei dati sulla conflittualità nel settore, ICHINO, *op. cit.*, p. 176).

<sup>57</sup> Tenta di trarre un primo (parziale) bilancio sull'utilizzo dell'art. 7-bis, BERRETTA, *op. cit.*, p. 27.

portanza alle associazioni degli utenti e, soprattutto, sul piano metodologico, innovano quanto alle modalità di coinvolgimento delle associazioni medesime, consentendone la partecipazione sin dalla fase iniziale delle audizioni con le parti sociali, in modo da favorire lo scambio di osservazioni e l'acquisizione di elementi utili per la formulazione della proposta sulle prestazioni indispensabili e, quindi, della eventuale successiva regolamentazione provvisoria<sup>58</sup>. In quest'ottica, l'allargamento del contraddittorio è funzionale non soltanto alla buona riuscita della soluzione trovata, sia essa concordata tra le parti o fissata unilateralmente dalla Commissione, ma altresì ad elementari esigenze di trasparenza delle decisioni datoriali e di controllo preventivo della potenziale lesività delle medesime determinazioni rispetto ai diritti degli utenti. Certo, poi si potrà discutere, anche in questo caso, della effettiva "rappresentatività" delle associazioni, così come dell'effettiva consistenza dell'apporto degli utenti, ma comunque mi pare che il metodo sia interessante e sia comunque rispondente anch'esso a logiche mutate dal processo.

## 6. Conclusioni

In via conclusiva, può essere utile chiudere le osservazioni svolte con uno sguardo al futuro, in un momento storico-politico che vive un vero e proprio paradosso.

Ed infatti, da un lato, pare essere sfumata la necessità di intervenire legislativamente sulla materia (il d.d.l. 23 marzo 2009 n. 1473, recante "Delega al Governo per la regolamentazione e prevenzione dei conflitti collettivi di lavoro con riferimento alla libera circolazione delle persone", si è fermato in Parlamento; stessa sorte ha avuto il d.d.l. 25 febbraio 2009 n. 1409, recante "Disposizioni per la regolazione del conflitto sindacale nel settore dei trasporti pubblici"). Dall'altro lato, invece, si percepisce come potrebbero, improvvisamente, da un momento all'altro, riacutizzarsi i con-

<sup>58</sup> A titolo esemplificativo, cfr. la Regolamentazione provvisoria adottata in data 4 ottobre 2001, con delibera n. 112/01, riguardante il settore del soccorso e sicurezza stradale; l'"Accordo sui servizi minimi essenziali del 23 novembre 1999, come modificato e integrato dagli accordi del 18 aprile 2001 e 29 ottobre 2001", relativo al settore del trasporto ferroviario (citato in nota 33), nel quale non sono pochi gli elementi di interesse anche su altri versanti; la Regolamentazione provvisoria adottata con delibera 02/37, per il settore Poste, dove i garanti sottolineano di avere utilizzato ampiamente i rilievi e le osservazioni delle associazioni degli utenti interessate (punto 2 del "Considerato").

fitti sociali, esasperati dalla generale condizione di depressione economica del nostro Paese. Con l'effetto preoccupante, in questo caso, di scaricare sul sistema normativo, *in primis* sulla Commissione di garanzia, il peso della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini-utenti e degli scioperanti.

La posizione di assoluta centralità della Commissione di garanzia – che si è consolidata nel corso degli anni, per le ragioni esposte – rappresenta, ad oggi, indubbiamente, uno dei pochi punti fermi della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. In questo scenario, gli spazi di manovra della Commissione sono destinati ad allargarsi, non soltanto (e non più esclusivamente) in proporzione all'inerzia di parte sindacale, ma per effetto di una sua intrinseca capacità di operare e di conferire effettiva protezione ai diritti e agli interessi coinvolti nella vicenda dello sciopero.

Stando così le cose, forse sarebbe questo il tempo di considerare un recupero di quel *gap* che, in fase di applicazione, la l. 146 ha dimostrato, specie quanto all'apporto poco incisivo delle parti sociali, anche a motivo della nota problematica della concreta rappresentatività dei soggetti sindacali. Su questi punti, allora, la soluzione più coerente con il quadro giuridico venutosi a consolidare è quella che riconosce proprio alla Commissione di garanzia il ruolo di “decisore dei contrasti intersindacali determinati dalla presenza di agenti contrattuali di varia consistenza rappresentativa”<sup>59</sup>. Si tratterebbe peraltro di un riconoscimento già implicito se solo si guarda alla struttura degli interventi regolativi dei garanti, ed in particolare nell'ipotesi principale nella quale essi deliberano una provvisoria regolamentazione, proprio per superare lo stallo negoziale o l'inidoneità dell'accordo.

Allora, se le stesse parti sociali accettassero l'idea di affidare alla funzione sostanzialmente arbitrale della Commissione di garanzia queste importanti verifiche, si ripristinerebbero le condizioni per ridare vitalità a quella logica dell'accordo che, si è visto, resta comunque parte integrante del modello della l. 146<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> SANTONI, *Sul potere normativo della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge 146/90*, in *D&L*, 2006, p. 356, che qualifica questa funzione della Commissione come “sostanzialmente arbitrale”.

<sup>60</sup> Si eviterebbe, in questo modo, di cadere in quel “disincantamento” sociologico del diritto, inteso come atteggiamento secondo il quale il diritto dovrebbe progressivamente deporre anche l'ultima sua parvenza di normatività di fronte alla crescente complessità sociale (così D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, cit., p. 49, ed ivi per i riferimenti bibliografici all'opera di HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Edizioni Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 55 ss.).

### Abstract

Il saggio indaga le più significative interrelazioni tra “giudici” e “garanti” nell’applicazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Adottando il metodo storico-giuridico, vengono pertanto analizzati alcuni punti della disciplina posta dalla l. 146/90, con lo scopo di verificare il grado di *effettività* delle medesime norme. In particolare, il tema delle “sanzioni individuali” e quello della “provvisoria regolamentazione” costituiscono due esempi di come l’interrelazione predetta possa produrre significativi e virtuosi apporti per garantire la finalità della legge. Viene così rappresentato un sistema normativo molto articolato, che affida, tuttavia, alla Commissione di garanzia una posizione di indubbia centralità, in ragione della sua vicinanza al contesto di riferimento, della sua spiccata capacità dialogante e delle sue prerogative di decisore dei contrasti intersindacali.

This paper investigates the most relevant interrelations between judges and Commission of guarantee, with special reference to law enforcement about strikes in essential public services. In a historical and legal perspective, it examines some of the discipline of Law No. 146/1990 and aims to verify the degree of effectiveness. In particular, “individual sanctions” and “provisional regulation” demonstrate how the interrelations between judges and Commission of guarantee contribute to the purpose of the law. The Commission of guarantee is at the heart of this regulatory system because of its proximity to the context, ability to dialogue and decision-making powers about conflicts between trade unions.

## Paolo Passaniti

### I trent'anni che sconvolsero la trama storica del diritto di famiglia (e del lavoro)

**SOMMARIO:** **1.** I nodi storici della connessione famiglia-lavoro. **2.** La vecchiaia nel secolo del lavoro. **3.** Famiglie, lavoro di cura e solitudini globali. **4.** La crisi della solidarietà inter-generazionale. **5.** Famiglie 'aperte' per lavori flessibili (e viceversa). **6.** Tra rincorse e rallentamenti: il diritto e le nuove famiglie. **7.** Diritto del lavoro e diritto di famiglia: le ragioni di un nuovo incontro.

#### 1. I nodi storici della connessione famiglia-lavoro

Il tramonto della stagione dei diritti sociali, delle tutele universali lascia in questo interminabile *post*-Novecento pezzi di passato che non riescono ad incastrarsi in un presente di vissuti precari. Tutto ciò che era per tutta la vita, dal lavoro al matrimonio, diventa flessibile, adattabile ai ritmi di una società che ha sostituito le distanze con la liquidità di un *click* telematico. La connessione famiglia-lavoro<sup>1</sup> può trovare un'adeguata comprensione in un discorso giuridico sganciato dai consueti binari disciplinari<sup>2</sup>, disposto a ritrovare nella storia<sup>3</sup> i collegamenti, le convergenze tra conte-

<sup>1</sup> Una connessione che non è l'unica chiave di lettura della storia del diritto di famiglia, ma sicuramente non la meno importante, se è vero che "l'indipendenza economica della donna", segna il "vero punto di distacco tra famiglia tradizionale e famiglia moderna", così LAZZARINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Strutture familiari e tendenze*, Giappichelli, 1990, p. 12).

<sup>2</sup> Sul "fenomeno per il quale le relazioni familiari non sono, o non sono più, regolate esclusivamente dal diritto di famiglia, ma conoscono un'incidenza importante del diritto comune, del diritto dei contratti e della responsabilità civile, soprattutto", cfr. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *RCD*, 2010, p. 233.

<sup>3</sup> "La deriva verso il nichilismo giuridico si potrà più facilmente frenare – a differenza di quello che è un pensiero diffuso in chi queste preoccupazioni avverte – non con la pesantezza di una regolazione giuridica che pretenda di imporre valori, ma con un diritto che

nuti che richiedono una riflessione unitaria, come quelli riguardanti “la rivoluzione nel ruolo delle donne”<sup>4</sup>, uno degli aspetti più rilevanti della contemporaneità giuridica.

In una realtà come quella italiana, in cui lo Stato sociale<sup>5</sup> è stato concepito intorno al grande tronco della famiglia<sup>6</sup>, si comprende sempre meno quale sia il lavoro visto dal diritto di famiglia e quale sia la famiglia vista dal diritto del lavoro, rispetto al nodo cruciale della conciliazione tra famiglia e lavoro<sup>7</sup>. E questa confusione spiega l’attenzione della dottrina giuslavoristica per i mutamenti della famiglia<sup>8</sup>, in una prospettiva di rifondazione concettuale del *welfare*, nel momento in cui sorgono spontanee le domande sull’identità della famiglia e del lavoro, nonché sulla loro correlazione<sup>9</sup>.

La centralità della famiglia nelle politiche sociali<sup>10</sup> ha consentito una modernizzazione sociale particolare, all’italiana, che ha nascosto storici ritardi, a loro volta fonte di ulteriori problemi. Qualche dato: lo Statuto dei lavoratori è emanato dodici anni dopo l’anno in cui il numero degli occupati nell’industria superano quelli nell’agricoltura, ma appena dodici prima dell’anno in cui gli occupati nel terziario prevalgono su quelli dell’indu-

sappia, ancora una volta, misurare l’etica con la storia” (SALVI, *Natura e storia nell’evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in RCD, 2008, p. 570).

<sup>4</sup> Cfr. ESPING-ANDERSEN, *La rivoluzione incompiuta. Donne, famiglie, welfare*, il Mulino, 2011, pp. 31-71.

<sup>5</sup> Sulla poco esaltante traiettoria storica dello stato sociale italiano si vedano GAETA, VISCOMI, *L’Italia e lo Stato sociale*, in RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, 2003, pp. 227-276.

<sup>6</sup> Sui mutamenti della famiglia italiana nel lungo periodo storico, si vedano BARBAGLI (a cura di), *Famiglia e mutamento sociale*, il Mulino, 1977; ID., *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, il Mulino, 1984; BARBAGLI, KERTZER (a cura di), *Storia della famiglia italiana. 1750-1950*, il Mulino, 1992.

<sup>7</sup> Per un’esauriente visione sociologica del tema, e per i richiami bibliografici si veda il recente contributo di NALDINI-SARACENO, *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, il Mulino, 2011.

<sup>8</sup> BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009.

<sup>9</sup> Interrogativi che compaiono nell’introduzione al tema *Genere, lavori precari, occupazione femminile* in LD, 2010, p. 337 ss.; DE SIMONE, SCARPONI, *Genere, lavori precari, occupazione instabile*, ivi, p. 337 ss. Sull’argomento si veda anche BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *op. cit.*

<sup>10</sup> Sulle “timide politiche di familirizzazione del lavoro di cura” cfr. DI NICOLA, *Lavoro di cura e lavoro per il mercato: le difficili ricomposizioni*, in DI NICOLA, LANDUZZI (a cura di), *Crisi della natalità e nuovi modelli riproduttivi. Chi raccoglie la sfida della crescita zero?*, FrancoAngeli, 2005, p. 17.

stria<sup>11</sup>. Solo dieci anni separano l'affermazione della cittadinanza nel lavoro dal decennio del riflusso, introdotto dallo *choc* della marcia dei quarantamila<sup>12</sup>. In appena trent'anni<sup>13</sup>, si passa dal referendum sul divorzio<sup>14</sup> e all'archiviazione della vecchia famiglia patriarcale<sup>15</sup>, quella della dote e del matrimonio indissolubile, in virtù della grande riforma del 1975, al referendum sulla fecondazione assistita. In un periodo ancor più breve si è sviluppato un concitato dibattito sulla regolazione giuridica della convivenza affettiva<sup>16</sup>, espressione di un disagio ormai diffuso per la distanza tra forme familiari nuove e risposte normative novecentesche, già elaborato ormai a livello giurisprudenziale<sup>17</sup>.

L'intreccio tra i due aspetti appare in tutta evidenza in un paese passato dalla civiltà contadina alla globalizzazione in meno di mezzo secolo. Il fragile Stato sociale all'italiana<sup>18</sup> che aveva scommesso tutte le sue carte nel lavoro, vedendo nella famiglia<sup>19</sup> una sorta di soggetto appaltatore di servizi senza riuscire a delineare una capillare e autonoma politica di intervento pubblico, si muove a stento in paesaggio giuridico che non riconosce più e da cui non è riconosciuto.

<sup>11</sup> I dati ben conosciuti posso essere letti in CRAINZ, *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni Ottanta*, Donzelli, 2003, pp. 13 e 592.

<sup>12</sup> Sul diritto del lavoro degli anni Ottanta, si veda FERRARO, *Gli anni '80: la dottrina lavorista dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, 2008, pp. 163-252.

<sup>13</sup> Trent'anni di grandi trasformazioni anche per la famiglia europea, sulla base di un quadro di partenza mediamente più evoluto rispetto a quello italiano. Su questa stagione della famiglia europea cfr. MEULDERS-KLEIN, *Le personne, la famille et le droit 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, 1999.

<sup>14</sup> Cfr. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Carocci, 2011, p. 136.

<sup>15</sup> JEMOLO, *Questa Repubblica. Dal '68 alla crisi morale*, Le Monnier, 1981, p. 173, nel 1973 già parla al passato, con il rispetto che si deve ai defunti, della famiglia tradizionale.

<sup>16</sup> Cfr. SALVI, *op. cit.*, p. 569.

<sup>17</sup> Come ricorda SALVI, *op. cit.*, p. 566, basti pensare al risarcimento del danno in caso di morte del congiunto, riconosciuto anche al convivente non più negativamente visto come concubino (Cass. 29 aprile 2005 n. 8976), o all'inclusione dei conviventi nella valutazione del reato di maltrattamenti in famiglia.

<sup>18</sup> Già alla fine degli anni Ottanta era possibile trarre un bilancio negativo sulle politiche familiari. Cfr. RUA, *Stato sociale e famiglia*, in *Strutture familiari*, p. 71.

<sup>19</sup> "La centralità della famiglia d'origine" è "da sempre un elemento-chiave nelle interpretazioni di chi studia la riproduzione della società italiana" (PICCONE STELLA, *Tra un lavoro e l'altro. Vita di coppia nell'Italia postfordista*, Carocci, 2007, p. 14).

Dinamiche generazionali che sembravano eterne le ritroviamo capovolte. Se non troppo tempo fa l'istruzione ad alto livello era garanzia di un accesso nel mondo del lavoro agevole e garantito in tempi prestabiliti, collegati al sostentamento economico dei genitori, adesso il paracadute familiare viene utilizzato per assicurare protezione per adulti, talvolta iperformati, eternamente alla ricerca della stabilità lavorativa, ripristinando nell'economia domestica l'ordine familiare perduto<sup>20</sup>.

Le ricerche sociologiche confermano un dato intuibile: l'eterna giovinezza dello *stage* fondata sulla mobilità geografica, sulla velocità di adattamento incide sulla "sequenza temporale del ciclo di vita", nel segno del "dilazionamento delle decisioni più importanti dei giovani adulti". Decisioni che attengono tutte alla dimensione personale: "l'indipendenza abitativa, la costruzione di una famiglia, le scelte di genitorialità"<sup>21</sup>. La famiglia dipende sempre da queste dinamiche, alla base della "*sindrome del rinvio*"<sup>22</sup>. E non sembra esagerato ritenere che l'economia del lavoro sia oggi di gran lunga la materia prima del diritto di famiglia, al punto tale da sostituire l'elemento religioso, ormai retrocesso al rango, si sarebbe detto una volta, di sovrastruttura culturale.

## 2. La vecchiaia nel secolo del lavoro

La famiglia patrimoniale disegnata dai codici otto-novecenteschi si limitava a relazionare giuridicamente genitori e figli sotto il profilo successorio, con la sola previsione accessoria di diritti di assistenza. Una famiglia chiusa, graniticamente protetta sul piano giuridico, soprattutto stanziale perché legata al processo di professionalizzazione del marito che avveniva normalmente sotto i trent'anni. Famiglie giuridicamente (e socialmente) indistruttibili, che si formavano in età giovanile per durare dal matrimonio sino alla morte, concentrate nel luogo di lavoro del capo-famiglia, alla base di una contenuta differenza di età tra genitori e figli, nell'ambito di nuclei parentali numericamente robusti: un insieme di fattori che hanno consentito per lungo tempo di risolvere all'interno della famiglia i problemi della terza età.

<sup>20</sup> Sul "*breadwinner* patriarcale riconfigurato come nuova cerniera tra Stato e Mercato", si veda REVELLI, *Poveri, noi*, Einaudi, 2010, p. 75.

<sup>21</sup> PICCONE STELLA, *op. cit.*, p. 16.

<sup>22</sup> ESPING-ANDERSEN, *op. cit.*, p. 41.



La vecchiaia è vista nei codici ottocenteschi come una breve, eventuale stagione terminale in cui il soggetto proprietario organizza la propria successione<sup>23</sup>. Il codice civile del 1942 ritocca molti istituti ma non incide sulla patrimonialità di fondo del diritto delle persone. “La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo”, per usare l’efficace formula di Luigi Mengoni, la cura della persona in quanto tale, è per lo più nella tradizione giuridica otto-novecentesca confinata nella bonifica pubblicistica delle paludi dell’emarginazione<sup>24</sup>. Lo Stato sociale si preoccupa di risolvere, bene o male, il bisogno fondamentale, quello del sostentamento economico nella vecchiaia, intesa come fine-vita, senza mai avvicinarsi, nell’esperienza italiana, al sogno della tutela universale, quella dalla culla alla tomba.

Successioni e pensioni sono i cardini della vecchiaia novecentesca, certo diversi nella natura ma accomunati dall’idea di fondo della patrimonialità, legata alla previsione di un ultimo breve tratto di esistenza, gestito da famiglie individualizzate, sì, ma numericamente ancora consistenti, strutturate intorno ad un lavoro localizzato, che ammette tutt’al più migrazioni definitive. Nel momento in cui tutto questo salta, con la vecchiaia che diventa una vera e propria stagione della vita, come conquista dello Stato Sociale e (poi) causa della sua crisi<sup>25</sup>, con famiglie sempre più atomizzate e sempre più scollegate dalla dimensione professionale, ha ancora un senso la rigida solidarietà inter-generazionale tenuta insieme dalla circolazione proprietaria, ma negata da oltre quarant’anni di costume sociale?<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> “Il *code civil* è un codice destinato a una società di proprietari intenti ad aumentare la loro ricchezza mediante il libero scambio di beni sul mercato. Anche il prestatore di lavoro subordinato è trattato a questa stregua alla finzione che separa la forza-lavoro dalla sua persona e la oggettivizza in un bene di mercato. Ne consegue che la cura della persona in quanto organismo corporeo è lasciata nella sfera giuridicamente irrilevante in cui spazia il godimento discrezionale del proprietario, il quale da buon padre di famiglia provvede con i suoi beni a sé e ai suoi figli” (MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, in *RTDPC*, 1982, p. 1119).

<sup>24</sup> “L’indifferenza del codice civile per le esigenze biologiche dell’uomo connesse all’età, alla salute, alla malattia ecc. non significa che i legislatori del secolo scorso le ignorassero. Significa piuttosto che il modello antropologico da essi presupposto non consentiva di percepirle se non nell’orizzonte sociale della povertà, dell’incapacità di produrre, dell’impossibilità di integrarsi in un gruppo familiare o di altra natura” (ivi, p. 1120).

<sup>25</sup> Si veda ARDIGÒ, *Crisi e riforma del welfare state. Il problema della senescenza e i ruoli degli anziani*, in ARDIGÒ, BORGATTA, GASPARINI (a cura di), *Mutamento sociale e società anziana*, FrancoAngeli, 1993, pp. 201-212.

<sup>26</sup> Il problema attuale della quarta età poteva essere già intravisto nitidamente nel cam-

Sino agli anni Settanta il problema della quarta età, quello della nuova vecchiaia, della vera vecchiaia<sup>27</sup>, era un problema sotto traccia proprio perché il benessere economico costituiva il mero risarcimento di ataviche sofferenze che poteva tutt'al più, e non sempre, regalare qualche scampolo di vita supplementare. I vecchi di quarant'anni fa erano stati i bambini delle prime generazioni post-unitarie. La vecchiaia era un problema puramente e semplicemente circoscritto nel diritto intorno alla grande invenzione novecentesca delle pensioni, senza alcuna attenzione sui riflessi della cura rispetto alla personalità complessiva<sup>28</sup>. Negli ultimi decenni l'equilibrio, il patto inter-generazionale è completamente saltato, al punto che la pensione da rimedio è divenuta l'evidenza stessa del problema. Le famiglie meno numerose e l'aumento della durata della vita sono i fattori evidenti di una trasformazione che affonda le sue radici simboliche nel Cinquantotto del miracolo economico e nel Sessantotto del mutamento del costume, registrato dall'osservatorio della Corte costituzionale<sup>29</sup> e poi radicatosi lentamente in virtù delle riforme successive<sup>30</sup>.

Negli anni Ottanta il sistema sociale è ancora in grado di produrre elementi di coesione tra generazioni, talvolta paradossali. Basti pensare alle pensioni dei nonni che finanziano l'istruzione dei nipoti. Poi lentamente, ma inesorabilmente la famiglia non riesce più a contenere nella mura do-

biamento della famiglia derivante dalla modernizzazione consumista degli anni Settanta. Cfr. JEMOLO, *op. cit.*, p. 172.

<sup>27</sup> Cfr. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, a cura di POLITO, Einaudi, 1996, pp. 17-18.

<sup>28</sup> Una sensibilità che affiora nella riflessione di RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2009, p. 230.

<sup>29</sup> Con le sentenze nn. 126 e 127 del 1968 la Corte costituzionale supera il reato di adulterio e cancella ogni differenza civilistica tra adulterio maschile e femminile, ribaltando la sentenza n. 64 del 1961. Il riesame della questione è motivato alla luce del repentino mutamento sociale della condizione della donna. Le sentenze possono essere lette in BIN (a cura di), *Sentenze della Corte Costituzionale in materia di famiglia (1956-1975)*, Giappichelli, 1975, pp. 9-18, 92-94, 95-99. Sulla portata storica di queste sentenze sia consentito il rinvio a PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Giuffrè, 2011, pp. 588-598.

<sup>30</sup> Il 1970 e il 1975 sono anni che non segnano soltanto l'Italia ma anche la Francia. Oltrelpe il 1970 significa riforma dell'autorità paterna e il 1975 riforma del divorzio. Si veda per un quadro sintetico CATALA, *La métamorphose du droit de la famille, in 1804-2004 Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 341-358. Risale al 1969 "the divorce Reform Act". Sulla riforma inglese, si veda almeno CRETNEY, *Family law in the twentieth century. A history*, Oxford University press, 2003, pp. 319-391.

mestiche il problema di quella che ormai è diventata una quarta età. Negli ultimi dieci-quindici anni, famiglie sempre più ristrette nei numeri e negli spazi abitativi avvertono la necessità di trovare all'esterno la soluzione al problema dell'assistenza, senza trovarla nel 'pubblico' o meglio cercandola in uno Stato sociale impoverito e declinante, che in una sorta di meccanismo circolare funziona attraverso il ruolo delle famiglie, innescando meccanismi di dispersione di risorse. In un rapporto sbilenco, senza sostanziali controlli ma anche senza l'attribuzione di diritti<sup>31</sup>, l'assistenza pubblica regala, a prescindere dal reddito, risorse economiche alle famiglie già in grado di gestire il livello di malattia, negando invece la tutela completa in caso di gestione domiciliare della non-autosufficienza grave, limitandosi, nella migliore delle ipotesi regionali, a dei palliativi integrativi che rispondono alle necessità di funzionamento della macchina amministrativa più che al bisogno del soggetto sofferente.

### 3. Famiglie, lavoro di cura e solitudini globali

Uno dei segni del disorientamento storico nella provincia italiana dello spazio globale è sicuramente rappresentato dal “*Welfare* che viene dall'Est”<sup>32</sup>, dal lavoro femminile di cura degli anziani che ha sostituito, almeno in parte, il lavoro di assistenza da sempre svolto dalle donne all'interno della famiglia<sup>33</sup>, nella perenne attesa di un intervento pubblico più annunciato che realizzato.

Un fenomeno in un cui la grande storia bussa e sfonda le pareti domestiche nella grande città come nello sperduto borgo. Solo trent'anni era del tutto improponibile un dibattito sulle famiglie di fatto come alternativa alla società coniugale<sup>34</sup>, così come era altrettanto improbabile la presenza nelle case italiane di donne provenienti dall'altra parte del Muro, in una

<sup>31</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 231.

<sup>32</sup> SARACENO, *Badanti, il Welfare che viene dall'Est*, in *La Repubblica* del 23 maggio 2009.

<sup>33</sup> SONNINO, *La funzione della famiglia oggetto della storia sanitaria*, in *Storia della sanità in Italia. Metodo e indicazioni di ricerca*, a cura del Centro italiano di storia ospedaliera, Il Pensiero scientifico, 1978, pp. 122-125.

<sup>34</sup> “Nella storia recente dei paesi occidentali, le famiglie di fatto sono apparse alla metà degli anni '60 in Svezia. All'inizio esse non sono state prese molto sul serio dagli studiosi e dagli uomini politici, che le considerarono, al pari delle comuni giovanili, famiglie “al vento”, forme di convivenza stravaganti e fragili, destinate a scomparire entro breve tempo” (BARBAGLI, *Provando e riprovando cit.*, p. 17).

sorta di *revival* della domesticità<sup>35</sup>. Il Sessantotto, che in Italia simboleggia una stagione più che un anno, e prima ancora, e forse ancor di più, il Cinquantotto del miracolo economico<sup>36</sup> sembravano aver spazzato definitivamente la trama storica del lavoro domestico<sup>37</sup>. Il fatto che la legge sul lavoro domestico venga emanata proprio nel 1958 è frutto di una causalità densa di significati simbolici: il servizio domestico assume consistenza normativa, con la l. 2 aprile 1958 n. 339 *Per la tutela del lavoro domestico*<sup>38</sup>, negli anni della fuga delle domestiche verso il canale del lavoro industriale, favorita dal vento della modernizzazione sociale in atto.

Negli anni Settanta è persino politicamente scorretto parlare di servitù e di domestici: la modernità del consumo inventa il prodotto lavorativo della collaborazione familiare, onde descrivere e ribadire il distacco appunto del servizio domestico<sup>39</sup> dalla famiglia. La colf collabora ma non è parte della famiglia. La legge del 1958 registra un cambiamento e lo rafforza, contrattualizzando il lavoro domestico, rendendolo esterno alla famiglia, nella previsione di una durata minima di quattro ore giornaliere, che lascia peraltro nel limbo della fattualità i rapporti di durata inferiore o su base settimanale<sup>40</sup>.

Alla fine rimane un fenomeno di nicchia che ridisegna il lavoro domestico come tratto di distinzione sociale. Complice la congiuntura inter-

<sup>35</sup> Si vedano le considerazioni di SARTI, *Servizio domestico, migrazioni e identità di genere in Italia: uno sguardo storico*, in [www.uniurb.it/scipol/drs\\_servizio\\_domestico.pdf](http://www.uniurb.it/scipol/drs_servizio_domestico.pdf), 2004.

<sup>36</sup> Sul 1958, come “anno decisivo”, cfr. CRAINZ, *Storia del miracolo italiano. Culture, identità, trasformazioni fra anni cinquanta e sessanta*, Donzelli, 1996, pp. 53-56.

<sup>37</sup> Sia consentito il rinvio a PASSANITI, *La cittadinanza sommersa. Il lavoro domestico tra Otto e Novecento*, in *QFSPGM*, 2008, pp. 233-257.

<sup>38</sup> Sul significato della legge e le reazioni sociali, cfr. SARTI, *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, in SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Ediesse, 2011, pp. 17-26.

<sup>39</sup> PERSIANI, *Lavoro domestico*, in *ED*, Giuffrè, 1964, pp. 826-836; OFFEDDU, *Il lavoro domestico*, in *Tr. Rescigno*, vol. 15, *Impresa e lavoro*, aggiornamento di GOTTARDI, Utet, 2004, pp. 655-672; MC BRITTON, *Lavoro domestico*, in *DDPSCom*, vol. VIII, Utet, 1992, pp. 225-233; FRANCO, *Lavoro domestico*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, 2007, pp. 188-193.

<sup>40</sup> “Norme generali: La presente legge si applica ai rapporti di lavoro concernenti gli addetti ai servizi domestici che prestano la loro opera, continuativa e prevalente, di almeno 4 ore giornaliere presso lo stesso datore di lavoro, con retribuzione in denaro o in natura. S'intendono per addetti ai servizi personali domestici i lavoratori di ambo i sessi che prestano a qualsiasi titolo la loro opera per il funzionamento della vita familiare, sia che si tratti di personale con qualifica specifica, sia che si tratti di personale adibito a mansioni generiche” (art. 1).

nazionale e la traiettoria socio-demografica, in cui rientra anche l'età pensionabile raggiunta dalla generazione del miracolo economico, a partire dagli anni Novanta hanno cominciato ad affacciarsi dalle finestre delle italiane dimore le cosiddette badanti<sup>41</sup>, chiamate in buona parte dall'Europa dell'Est per assolvere un compito di assistenza agli anziani che va dalla compagnia alla gestione della non autosufficienza. Un fenomeno questo fondato sull'incontro tra solitudini globali – poco o nulla rielaborato dal diritto, se non (e non del tutto) nell'esteriorità lavorativa<sup>42</sup> – che riduce un rapporto umano a tutto tondo in una relazione tra soggetti non garantiti, in un ordinamento che tutela la salute, la vita in termini enfatici, e il lavoro.

Il fenomeno delle badanti non è soltanto questo: l'esplosione sociale si spiega con un utilizzo multiforme della manodopera femminile all'interno della famiglia, che crea neo-domestiche *low cost*, dame di compagnia, cuoche e infermiere, a seconda dei casi – raramente semplicemente *badanti*, e allora perché chiamarle, onde nascondere forse il significato complessivo della loro presenza in Italia, sempre *badanti*? – perennemente in bilico tra emerso e sommerso: “un pezzo di *welfare* a metà tra la famiglia e il mercato, con pochi diritti per tutti i soggetti coinvolti, e allo stesso tempo frutto di complicità incrociate”<sup>43</sup> nell'attesa della regolarizzazione prossima ventura. In questo modo storicamente bizzarro, si assiste al ritorno delle domestiche che muta radicalmente le dinamiche della cura degli anziani non autosufficienti, determinando lo spazio per equilibri familiari e percorsi di conciliazione impensabili ancora negli anni Novanta, in cui dominava l'alternativa più o meno secca tra il sacrificio del *caregiver* e la casa di riposo<sup>44</sup>.

Il ruolo sociale di questa nuova figura placa l'ansia alimentata dal problema della *Sicurezza*, come elaborato nella nevrosi nazionale di un paese di post-emigranti che sembra non poter convivere con l'immigrazione, senza poterne a farne a meno. L'idea che non possa esserci straniero senza un lavoro è alla base dell'attuale regolazione dell'immigrazione. Un'idea contraddetta dalle badanti che accettano lavori e sono accettate nei lavori in virtù della momentanea e contingente vittoria della fiducia sulla paura.

<sup>41</sup> Si veda CATANZARO, COLOMBO (a cura di), *Badanti & Co.: il lavoro domestico straniero in Italia*, il Mulino, 2009.

<sup>42</sup> Cfr. DE SIMONE, *I lavoratori domestici come attori della conciliazione*, in *Persone, lavori, cit.*, pp. 67-71.

<sup>43</sup> SARACENO, *Badanti, cit.*

<sup>44</sup> Proprio per l'assenza delle badanti risulta datata la bella ricerca di TACCANI (a cura di), *Dentro la cura. Famiglie e anziani non autosufficienti*, FrancoAngeli, 1994.

Del resto, il lavoro di cura non è un normale lavoro, omologabile in tutto e per tutto alla collaborazione familiare post-moderna, quella che si afferma, dopo la fine della domesticità, come periferia del diritto del lavoro: fondandosi su un legame in cui il soggetto curante e quello curato spendono l'intera personalità<sup>45</sup>, diventa poco credibile l'idea di ordinati contratti di lavoro che nascono sulla base di un burocratico atto di assunzione e perdurano secondo le regole della gestione del lavoro, come se la famiglia fosse paragonabile ad una piccola attività commerciale. Ecco il lavoro di cura diventare veicolo di irregolarità della presenza immigrata<sup>46</sup> e al tempo stesso eccezione umanitaria rispetto all'inasprimento delle pulsioni securitarie.

Questo lavoro domestico è ancora parte del diritto del lavoro in senso novecentesco? Dalla parte del lavoratore sicuramente. La badante-curatrice riunisce tante debolezze, concentrate nella "la conciliazione impossibile" imposta dalla ricerca in un altro spazio globale di un reddito per il sostegno della famiglia<sup>47</sup>: dalla sessualità alla dipendenza estrema alle dinamiche mondiali del mercato, dei mercati del lavoro. La controparte tuttavia non è rappresentata da un datore di lavoro classico. Stante la diffusione del fenomeno, spesso il datore di lavoro, ironia della storia, è rappresentato da uomini e donne con un passato lavorativo come lavoratori subordinati di cui possono esservi tracce culturali nel mantenimento dell'adesione al Sindacato come pensionati<sup>48</sup>. Altre volte è rappresentato dal familiare *caregiver*, con un possibile presente professionale da lavoratore dipendente, che agisce, per vocazione o necessità, come sostituto dello Stato sociale più o meno presente, più o meno efficiente, nelle varie dimensioni regionali. Ma una prestazione calibrata sulle esigenze concrete di cura, può essere equamente regolata nell'ambito dell'autonomia privata, confidando nella "bene-

<sup>45</sup> Sul lavoro di cura a domicilio come incontro di "fragilità" cfr. LACARPIA, *Un lavoro "da donne": le immigrate nel settore domestico e di cura*, in LA ROSA (a cura di), *La ricerca sociologica e i temi del lavoro. Giovani ricercatori italiani a confronto*, FrancoAngeli, 2011, p. 129.

<sup>46</sup> La dottrina giuslavoristica ben presto ha avvertito il problema del lavoro degli immigrati in termini di diritti della persona: VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Esi, 1991. In tema di immigrazione e diritto del lavoro, tra i contributi più recenti, si veda almeno VENEZIANI, *Il "popolo" degli immigrati e il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in RGL, 2007, I, pp. 479-568.

<sup>47</sup> Cfr. DE SIMONE, *op. cit.*, pp. 71-76.

<sup>48</sup> Il paradosso affiora ormai nelle cronache: SPEZIA, *Badanti contro pensionati e litiga anche il sindacato*, in *La Repubblica* del 10 aprile 2008.

volenza” datoriale, avrebbe detto Barassi<sup>49</sup>, stimolata dal bisogno, o nell’umanità del prestatore, anch’essa incoraggiata da altra forma di bisogno, oppure nelle previsioni astratte di un contratto collettivo che vede inevitabilmente la fattispecie socialtipica ma non le sue bilaterali particolarità?

Il nodo cruciale del tempo di riposo in un lavoro *totale* che richiede un dispendio di personalità, prima ancora che di energie, nell’adattamento ad un ruolo per ventiquattro ore più che ad una mansione collegata ad un orario, può assumere una valenza diversa già per il solo fatto di svolgere la prestazione lavorativa in un contesto cittadino e non in una desolata landa. Con la trama contrattuale sullo sfondo, tutto è davvero lasciato alla benevolenza reciproca nell’interpretare i bisogni di vita, quando il rapporto funziona, oppure, in caso di conflittualità, ad una sottile trattativa continua, sempre in bilico tra ricatto incrociato e risicato compromesso.

In virtù della sua debolezza, il soggetto curato è esposto al rischio di cura inadeguata, dal maltrattamento all’impreparazione rispetto al livello di assistenza sanitaria richiesto, ed espone, anche senza volerlo, il diligente lavoratore curante ad una condizione lavorativa usurante fuori da tutti i parametri del diritto del lavoro<sup>50</sup>. Vi è sempre il rischio di una debolezza perdente, in un rapporto tendente verso un quadro di illegalità socialmente tollerata. Un quadro da cui si potrebbe uscire, senza più chiudere un occhio, restituendo dignità a curanti e curati, con la previsione di un controllo pubblico sul mercato del lavoro di cura e persino sull’attuazione del rapporto, onde determinare l’equità del trattamento di lavoro rispetto alle esigenze di cura e configurare un intervento correttivo nel caso in cui un determinato contratto di lavoro diventi una coperta troppo corta per la cura del soggetto assistito e la tutela del lavoratore. Allo stato attuale, invece, curati che non decidono più e curanti che lavorano appaiono oggetti e non soggetti del faticoso dialogo welfaristico, intorno al risparmio della spesa, che si stabilisce tra apparato pubblico e famiglie.

Dal ceto medio in giù, la gestione domiciliare diventa il modo tipico di incastrare solidarietà affettiva e obblighi di assistenza, nell’ambito di famiglie sempre meno numerose e frammentate a livello geografico e culturale, con la dimensione lavorativa. Ancora una volta, nella sua ultima ver-

<sup>49</sup> BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società editrice libraria, 1915, p. 812.

<sup>50</sup> Come ricorda RODOTÀ, *op. cit.*, p. 244, “serve una cura pubblica degli interessi delle persone quando sono in gioco beni fondamentali come la salute e la stessa vita”.

sione globale, il lavoro domestico riesce a rappresentare i mutamenti della famiglia. Quelle che sono state sbrigativamente definite *badanti*, per descrivere (male) senza riflettere (bene) sul fenomeno, ancor di più delle vecchie colf, vendono attenzione, cura in altre parole tempo. Il tempo che è sparito, che non basta più, in dinamiche professionali che ormai piegano, forgianno quelle familiari. Il tempo mancante<sup>51</sup> necessario per la «conciliazione “fai da te”»<sup>52</sup>.

Il fatto che l'assistenza degli anziani passi attraverso manodopera femminile liberata per lo più dalle macerie del Muro di Berlino dà l'idea di una soluzione improvvisata partorita da un *welfare* familistico<sup>53</sup> – nel solco dell'italica arte dell'arrangiarsi oggi e domani si vedrà – apparentemente generoso, ma passivo rispetto all'emergenza demografica. Il problema dell'invecchiamento della popolazione conseguenza del benessere novecentesco<sup>54</sup> viene risolto al momento collegando la famiglia ai cambiamenti globali, scambiando le fortune del contingente con la soluzione finale, l'evidenza del problema con la sua soluzione, eludendo «una svolta necessaria»<sup>55</sup>.

#### 4. La crisi della solidarietà inter-generazionale

Se in un sistema welfaristico evoluto sono concepibili forme di solidarietà alternative e integrative al canale familiare, occorre constatare il divario drammatico tra le categorie civilistiche e quelle introdotte dalla legislazione sociale e dal costume tardo novecentesco. Se la famiglia e gli apparati pubblici non sono più in grado di garantire – sempre – un diritto alla vita, un diritto alla vita decorosa degli anziani, appare evidente che fenomeni nuovi rischiano di non essere compresi nella loro effettiva natura e portata. Il volontariato applicato all'assistenza lo possiamo ridurre, ricondurre tutto

<sup>51</sup> Sul “sistema famiglia-lavoro” come “questione di tempo” cfr. NALDINI-SARACENO, *op. cit.*, pp. 58-68.

<sup>52</sup> DE SIMONE, *op. cit.*, pp. 61-83.

<sup>53</sup> “Questo rovesciamento dei rapporti di età e degli equilibri demografici non avviene solo in Italia, naturalmente. E anche altri paesi devono ripensare le proprie politiche di cura. Ma in Italia queste non sono mai davvero decollate e ci si è cullati a lungo nell'illusione della famiglia come soluzione a tutti i problemi di dipendenza – da quella economica appunto a quella dalla cura” (SARACENO, *Badanti, cit.*).

<sup>54</sup> Già nel 1982 MENGONI, *op. cit.*, p. 1129, indicava la traiettoria del fenomeno – dal milione e mezzo di ultrasessantenni del 1861 ai dieci milioni del 1978.

<sup>55</sup> SARTI, *Servizio domestico cit.*, p. 9.



negli schemi civilistici della prestazione gratuita, come una donazione di tempo? Nell'ambito della vecchiaia lunga o lunghissima, possiamo ricondurre ogni deficit cognitivo agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>56</sup>, calibrati sulle ragioni del patrimonio?<sup>57</sup>. Almeno un interrogativo è stato sciolto con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno<sup>58</sup>, che ha attenuato il fossato giuridico prima esistente tra la sanità di una vita attiva da quella sorte di morte civile rappresentata dall'interdizione secondo il “dogma dell'incapacità totale ed emarginante”<sup>59</sup>. Ma l'amministrazione di sostegno più che risolvere il problema, lo introduce nel momento in cui determina la fine delle “cambiali in bianco” in favore della famiglia. Decade ogni automatismo, prevalendo ormai la “convenienza dell'interessato”<sup>60</sup>.

Lo stesso rapporto di assistenza appare in bilico tra lavoro domestico ed esercizio – più o meno socialmente accettabile – della materia infermieristica, quando forse quel rapporto nasconde qualcosa di più di natura affettiva, che non passa nella giuridicità codicistica tutta ancora irrimediabilmente ferma alla famiglia gestrice di patrimoni e matrimoni<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Il problema di uno spazio intermedio tra interdizione e abbandono è stato avvertito dalla dottrina civilistica in merito alle problematiche sollevate dalla chiusura dell'istituzione manicomiale con la legge 180 del 1978: CENDON, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in ID. (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Esi, 1988, pp. 29-79.

<sup>57</sup> Sulla disciplina civilistica dell'infermità mentale, Luigi Mengoni ha osservato che si tratta “di una disciplina ispirata da un'antropologia giuridica superata, caratteristica di una società di proprietari, quali erano le società che hanno prodotto le codificazioni del secolo scorso.[...] Anche le norme sull'amministrazione dei beni dell'interdetto sono coerenti con le strutture economiche di quelle società, nelle quali era ancora preminente la ricchezza immobiliare, mentre nella società contemporanea ha acquistato crescente importanza la ricchezza mobiliare” (MENGONI, *Osservazioni generali*, ivi, pp. 359-360).

<sup>58</sup> Su questo nuovo istituto introdotto con la legge 9 gennaio 2004 n. 6 cfr. NAPOLI (a cura di), *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, Giuffrè 2005; FERRANDO, LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Giappichelli, 2006.

<sup>59</sup> VISINTINI, *Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole*, in FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, 2005, p. 18.

<sup>60</sup> CENDON, *Lo spirito dell'amministrazione di sostegno*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo, Diritto privato, 2, Persone, famiglia e successioni*, a cura di MAZZARESE e SASSI, Utet, 2009, p. 147.

<sup>61</sup> E unicamente con il metro di questa famiglia vengono valutati i matrimoni tra assistiti e assistenti, non a caso definiti sempre e comunque d'interesse, tanto da essere colpiti dalla norma “anti-badanti” introdotta dall'art. 18/5 della legge 111 del 15-7-11. In mezzo a

La famiglia dunque sempre al centro della rete di assistenza. Quale famiglia? La famiglia designata dai codici o la famiglia che sempre cerca di adattarsi ai mutamenti del lavoro? Basti pensare alla traiettoria previdenziale, che segnerà la sempre più lunga vecchiaia dei giovani precari di oggi, per comprendere la necessità di trovare forme giuridiche nuove al fenomeno della solidarietà inter-generazionale legata ai rapporti parentali, che certo ci saranno ancora ma non saranno più in grado di tenere in piedi la baracca dell'assistenza.

Il venir meno di questa solidarietà apre lo spazio su modalità diverse di costituzione di reti affettive sempre più sganciate dalla matrice biologica. E di questo aspetto il diritto dovrà prima o poi tener conto, rivedendo antichi giudizi, rileggendo alla luce della contemporaneità vicende storiche legate al passato, alle origini di quella modernità giuridica ormai declinante. Nel momento in cui la famiglia, per scelta o per necessità poco importa, non sta tutta dentro la famiglia biologica e legittima, e si apre all'esterno<sup>62</sup> alla ricerca di solidarietà che non sa più darsi, la libertà testamentaria non è necessariamente l'odioso strumento di ricatto – ben presente nelle polemiche degli illuministi, e persino nel vissuto di Cesare Beccaria, il campione milanese della ragione<sup>63</sup> – potendo oggi configurare una leva per tener conto di solidarietà nuove di stampo pre (o post) familiare.

L'eguaglianza successoria presuppone il passaggio dai grandi aggregati plurifamiliari intorno al patrimonio alla modernità della famiglia ristretta, di una società coniugale in cui vi è un ben preciso nesso tra la trasmissione della ricchezza e i doveri di assistenza perché è pensata e regolata nella continuità dei percorsi professionali tra generazioni, nell'ambito di un'identità sociale, di classe si sarebbe detto una volta, destinata a trasmettersi. Un'identità collocata in un luogo e in una tradizione, nelle vicinanze geografiche e culturali di un lavoro.

tanti tagli viene tagliata anche reversibilità pensionistica nei casi “in cui il matrimonio con il dante causa sia stato contratto ad età del medesimo superiore a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi sia superiore a venti anni” nella misura del “10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio con il dante causa mancante rispetto al numero di 10”.

<sup>62</sup> Anche nelle vicinanze della famiglia ricostituita da cui emerge sempre un concetto di “genitorialità sociale”. Cfr. BILÒ, *Dalla genitorialità biologica alla genitorialità sociale: il regime giuridico delle famiglie ricostituite in Italia e Inghilterra alla luce delle recenti riforme*, in AA.VV., *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Esi, 2010, pp. 45-74.

<sup>63</sup> Nota è la vicenda dei due anni di povertà sofferti da Beccaria per il matrimonio osteggiato dalla famiglia.

La connessione famiglia-lavoro ormai può essere letta nel solco dell'incontro tra aspirazioni familiari e prospettive lavorative, alla luce dei tanti mutamenti del diritto di famiglia e del diritto di lavoro. Rispetto a questa connessione, il diritto delle successioni risulta totalmente scollegato, ancora fermo ai meccanismi di statica circolazione proprietaria su base egualitaria. Forse è ancora troppo presto per introdurre distinzioni virtuose e solidali considerando che vi sono ancora residui di antiche ineguaglianze nel segno della prevalenza del dato familiare legittimo su quello biologico<sup>64</sup>, che è ad un passo dal traguardo il disegno di legge sulla parificazione tra filiazione legittima e naturale<sup>65</sup>. I ritardi di ieri insomma condizionano un domani sempre più vicino, già presente nelle pieghe dell'oggi.

##### 5. Famiglie 'aperte' per lavori flessibili (e viceversa)

Mentre le politiche assistenziali hanno continuato a guardare alla famiglia, questa nel frattempo si è ritrovata 'aperta', nello stesso periodo in cui il lavoro ha cominciato a diventare prima non troppo rigido, poi mediamente flessibile e alla fine decisamente precario<sup>66</sup>. La famiglia attenua la sua *rigidità* nel momento in cui si incrina il modello napoleonico, recepito nel lunghissimo Ottocento del diritto di famiglia sino al Codice civile del 1942, che, all'interno della famiglia legittima, vede una netta divisione di ruoli e funzioni tra l'uomo, il marito capo-famiglia produttore di reddito lavorativo, e la donna costretta persino a seguirlo nella residenza fissata nelle vicinanze della professionalità che fornisce identità sociale alla società coniugale. Nel dopoguerra vi sono riforme che toccano la famiglia, sia direttamente sia indirettamente, andando ad incidere sulla condizione giuridica della donna e dei minori, quindi, in una complessiva visione di sistema, sulle prerogative del marito-padre come monarca domestico. Si assiste intanto ad un ripensamento della filiazione, a partire dalla l. 31 ottobre 1955 n. 1064 che supera l'NN anagrafico per arrivare alla riforma dell'adozione

<sup>64</sup> Sui nodi relativi alla successione dei fratelli naturali cfr. NAVONE, *La pretesa successoria ex lege dei fratelli naturali*, in SESTA, CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, 2006, pp. 889-906.

<sup>65</sup> Approvato con ampio consenso alla Camera il 29 giugno 2011.

<sup>66</sup> Si vedano in proposito almeno SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, 1990, I, pp. 87-113; ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in RGL, 1990, I, pp. 77-80.

nel segno della trasformazione dell'istituto, con il passaggio dalla centralità dell'interesse dell'adottante a quella dell'adottato<sup>67</sup>. Le leggi sul lavoro femminile contribuiscono a legittimare la presenza femminile nel lavoro, a dare un sostegno alle posizioni della donna lavoratrice all'interno della famiglia<sup>68</sup>. L'accesso delle donne nella magistratura è l'esempio eclatante di questo mutamento<sup>69</sup> che troverà un compiuto spazio di agibilità politica e culturale nel decennio successivo<sup>70</sup>.

Tutte le riforme incidono sulla condizione lavorativa della donna sono osteggiate non solo e non tanto nello specifico quanto e soprattutto per la tenuta dell'ordine familiare, mentre è in corso il dibattito che porterà all'introduzione del divorzio quasi entro il tempo massimo offerto dalla storia. Un divorzio con una coscienza laica, ma dal cuore cattolico che introduce una sorta di eterno post-matrimonio, che presuppone comunque una stabilità esistenziale, quantomeno per reggere il solido impianto solidaristico.

Il nesso famiglia-lavoro espressione della modernizzazione civile novecentesca si coglie tra il 1970 e il 1977. In un solo anno: il divorzio che configura il trionfo annunciato della famiglia laicizzata e lo Statuto dei lavoratori, il punto più alto della *rigidità* del diritto del lavoro, costruita nel perimetro concettuale del lavoratore-padre di famiglia<sup>71</sup> tratteggiato dall'art. 36

<sup>67</sup> L'art. 291 cod. civ., che nel solco della tradizione si muoveva alla ricerca dell'erede per un patrimonio, è mutato con un drastico abbassamento dell'età minima dell'adottante, da cinquanta a trentacinque. Ma la trasformazione non attiene alla revisione di questa adozione ancora concepita in chiave tradizionale, riguardante infatti l'introduzione *ex art. 4* nel libro I, titolo VIII, del capo III *dell'adozione speciale*. Un'adozione speciale perché tutta pensata per dare una famiglia ad un bambino, secondo una sensibilità ignorata nelle griglie patrimoniali recepite nel codice.

<sup>68</sup> La legge 9 gennaio 1963 n. 7, con un oggetto principale chiarissimo costituito dal *Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio*, stabilisce la nullità di ogni accordo preventivo sulla risoluzione del rapporto in conseguenza del matrimonio e del licenziamento per causa di matrimonio.

<sup>69</sup> La legge 9 febbraio 1963 n. 66, stabilisce che "la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazioni di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge. L'arruolamento della donna nelle forze armate e nei corpi speciali è regolato da leggi speciali" (art. 1).

<sup>70</sup> Cfr. MARELLA, *Le donne*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Giuffrè, 2008, pp. 341-395.

<sup>71</sup> "Il lavoratore capofamiglia, maschio e adulto, espressione e garante del nucleo domestico, è stato un soggetto così tutelato da porsi per decenni al centro dello scenario sociale

Cost. La riforma del diritto di famiglia del 1975, fondata sulla parità coniugale, precede di due anni la legge sulla parità di trattamento nel lavoro.

Nei due decenni successivi, le famiglie sorte prima del matrimonio o dopo un altro matrimonio e le unioni alla ricerca del matrimonio<sup>72</sup> costituiscono già una realtà significativa, così come i rapporti di lavoro in cui si incrina l'identificazione della subordinazione con la prestazione a tempo indeterminato, nel segno di una flessibilità già presente nella pancia del mercato del lavoro. Tutto questo si intensifica negli ultimi dieci-quindici anni, da un lato, con il passaggio dalla retorica contro la rigidità del mercato del lavoro al tardivo grido di dolore contro la precarietà, la flessibilità rigida, dall'altro con il dibattito sulle collaborazioni coordinate e continuative affettive, connotato dall'inedita consapevolezza, Carta di Nizza alla mano, sulla distinzione tra il diritto di sposarsi e quello di costituirsi una famiglia. Una distinzione teorizzata e soprattutto praticata in maniera sempre più trasversale, a prescindere dalle appartenenze ideologiche e religiose.

Non si possono stabilire leggi meccaniche, ma appaiono evidenti correlazioni tra le trasformazioni del lavoro e i mutamenti della famiglia e viceversa<sup>73</sup>. Non è Richard Sennett<sup>74</sup>, ma Benedetto XVI a ritenere che “quando l'incertezza circa le condizioni di lavoro, in conseguenza dei processi di mobilità e di deregolamentazione, diviene endemica, si creano forme di instabilità psicologica, di difficoltà a costruire propri percorsi coerenti nell'esistenza, compreso anche quello verso il matrimonio”<sup>75</sup>.

La flessibilità incantata quella dei tanti lavori in un'unica carriera certo già delinea un *modus vivendi* fatto di velocità, di mutamenti repentini: una vita con la valigia pronta che viene preparata e disfatta nel 'privato', condizionandolo. La rigidità familiare può diventare un ostacolo, un intralcio in una realtà sociale che chiede, reclama movimento, interazione continua, e

e dell'immaginario welfaristico” (ACCORNERO, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Laterza, 1999, p. 5).

<sup>72</sup> Sul matrimonio omosessuale “tra moltiplicazione delle famiglie e richiesta di giuridificazione”, cfr. PEDRAZZA GORLERO, FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *DP*, 2010, pp. 278-280.

<sup>73</sup> Sull'“impatto della destandardizzazione dei rapporti di lavoro sulla famiglia”, si veda NALDINI, SARACENO, *op. cit.*, pp. 48-58.

<sup>74</sup> “È del tutto naturale che la flessibilità generi ansietà: nessuno sa quali rischi valga la pena correre, o quali percorsi sia opportuno seguire” (SENNETT, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, 1999, p. 9).

<sup>75</sup> BENEDETTO XVI, *Caritas in Veritate*, Libreria editrice vaticana, 2009, pp. 36-37.

soprattutto sottomissione operativa della sfera affettiva a quella lavorativa, spostando i termini sostanziali della cittadinanza professionale così come conosciuta nel nostro Novecento, quello che incontra negli anni Sessanta nella declinazione maschile, la sola possibile, il neo-conformismo della scoperta dei primi consumi legato al mito delle 3 M, *macchina, moglie, mestiere*<sup>76</sup>.

Il lavoratore flessibile lavora tendenzialmente meno, mettendo nel conto anche buchi tra un'occupazione e l'altra, ma proprio questa incondizionata resa al mercato lo rende un lavoratore totale. La mobilità che prima era richiesta alle figure di punta, come gli alti *manager*, si sposta ora ai livelli medio-bassi, in cui è più subita che gestita. L'adattamento individuale alle nuove regole del mercato non è uniforme, ma il dato emergente è rappresentato da una famiglia instabile adattata alla professionalità incerta.

Alla fine, la flessibilità non è rimasta una semplice *chance* di un modo di lavorare diverso, costituendo uno stile di vita che si ripercuote nel delicato passaggio esistenziale che una volta portava alla formazione di una famiglia e ora a tante cose diverse riconducibili all'idea di famiglia. La famiglia precaria diventa così la forma tipica del vissuto precario, il costo sostenibile per professionalità irrisolte, in un orizzonte giuridico passato in quarant'anni dal progetto del lavoro per una vita alla vita del lavoro a progetto, e, quasi in una sorta di malinconico girotondo felliniano, dall'abrogazione delle gabbie salariali al dibattito sulla loro reintroduzione.

Il ritardo culturale del 'giuridico' rispetto alla rivoluzione post-industriale non lo ritroviamo tanto all'interno dei recinti disciplinari, quanto nella visione d'insieme. Il diritto del lavoro a livello di sistema continua a presupporre un lavoratore-cittadino inserito in un modello che non c'è più. Non c'è più perché sono mutati i soggetti tipici, basti pensare al lavoro minorile e femminile, talvolta ancora concepito come sostegno familiare. E talvolta non c'è più per i meriti e i demeriti del diritto del lavoro medesimo. Cosa rimane, se non fotografie ingiallite inserite in album di ideologie estinte, di quell'art. 36 della Costituzione che tanta importanza ha avuto nel periodo post-corporativo?<sup>77</sup> Ha ancora senso, ha ancora lo stesso senso, il diritto del lavoratore ad una *retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esi-*

<sup>76</sup> *Macchina, moglie, mestiere* è uno dei paragrafi di una *Lettera ad una Professoressa* degli allievi di Don Lorenzo Milani.

<sup>77</sup> Cfr. TREU, Art. 36-37, in *Comm. Branca*, 1979, pp. 72 ss.

*stenza libera e dignitosa*<sup>78</sup>, in una realtà sempre più caratterizzata dal diritto del 'lavoretto'?

Tutta la cultura solidaristica della carta costituzionale esalta la fatica e la professionalizzazione come momenti dell'affermazione civile dell'individuo da riportare nella famiglia, onde metterla al servizio delle generazioni successive. L'intera dimensione sociale dell'individuo è vista nella tratta casa-lavoro. L'unico 'privato' concepibile è quello familiare, lì fa ritorno il lavoratore dopo i suoi quarant'anni trascorsi in ufficio, in fabbrica o nei campi, assistito da una famiglia per lo più socialmente omogenea.

#### 6. *Tra rincorse e rallentamenti: il diritto e le nuove famiglie*

La crisi della solidarietà inter-generazionale è la spia di un disagio più generale che pone nuove domande in termini di diritti individuali all'interno di ogni, più o meno inedita, comunità di affetti, e forse consente di leggere da una diversa prospettiva la questione delle famiglie di fatto e la stessa collocazione del diritto di famiglia. I diritti delle nuove famiglie attingono infatti anche ai diritti sociali, al riconoscimento pubblico di situazioni private, come nel caso delle convivenze eterosessuali e omosessuali. La mancanza di risposte consente la crescita di questi fenomeni senza alcuna preconstituita rete di tutele interne, prima ancora che esterne.

In virtù dei mutamenti sociali che hanno cambiato la famiglia e creato nuove famiglie<sup>79</sup>, tutte le famiglie si trovano caratterizzate da una carenza di garanzie interne che coinvolge i soggetti deboli, dall'anziano al convivente. Le garanzie mancano perché sono saltati gli automatismi culturali ai quali il diritto, sempre timoroso di entrare nelle case, si era affidato, accettando tutti i pregi e i limiti di un modello sociale che vedeva la famiglia come baricentro esistenziale e perno della società civile.

Trascorsi ormai quarant'anni dall'introduzione del divorzio, emergono nuove domande sulle garanzie solidaristiche nella rottura del matrimonio: a partire, ad esempio, alla tutela del coniuge debole nel caso di divorzio. Ha ancora senso accollare magari a distanza di decenni un onere solidaristico

<sup>78</sup> Sulle garanzie costituzionali e i nodi della retribuzione nella stagione della flessibilità, si veda MARTINENGO, PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Cedam 1998.

<sup>79</sup> Si vedano le riflessioni di SCHIAVONE, *Le nuove famiglie che la chiesa non vede*, in *La Repubblica*, 24 dicembre 2007, p. 19.

in capo al coniuge economicamente più forte? Se lo stato di bisogno è l'unità di misura della tutela, perché spetta ancora al post-coniuge e non alla collettività prendersi cura del soggetto bisognoso?

Il livello di solidarietà esigibile, del resto, assume nuovi significati nel momento in cui il matrimonio non è più l'unica scelta affettiva possibile e gli status professionali tendono a mutare rapidamente in carriere sempre più frammentate e discontinue. La legge del 1970 concepiva una società fondata sul matrimonio, accettandone la rottura come eccezione regolata, e sul lavoro per tutta la vita. Se dunque la sentenza di divorzio poteva costituire una proiezione attendibile sulla vita possibile dei due *ex* coniugi, oggi una svariata gamma di circostanze esistenziali e professionali possono alterare il quadro.

L'unico elemento di raccordo tra diritto di famiglia e sociologia va ravvisato nelle tracce di arretratezza che si sono mantenute persino nella post-famiglia: la disparità retributiva tra uomo e donna, nonostante che la scolarizzazione abbia portato al massiccio ingresso femminile nelle professioni, nonostante il superamento delle tante discriminazioni normative nel diritto del lavoro, nonostante "il più brusco e drastico sovvertimento che il panorama della legislazione italiana sul lavoro femminile abbia mai conosciuto", rappresentato dalla legge sulla *parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro* del 9 dicembre 1977 n. 903<sup>80</sup>. Eppure questa disparità c'è ancora, ed è da individuare negli ingranaggi sociali che a più livelli impediscono alle donne stesse opportunità di carriera. Ingranaggi sociali non aggrediti con la giusta intensità normativa dallo Stato sociale, quel bambino precocemente invecchiato senza diventare adulto, che avrebbe dovuto agevole i percorsi di conciliazione tra lavoro domestico e professionale e che invece ha utilizzato, per vocazione, e continua a utilizzare, per necessità, le donne nel lavoro di cura, anche nella sua ultima versione regionalizzata<sup>81</sup>.

L'elemento della disparità sul lavoro permane, ma nell'attuale quadro sociale, tra casa e lavoro, svariate sono le forme di debolezza. Il vincolo ma-

<sup>80</sup> BALLESTRERO, *Legge di parità e discriminazione del lavoro femminile*, in BALLESTRERO, FREY, LIVRAGHI, MARIANI, *Lavoro femminile, formazione e parità uomo-donna*, FrancoAngeli, 1983, p. 9.

<sup>81</sup> Per dei riferimenti alla legislazione regionale in tema di politiche familiari cfr. MONTESE, MENEGON, *Partecipazione femminile al mercato del lavoro, modelli europei di welfare e politiche amichevoli per le famiglie*, in GRASSELLI, SIGNORELLI (a cura di), *Transizione università-lavoro e occupazione giovanile. Un tassello importante nella costruzione del bene comune*, FrancoAngeli, 2010, pp. 262-266.



trimoniale ha ancora la forza di stabilire un confine netto tra sofferenze garantite e sofferenze fattuali?

Un tema come quelle delle famiglie di fatto forse è possibile decifrarlo partendo dalle giuste domande<sup>82</sup> più che da risposte affrettate o peggio precostituite, a partire dalla stessa definizione di una complessa fenomenologia. La famiglia di fatto comprende, unioni affettive (etero ed omosessuali) di minima, media e lunghissima durata, e persino convivenze a sfondo solidaristico-assistenziale. Del resto, la famiglia di fatto esiste già in funzione dei diritti connessi alla filiazione naturale, ed è dunque una famiglia di diritto, come dire, diversamente instaurata.

Nel discorso sui diritti nelle convivenze, vi è la contrapposizione tra l'idea di un'alternativa al matrimonio e la negazione di ogni riconoscimento, rilevando appunto la libera scelta dei conviventi di non formalizzare l'unione quantomeno nella forma del matrimonio civile. I diritti lesi collegabili alla sfera esistenziale evidentemente attengono al rapporto, come dire, in corso di esecuzione e non certo all'impostazione iniziale. È sui contenuti della relazione che si gioca la vera partita, al cui esito evidentemente le ragioni economiche del lavoro – come sempre – avranno il loro peso.

In questa post-famiglia, in cui neanche il legame sessualità-procreazione è uscito indenne, emerge sempre più il fantasma dell'indissolubilità. Non più l'indissolubilità del matrimonio ma della famiglia nel supremo interesse della prole<sup>83</sup>, come emerge da una tendenza giurisprudenziale che coglie le punte virtuose del costume sociale<sup>84</sup>. In una sorta di capovolgimento di scena, la tensione familiare nociva per i figli, che era stata uno degli argomenti storici portati avanti dai sostenitori del divorzio, viene rielaborata con le aspirazioni dei minori a vivere nella casa comune, nella casa coniugale (quando c'è). Se questo è l'orizzonte ad essere indissolubile non è tanto la famiglia, quanto il legame genitoriale: altrimenti dovremmo con-

<sup>82</sup> Si vedano le considerazioni di RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Laterza, 1991, pp. 86-88.

<sup>83</sup> Cfr. GORASSINI, *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia: un ritorno all'essenza dei fenomeni*, in AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*. Atti del Convegno di studi Catania, Villa Cerami, 25-27 maggio 2006, Giuffrè, 2006, pp. 260-261.

<sup>84</sup> GORASSINI cita la sentenza del Tribunale di Genova del 15 ottobre 2003 (ivi, p. 261).

<sup>85</sup> La sentenza indicata nella nota precedente è ispirata del resto alla sentenza 166/98 della Corte Costituzionale che riconosce il diritto alla casa familiare al genitore affidatario ancorché non coniugato.

siderare indissolubile anche la non-famiglia, anche la famiglia di fatto<sup>85</sup>. Un legame genitoriale che non ha più bisogno della mediazione giuridica fondata sulle presunzioni, trovando ormai un fondamento scientifico<sup>86</sup>.

In questo quadro sempre più parcellizzato, la famiglia come soggetto giuridico sembra essere un ostacolo concettuale, e non un elemento di sintesi, rispetto alla valorizzazione dell'intensa ma recente sensibilità giuridica, che è anche una conquista di civiltà, per i diritti dei minori. Minori finalmente visti nella loro soggettività e non come prodotto di famiglia, onde non correre il rischio di delineare diritti calibrati sul rapporto giuridico che lega i genitori, con il paradossale effetto oltretutto di enfatizzare le tutele nella famiglia di fatto o nella famiglia tradizionale in crisi, dimenticando la privazione dei diritti dipendente dal disagio socio-economico<sup>87</sup>.

Nella scomposizione valoriale, più che riattaccare i pezzi di qualcosa che non c'è più o aggregare qualcosa che non c'è ancora, occorre ripartire dai diritti delle persone, dalle situazioni soggettive degli individui, come una necessità non priva di effetti collaterali. In questo dato vi è il senso della chiusura di un ciclo storico. Se nella direttrice Codice civile-Stato sociale è stato possibile concepire il passaggio dal diritto delle persone al diritto della famiglia, oggi è possibile una rimodulazione dei contenuti delle tutele che, ripartendo dai diritti individuali, sappia ridefinire il contenitore familiare. I codici otto-novecenteschi indicano un percorso e segnalano il suo punto di arresto: la crisi delle reti familiari fondate sull'equa circolazione patrimoniale tra soggetti legati da vincoli di sangue, instaurati secondo modalità prima soltanto *legittime* e poi anche *naturali*, di per sé ritenuti sufficienti per azionare la solidarietà tra le generazioni.

Alla base delle nuove famiglie vi è anche il ridimensionamento dei "puri vincoli di sangue" che certo determina aggregazioni affettive sganciate dal dato strettamente biologico<sup>88</sup>, ma anche la crisi dei vincoli di solidarietà inter-generazionale che quel dato presupponevano in virtù di un quadro sociale ritenuto imm modificabile e comunque registrato dal diritto.

La famiglia come soggetto giuridico, più che figlia delle codificazioni otto-novecentesche, è, a ben vedere, una ramificazione etica dello Stato so-

<sup>86</sup> Cfr. POCAR, *Mater certa, Pater certus. Appunti per un'ipotesi di ricerca storico-antropologica sulle origini del diritto di famiglia*, in FACCHI, MITTICA (a cura di), *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, FrancoAngeli, 2000, p. 225.

<sup>87</sup> Cfr. BIANCA, *Relazione conclusiva in Bilanci e prospettive*, cit., p. 379.

<sup>88</sup> SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 19.

ciali di cui ha condiviso prima i successi e poi l'inevitabile declino. La concezione civilistica della famiglia non riesce più a controllare i mutamenti, le trasformazioni della famiglia come organismo sociale. La famiglia è qualcosa di più del vestito giuridico che indossa: nella Costituzione, prima di ogni altra cosa, è una società naturale<sup>89</sup>. Il fondamento matrimoniale conferma e non contraddice nel disegno costituzionale il dato della naturalità in grado di attribuire autonomia alla famiglia come organismo sociale rispetto all'ingerenza di uno Stato più o meno ingombrante<sup>90</sup>.

Nel momento in cui il fondamento diviene meno solido, ritornano in scena i diritti dei singoli componenti. Questi diritti non possono che essere i diritti civili e sociali che lo Stato riconosce. Incombe ormai uno storico paradosso: una famiglia di fatto iper-giuridicizzata, persino eticamente orientata dallo Stato, che rincorre sempre più da vicino la famiglia fondata sul matrimonio, vero paradigma di famiglia giuridica caratterizzato proprio dall'autonomia dal 'giuridico'.

L'affermazione di forme familiari extramatrimoniali costituisce, in positivo, il definitivo tramonto del modello autoritario ancora presente nel codice del 1942<sup>91</sup>, ma anche il declino dell'autonomia della famiglia come formazione sociale. Se il nuovo denominatore comune è costituito dai diritti degli individui<sup>92</sup> appare evidente come alla fattualità formativa consegua, in maniera più o meno voluta (ed evoluta), il massimo controllo pubblico nella gestione della crisi dei rapporti familiari, che vedrà sempre un giudice intervenire sulle tante *debolezze* che le forme di convivenza racchiudono. Debolezze che una volta potevano essere definite attraverso i parametri del lavoro 'pesante', che consentivano di ricavare una sorta di modello economico estendibile anche alla famiglia di fatto, accollando precise responsabilità al capo-famiglia produttore di reddito lavorativo e di rispar-

<sup>89</sup> Sul concetto costituzionale di "società naturale" cfr. PEDRAZZA GORLERO, FRANCO, *op. cit.*, pp. 247-254.

<sup>90</sup> Sul compromesso Moro-Togliatti nel senso dell'autonomia della famiglia dallo Stato, sia consentito il rinvio a PASSANITI, *Diritto di famiglia, cit.*, pp. 503-519.

<sup>91</sup> "All'epoca della nuova codificazione era ancora profondamente radicata e comunemente condivisa l'idea che l'assetto della famiglia dovesse esser tale da garantirne stabilità ed unità di indirizzo, più in funzione dell'interesse generale che in quello dei suoi componenti" (AULETTA, *Le ragioni del convegno*, in *Bilanci e prospettive, cit.*, p. 3).

<sup>92</sup> Su un nuovo di diritto di famiglia che riparte dai diritti dei singoli membri della famiglia, si vedano le considerazioni di MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *RDC*, 2005, I, pp. 137-154.

mio e che oggi rischiano di confluire in un egualitarismo impoverito dalla leggerezza del lavoro e non arricchito da nuovi diritti relativi alla convivenza, alla valutazione giuridica della materia prima costituita dal 'tempo di vita' riversato nell'esperienza affettiva.

#### 7. Diritto del lavoro e diritto di famiglia: le ragioni di un nuovo incontro

Nel corso del Novecento ogni discorso giuridico sulla modernizzazione sociale mostrava una coerenza intorno al *pane* dei diritti sociali e le *rose* dei diritti civili. Il lavoro per tutta la vita di una persona si coniugava perfettamente con le battaglie per il divorzio e per la famiglia 'democratica', perché dietro quelle battaglie vi era l'enorme questione della parità tra uomo e donna. La base delle due questioni, in fondo, era comune: l'affermazione di diritti civili e politici di cittadinanza sociale. Oggi nel momento in cui il futuro è già passato, nella realtà italiana, le strade della famiglia e del lavoro, da un lato, sono sempre più intrecciate, dall'altro, in virtù della scomposizione del modello unitario di riferimento, appaiono attraversate da una complessa separazione che non consente l'immediata reciproca trasmissione di contenuti. Se il *Welfare* italiano è ancora agganciato alle coordinate di famiglia e lavoro, è evidente come la riflessione, anche giuridica, sulle politiche assistenziali debba essere sempre più attenta ad entrambe le facce del problema da ricomporre in una nuova medaglia.

I tanti rivoli sollevati dalla disgregazione familiare non possano essere ricondotti alla dicotomia tra la famiglia classica, quella fondata sul matrimonio, poco importa se civile o religioso, e la famiglia fondata sul matrimonio mancante. Altre forme di convivenza sorte in questo periodo, come dire, di flessibilità esistenziale, dimostrano l'esistenza di una fase sociale inedita, in cui i bisogni affettivi stentano ad essere ricompresi nelle vecchie categorie giuridiche e sociologiche. Basti pensare come rispetto al processo storico che ha visto la donna liberarsi *nel* lavoro, oggi nuovi momenti di liberazione hanno come oggetto il campo della soggettività collocato nel mercato delle emozioni che può richiedere persino una liberazione *dal* lavoro. Un lavoro che tanto più è precario tanto più si dimostra rigido rispetto alla domanda di elasticità esistenziale, paradossalmente introdotta proprio dalla flessibilità lavorativa.

Tutte domande che meriterebbero forse la risposta di un diritto, come dire, di terza generazione, della famiglia e del lavoro, che sappia ridefinire la

famiglia in rapporto al lavoro, e comprendere un po' di più il lavoro rispetto alla famiglia<sup>93</sup>, rispondendo alla sempre più urgente domanda di conciliazione<sup>94</sup>.

Sia pure sottotraccia, in maniera quasi casuale o comunque senza alcun collegamento espresso, lavoro e famiglia si stanno avvicinando. Il concetto di mantenimento del coniuge debole e dei figli in capo al coniuge non assegnatario presupponeva un modello di riferimento forte a livello professionale: l'idea perfettamente ragionevole che il soggetto più forte, normalmente l'uomo, in virtù di un'occupazione lavorativa qualsiasi potesse mantenere figli e coniuge. Nell'era della precarietà diffusa, dei lavoratori, parenti sempre meno stretti del lavoro vero novecentesco, del lavoro "decente"<sup>95</sup>, la ricomposizione economica della rottura matrimoniale deve cercare strade diverse. Perfettamente funzionale a questo quadro appare la recente riforma che ha introdotto l'affidamento congiunto. Un istituto, che prendendo atto di un mutamento di sensibilità, intuisce le spie di un disagio da affrontare in maniera consapevole con ben altro respiro normativo.

Il problema vero è che famiglia e lavoro non si sono mai incontrati sul terreno giuridico, pur essendo delle ramificazioni del tronco civilistico. Diritto di famiglia e diritto del lavoro nel corso del Novecento si sviluppano nel segno di un parziale distacco dalla matrice originaria, come due estese periferie della grande area privatistica. Accanto al diritto di famiglia vero e proprio, quello del codice civile, quello legato all'idea della circolazione dei

<sup>93</sup> "Conciliare famiglia e lavoro significa rendere compatibili e ricomporre in un unico soggetto due dimensioni della vita individuale, familiare e sociale che molto a lungo sono rimaste separate perché facevano capo a soggetti diversi: lavoro retribuito da una parte e lavoro gratuito di cura dall'altra" (ZANATTA, *Conciliazione tra lavoro e famiglia*, in *Famiglie: mutamenti e politiche sociali*, vol. II, il Mulino, 2002, p. 307).

<sup>94</sup> Sul grande tema della conciliazione si veda *La conciliazione tra lavoro e famiglia*, in *LD*, 2009, n. 2, pp. 161-281.

<sup>95</sup> "Che cosa significa la parola "decenza" applicata al lavoro? Significa un lavoro che, in ogni società, sia l'espressione della dignità essenziale di ogni uomo e di ogni donna; un lavoro scelto liberamente, che associ efficacemente i lavoratori, uomini e donne, allo sviluppo della loro comunità; un lavoro che, in questo modo, permette ai lavoratori di essere rispettati al di fuori di ogni discriminazione; un lavoro che consenta di soddisfare le necessità delle famiglie e di scolarizzare i figli, senza che questi siano costretti essi stessi a lavorare; un lavoro che permetta ai lavoratori di organizzarsi liberamente e di far sentire la loro voce; un lavoro che lasci uno spazio sufficiente per ritrovare le proprie radici a livello personale, familiare e spirituale; un lavoro che assicuri ai lavoratori giunti alla pensione una condizione dignitosa" (BENEDETTO XVI, *op. cit.*, p. 105).

patrimoni, è cresciuto, senza una forma ben definita, nel caos della legislazione speciale, un diritto sociale ambientato nella famiglia: lo Stato Sociale all'italiana, un coacervo di leggi e leggine in perenne oscillazione tra clientelismo e strette finanziarie, in cui raramente è possibile individuare una precisa linea di intervento pubblico relativo alle varie stagioni della vita degli individui, infanzia e vecchiaia, in primo luogo.

Il diritto del lavoro si è ben presto emancipato dalla colonizzazione civilistica, traendo una prima legittimazione proprio dalla legislazione sociale. Tuttavia, nel periodo post-corporativo, si afferma pur sempre nel segno di un specialismo scientifico imperniato su una ricostruzione privatistica della materia. Ed è proprio questa linea privatistica, “la grande privatizzazione”<sup>96</sup> di Santoro Passarelli, ad allontanare il diritto del lavoro dalla contaminazione con il diritto sociale, che in Italia, giova ribadire, è un diritto in larga parte ambientato nella famiglia.

Per lungo tempo, diritto di famiglia e diritto del lavoro si sono sfiorati senza incontrarsi. Alla fine, ignorando per vocazione fondativa il diritto delle persone, espressione del diritto civile colonizzatore<sup>97</sup>, il diritto del lavoro, sempre più trascinato dal vento dell'economia sul versante del mercato, è diventato un “diritto dell'occupazione”<sup>98</sup> non in grado di dialogare con quell'area dei diritti sociali di cui a buon ragione poteva considerarsi un socio fondatore.

Il fatto che nella stagione della disarticolazione più o meno completata delle garanzie novecentesche, il diritto del lavoro costituisca un diritto del mercato del lavoro, condannato a far lavorare sempre più, anche a costo di garantire sempre meno, rappresenta sì il segno di questo distacco tra diritto del lavoro e l'area dei diritti sociali, ma anche il segnale della necessità di un nuovo punto di inizio, ormai già percepibile nel discorso giuslavoristico sulla conciliazione. Il diritto del lavoro poteva vivere nell'isolamento scientifico, al pari di ogni altra branca del diritto, nel momento in cui gli veniva chiesto di regolare il lavoro. Oggi per non diventare una procedura di controllo nel discorso economico, deve riempire di significato giuridico il profilo occupazionale, entrando nella sfera esistenziale che

<sup>96</sup> CIANFEROTTI, *Testi e contesti di storia del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 574.

<sup>97</sup> Per continuare ad utilizzare la “colonizzazione” evocata da ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia, Un giurista racconta*, il Mulino, 1995, p. 57.

<sup>98</sup> LOFFREDO, *Diritti sociali e lavoro: un dibattito sopito*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Giuffrè, 2009, p. 473.

viene prima e dopo il lavoro. Un lavoro a cui non si chiede ormai soltanto sostentamento economico, ma sicurezza identitaria, tracciabilità di saperi, ricomposizione di segmenti privati e pubblici di vita. Sempre più povero di certezze ideologiche e di risorse economiche da regolare nel flusso negoziale, il diritto del lavoro deve così affrontare sfide nuove come la conciliazione famiglia-lavoro interpretando e rielaborando i nuovi modelli familiari. D'altra parte a quarant'anni dal divorzio<sup>99</sup>, il diritto di famiglia non può più offrire un copione esistenziale ai coniugi, ma deve guardare alle soggettività individuali così come configurate nel tragitto casa-lavoro.

### Abstract

Il saggio analizza la connessione famiglia-lavoro negli ultimi decenni, caratterizzati dai tanti cambiamenti che hanno attraversato il diritto di famiglia e il diritto del lavoro. In una prospettiva interdisciplinare, l'autore evidenzia la crisi delle reti di solidarietà familiare, particolarmente rilevante in un paese come l'Italia in cui il Welfare State è stato concepito intorno alla famiglia: le dinamiche del lavoro di cura con particolare riferimento alla tutela della vecchiaia rappresentano l'immagine di questa crisi.

Una crisi che viene osservata in relazione ai mutamenti del lavoro e della famiglia a partire dagli anni Ottanta sino al periodo attuale del lavoro precario e delle convivenze fuori dal matrimonio.

Nel discorso giuridico intorno alla conciliazione famiglia-lavoro, l'autore auspica un dialogo tra diritto di famiglia e diritto del lavoro, per arrivare ad una comprensione giuridica del mutamento sociale in atto.

The essay analyzes the links between work and family on the last decades, characterized by the many changes that have come through the family law and labour law. In an interdisciplinary approach, the author highlights the current crisis of family solidarity networks, particularly relevant in a country as Italy where the Welfare State has been designed around the family: the dynamics of care's work, with particular reference to the protection of old-age, represent the image of this crisis.

A crisis that is observed in relation to changes in work and family from the eighties until current period of the job precariousness and cohabitation without marriage.

In legal discourse around work-life balance, the author calls for dialogue between family law and labour law, to achieve a legal understanding of social change.

<sup>99</sup> Si vedano le riflessioni di TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *RDC*, 1971, pp. 1 ss., dopo l'approvazione della legge sul divorzio.





# giurisprudenza

## note e rassegne critiche

**Tar Campania** - Sentenza 28 marzo 2012, n. 350 - Pres. Antonio Guida, est. Carlo Dell'Olio - Acampora v. Comune di Agerola.

**Enti locali - Nucleo di valutazione - Conferimento incarico ai sensi del regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi del Comune - nomina del Sindaco - competenza - non sussiste.**

*La competenza alla nomina del nucleo di valutazione spetta al consiglio comunale, in qualità di organo di indirizzo politico-amministrativo dell'ente, e non al sindaco, che è semplicemente l'organo responsabile dell'amministrazione generale del comune ed il suo massimo rappresentante.*

\*\*\*

### **Alessandra Pioggia**

La valutazione negli enti locali  
e la nomina dell'organo indipendente di valutazione

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** L'autonomia organizzativa degli enti locali nel disegno costituzionale. **3.** L'organizzazione dei sistemi di valutazione da parte dell'ente locale. **4.** Il giudice e l'autonomia. **5.** Il giudice e la competenza.

#### *1. Premessa*

Non c'è dubbio che uno degli aspetti sui quali gli ultimi interventi normativi in materia di organizzazione e personale della pubblica amministrazione hanno maggiormente insistito sia quello della misurazione e valutazione delle *performance*. Si tratta di un tema non propriamente nuovo se solo si pensa che il primo organico intervento in materia risale al 1999. Nuova probabilmente è l'enfasi che oggi si pone su questo tipo di strumenti. Le ragioni sono diverse: alcune tradizionali ed evidenti, come quella di migliorare il funzionamento dell'amministrazione; altre recenti e sot-

tointese, come quella di attutire gli effetti di riduzioni della spesa pubblica confidando in un maggiore impegno di strutture e personale<sup>1</sup>; altre ancora, per così dire, di comunicazione politica, come quella che traspare dalla presentazione di un intervento di razionalizzazione di un meccanismo che, come appena ricordato, datava più di dieci anni come una riforma “anti-fannulloni”<sup>2</sup>.

Ciascun sistema di misurazione delle *performance* di una struttura, delle sue articolazioni e del personale che in essa opera ha una duplice dimensione: quella organizzativa, che concerne la definizione del modello, la costruzione del percorso e l’attribuzione delle diverse competenze agli uffici coinvolti, e quella operativa, che riguarda le attività di verifica, valutazione e premio e le conseguenze retributive e di carriera che da ciò si fanno discendere. Si tratta di due aspetti strettamente collegati, ma che in una pubblica amministrazione riguardano piani diversi: il primo, infatti, si riferisce al funzionamento, alla composizione e alle attribuzioni degli uffici; il secondo alla gestione del personale e alla disciplina del rapporto di lavoro. Come noto, il primo mette in gioco la potestà organizzativa dell’amministrazione, le fonti normative, regolamentari e provvedimenti attraverso le quali si esercita, e si muove in buona parte nell’ambito del diritto pubblico; il secondo chiama invece in causa i poteri datoriali e la disciplina contrattuale, e si muove nell’ambito del diritto privato<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> È in questo senso significativo il riferimento che alla “*performance*” fa la direttiva n. 10 del 2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica, che si occupa di dare indicazioni in ordine alle riduzioni di organico imposte dal d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135 (recante norme per la *spending review*). Si veda ad esempio il seguente passaggio, in cui la riduzione di risorse viene addirittura presentata come uno strumento per il miglioramento: “lo snellimento dell’amministrazione e la redistribuzione ottimale del personale consentirà una migliore organizzazione del lavoro, favorendo la valorizzazione sia dei dipendenti più meritevoli e della loro *performance* individuale, sia degli uffici che funzionano meglio e, quindi, della *performance* organizzativa”.

<sup>2</sup> È in questo modo che gli organi di stampa, anche alla luce di dichiarazioni ufficialmente rilasciate dall’allora Ministro per la Funzione Pubblica, Renato Brunetta, hanno qualificato l’intervento normativo contenuto nel d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, soprattutto per la parte in cui disciplina il sistema di misurazione e valutazione delle *performance* organizzative e individuali.

<sup>3</sup> Sul rapporto fra disciplina dell’organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, v. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in DP, 2008, p. 59 ss.; D’ALESSIO, *Pubblico impiego*, in CORSO, LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Giuffrè, 2006.

Il presente contributo trae spunto dalla sentenza della prima sezione del Tar Campania del 28 marzo 2012, n. 350<sup>4</sup>, per svolgere alcune considerazioni sul primo ordine di aspetti, quello concernente l'organizzazione del sistema di valutazione della *performance*.

Nella pronuncia appena citata i giudici sanzionano con l'annullamento per incompetenza il decreto di nomina di un membro del nucleo di valutazione adottato dal sindaco e la relativa norma regolamentare che ad esso attribuiva l'esercizio di tale potere. La ragione starebbe nella violazione della regola che vuole che sia l'organo di indirizzo politico di una amministrazione a nominare l'organismo di valutazione. Nell'argomentazione del Tar tale qualità apparterebbe unicamente al consiglio comunale e non al sindaco, che sarebbe "semplicemente l'organo responsabile dell'amministrazione generale del comune ed il suo massimo rappresentante".

I parametri normativi impiegati dal tribunale sono essenzialmente due: il cosiddetto decreto Brunetta, d.lgs. 150/09, nella parte in cui prevede che sia l'organo di indirizzo politico a nominare i membri dell'organismo interno di valutazione<sup>5</sup>, e il testo unico degli enti locali, laddove individua il consiglio comunale quale organo di indirizzo politico<sup>6</sup>.

Entrambi i riferimenti normativi con i quali i giudici sostengono la propria decisione stimolano alcune considerazioni: il primo sotto il profilo della scelta del parametro di giudizio, in considerazione dell'autonomia di un ente locale in materia di organizzazione del proprio sistema di valutazione delle *performance*; il secondo sotto il profilo dell'interpretazione del disposto normativo che, nell'esegesi che ne fa il giudice, imporrebbe di considerare quale organo di indirizzo politico unicamente il consiglio comunale.

## 2. *L'autonomia organizzativa degli enti locali nel disegno costituzionale*

Nel volgere di poco più di due decenni il progetto costituzionale di riconoscimento e promozione delle autonomie locali ha trovato compimento, dapprima per il tramite di una serie di interventi legislativi che, a partire dalla legge 8 giugno 1990 n. 142, hanno riempito di contenuto una autonomia fino a quel momento solo dichiarata dall'ordinamento, poi at-

<sup>4</sup> Epigrafata e massimata in questo numero.

<sup>5</sup> In particolare, per l'aspetto che qui interessa, l'articolo 14 comma 3.

<sup>6</sup> In particolare l'articolo 42, co. 1, del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

traverso la riforma del titolo V della nostra carta fondamentale, che ha attribuito pari dignità a tutti i livelli di governo costituenti la Repubblica, rompendo il precedente schema “gerarchico” che sottoponeva l’autonomia locale ai “principi fissati da leggi generali della Repubblica”<sup>7</sup>.

L’abrogazione dell’articolo 128 della Costituzione, che, per l’appunto, subordinava ai principi posti dal legislatore l’esercizio dell’autonomia locale, rappresenta un’importante chiave di lettura del nuovo sistema. In particolare suggerisce una interpretazione sostanziale del secondo comma del rinnovato articolo 114, ai sensi del quale l’autonomia statutaria degli enti locali è oggi da esercitarsi “secondo i principi fissati dalla Costituzione”<sup>8</sup>.

La sostituzione dei principi costituzionali a quelli legislativi nella regolazione generale dell’esercizio dell’autonomia organizzatoria degli enti locali sancisce un fondamentale cambio di prospettiva: l’asse dell’uniformità

<sup>7</sup> Sui caratteri del sistema delineato dalla riforma costituzionale resta utilissima la ricostruzione di CARLONI, *Lo stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Giappichelli, 2004. Non si ignora, tuttavia, che la concreta applicazione del modello definito dal nuovo titolo V della Costituzione si sia caratterizzata per un atteggiamento spesso volto a preservare le esigenze di uniformità rispetto alle ambizioni di differenziazione. Ha parlato, a questo proposito, di un’attuazione tendenzialmente centralista di un disegno federalista MERLONI, *Il paradosso italiano: “federalismo” ostentato e centralismo rafforzato*, in *LR*, 2005, p. 469 ss. La stessa Corte costituzionale nelle sue pronunce ha oscillato fra un atteggiamento di garanzia del disegno costituzionale delle autonomie e l’indicazione di una via costituzionalmente accettabile al recupero di sempre più ampi spazi di regolazione da parte del legislatore nazionale. Gli esempi sono diversi, quali il caso della sentenza n. 324 del 2010, in cui la Corte riconduce all’ordinamento civile la materia del ricorso alla dirigenza esterna “complessivamente intesa” per sostenere l’applicazione della disciplina fissata con legge statale anche alle regioni.

<sup>8</sup> Per una più approfondita analisi di tali aspetti si rinvia a PIOGGIA, *I principi come limite dell’organizzazione degli enti locali*, in ASTONE, CALDARERA, MANGANARO, ROMANO TASSONE, SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo e autonomie territoriali*, Giappichelli, 2007, p. 83 ss. In generale sul nuovo assetto delle fonti, RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *DP*, 2002, p. 767; con specifico riferimento alla disciplina dell’amministrazione, BERTI, DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Luiss Edizioni, 2002; CASSESE, *L’amministrazione nel nuovo titolo quinto della Costituzione*, in *LR*, 2001, p. 1193. Sul rapporto fra livelli di governo dopo la riforma costituzionale, v. VESPERINI, *I “signori” dell’ordinamento locale*, in CHIEFFI, CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, 2004, p. 309; PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *LR*, 2003, p. 615 ss.; ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *LR*, 2002, p. 321 ss.

della disciplina dell'organizzazione di comuni e province si sposta dalla legge alla Costituzione. Questo ridimensiona in maniera significativa il ruolo del legislatore statale e costituisce un evidente limite anche per quello regionale<sup>9</sup>. Naturalmente si tratta di limiti che riguardano l'organizzazione generale degli uffici e delle funzioni degli enti locali, quella che, per l'appunto, trova la sua sede privilegiata nello statuto locale<sup>10</sup>. Ma non è poco, dal momento che il dettato costituzionale attuale priva la legge dello Stato della precedente competenza "generale" a regolare, se pur per principi, l'autonomia organizzativa degli enti locali e impedisce di ritenere che tale generale competenza possa essere ora riconosciuta in via residuale alle regioni, stante la subordinazione ai soli principi costituzionali dell'esercizio della potestà statutaria<sup>11</sup>.

Per individuare un titolo di competenza statale ad intervenire sull'organizzazione locale occorre allora ricercare una specifica attribuzione in questo senso nell'elenco di materie che l'articolo 117, secondo e terzo comma della Costituzione, rimette alla legge dello Stato. Come è noto, l'unica materia relativa all'organizzazione amministrativa in generale riguarda lo Stato e gli enti pubblici nazionali e non gli enti locali. Per quanto concerne l'organizzazione di questi ultimi, la sola competenza legislativa che direttamente la coinvolge è quella indicata alla lettera p) del secondo comma dell'articolo 117, relativa alla disciplina, oltre che della materia elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane. Il riferimento agli organi di governo va però correttamente inteso come relativo unicamente agli organi titolari delle competenze di indirizzo politico, che traggono la loro legittimazione direttamente o indirettamente dalla volontà popolare. Con riferimento a questo livello di organizzazione, quindi, la legge statale può ancora imporre una forte uniformità alla disciplina statutaria locale<sup>12</sup>. Restano però fuori gli altri organi, quelli cosiddetti di gestione, e tutti gli altri uffici non aventi

<sup>9</sup> MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in LR, 2002, p. 431 ss.

<sup>10</sup> In proposito si veda CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in LR, 2002, p. 1015 ss.

<sup>11</sup> Sull'evoluzione della potestà normativa degli enti locali v. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La capacità di produzione del diritto obiettivo da parte dei gi enti locali oltre l'ambito della tradizionale attività normativa alla luce del nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in CHIEFFI, CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *op. cit.*, p. 341 ss.

<sup>12</sup> MERLONI, *Il destino dell'ordinamento, cit.*, p. 409 ss.

la qualità di organi. Va da sé, infatti, che l'altra materia contemplata nella citata lettera p), quella delle funzioni fondamentali, riguarda l'azione e non direttamente l'organizzazione degli uffici, anche se non può escludersi che la disciplina della prima possa incidere sulle scelte organizzative. In questo caso, tuttavia, potrà trattarsi al più di vincoli specifici, strettamente collegati e strettamente necessari alla disciplina della funzione, relativi, ad esempio, alla presenza di un certo tipo di ufficio o alla attribuzione della competenza ad adottare determinati atti ad una certa tipologia di organi piuttosto che ad altri<sup>13</sup>. Lo stesso dovrà dirsi a proposito delle altre materie di competenza statale e regionale, concernenti non direttamente l'organizzazione, ma possibili compiti, funzioni e poteri amministrativi da esercitarsi da parte delle amministrazioni locali. Anche in relazione ad esse potrebbe prospettarsi la fissazione con legge di alcuni vincoli organizzativi, ma, come sopra considerato, non potrà trattarsi di generali regole di organizzazione capaci di limitare l'autonomia organizzativa in senso ampio. Anche la Corte costituzionale, con riferimento ad una materia di competenza legislativa statale di grande importanza, quale quella relativa alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, ha chiarito come tale titolo competenziale legittimi il legislatore a fissare *standard* strutturali ed operativi dei servizi, ma non "norme volte ad altri fini, quali, ad esempio, la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti all'erogazione delle prestazioni"<sup>14</sup>.

### 3. *L'organizzazione dei sistemi di valutazione da parte dell'ente locale*

In questo quadro si inserisce la questione dell'organizzazione dei sistemi di valutazione da parte dei comuni.

Se si pone mente a quanto appena considerato, si converrà sul fatto che ci si trovi di fronte a scelte organizzative di carattere generale da effet-

<sup>13</sup> Una posizione parzialmente diversa è espressa da CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in LR, 2002, p. 462, che, interpretando la locuzione "funzioni fondamentali" in stretto rapporto con le altre due, "organi di governo" e "sistema elettorale", configura una legislazione statale esclusiva "riferita agli elementi essenziali di articolazione dell'assetto istituzionale delle autonomie locali. In questo diverso significato le funzioni fondamentali non attengono alle *materie* ma alle *modalità* di svolgimento dell'attività degli enti locali".

<sup>14</sup> Così nella sentenza n. 371 del 2008.

tuarsi nell'esercizio della potestà statutaria e regolamentare dell'ente locale. L'organizzazione del sistema di valutazione, infatti, non si lega a specifiche funzioni o attività dell'amministrazione, ma riguarda più in generale il suo complessivo funzionamento. Questo comporta che le relative scelte rientrino innanzi tutto nell'autonomia organizzativa della quale l'ente locale dispone in generale e che è tenuto ad esercitare nel rispetto dei principi costituzionali.

A ben guardare, anche prima della costituzionalizzazione di tale modello, il legislatore ordinario riteneva che la definizione del sistema di valutazione dovesse essere in gran parte rimessa alle autonome scelte organizzative dell'ente locale. In questo senso dispone infatti l'articolo 147 del testo unico degli enti locali, d.lgs. 267/00, prevedendo che la disciplina dei controlli interni è dettata dagli enti locali "nell'ambito della loro autonomia normativa ed organizzativa"... "anche in deroga" ai principi fissati dal decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 286 che, come ricordato, regolava in maniera organica la materia.

In applicazione di tale quadro normativo le amministrazioni comunali hanno esercitato il proprio potere di organizzazione disciplinando in sede statutaria e regolamentare i propri sistemi di controllo interno e di valutazione del personale e della dirigenza. La mancata imposizione di un modello unitario e uniformante da parte del legislatore sembra peraltro aver dato buoni frutti, se si considera come l'attuazione dei sistemi di valutazione precedenti alla "riforma" del 2009 nel comparto Regioni ed autonomie locali era ben più avanti rispetto a quanto accadeva nelle amministrazioni centrali dello Stato<sup>15</sup>, alle quali peraltro il modello definito dal decreto 286 prima citato si applicava integralmente.

Rispetto a questo quadro, il decreto 150 del 2009, che interviene, fra l'altro, a ridisciplinare il sistema di valutazione<sup>16</sup>, si colloca in palese contro-

<sup>15</sup> Si veda MARCANTONI, VENEZIANO, *Rapporto sui sistemi di valutazione della dirigenza nelle Regioni e nelle Province autonome. Modelli, strumenti ed esperienze a confronto*, FrancoAngeli, 2007.

<sup>16</sup> Sulle caratteristiche del quale, anche con riferimento alle ricadute sul rapporto lavorativo della dirigenza, v. ampiamente NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011, p. 255 ss.; MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in LPA, 2009, p. 729; In generale sugli effetti del d.lgs. 150 del 2009 sul lavoro pubblico, CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in LPA, 2010, p. 235 ss.

tendenza<sup>17</sup>. Con esso il Governo imprime una decisa stretta centralista al sistema delle autonomie, riconoscendo alla legge dello Stato l'autorità di ridisegnare profondamente il funzionamento dell'amministrazione anche a livello locale<sup>18</sup>. Il legislatore, peraltro, non sembra ignorare che nell'elenco di materie che il secondo e il terzo comma dell'articolo 117 rimettono alla legge dello Stato manca la disciplina dell'organizzazione degli enti locali, tant'è che per rendere vincolanti alcune, anche se non tutte, le norme che regolano il nuovo sistema di valutazione delle *performance* ricorre alla "creazione" di un titolo di competenza non previsto in Costituzione. L'articolo 74 del decreto 150 del 2009 qualifica infatti una serie di disposizioni concernenti l'organizzazione della valutazione<sup>19</sup> come norme "di diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione", costituenti "principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali".

<sup>17</sup> In questo senso anche BOLOGNINO, *L'attuazione del sistema di valutazione delle performance nel Comparto Regioni ed Autonomie locali: profili giuridici*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>18</sup> Sulla inopportunità, oltre che la dubbia legittimità, di questo tipo di intervento si veda ampiamente NICOSIA, in questo numero. Per una ricostruzione dei vincoli imposti a regioni ed enti locali in materia di impiego pubblico si vedano rispettivamente CERBONE, *Fonti, organizzazione e rapporti di lavoro negli Enti locali*, in *IF*, p. 871 ss.; TROJSI, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle regioni*, in *IF*, 2009, p. 819 ss. Il disegno riformatore che culmina nel d.lgs. 150 del 2009 si caratterizza non solo per la "sfiducia" nelle autonomie locali, la capacità organizzativa delle quali vorrebbe vedere pesantemente ridimensionata a favore della legge, ma anche per una decisa svalutazione delle autonomie contrattuali, vista la pesante rilegificazione di diverse materie prima di competenza contrattuale, compresa quella della valutazione. Sul punto si vedano ampiamente CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *RGL*, 2010, p. 452 ss.; D'ALESSIO, *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in PIZZETTI, RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, 2010, p. 29 ss.; D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, p. 6; TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *GDA*, 2009, p. 471. Per GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, p. 579 ss., tale diverso assetto delle fonti unilaterali e contrattuali è tale da prefigurare addirittura una ripubblicizzazione del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

<sup>19</sup> Si tratta, in particolare, dell'articolo 3, relativo ai principi generali sulla valutazione e sul ciclo di gestione della *performance*; del 4, sull'articolazione del ciclo di gestione della *performance*; di parte del 5, relativamente a obiettivi e indicatori; del 7 sul sistema di misurazione e valutazione della *performance*; del 9, sugli ambiti di misurazione e valutazione della *performance* individuale; del primo comma del 15, relativo alla responsabilità dell'organo di indirizzo politico-amministrativo nella promozione della cultura della responsabilità per il miglioramento della *performance*, del merito, della trasparenza e dell'integrità; del 17, a proposito del divieto di nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e del 18, sui criteri e le modalità per la valorizzazione del merito ed incentivazione della *performance*.



Il primo dato significativo da sottolineare è che l'esigenza del legislatore statale di giustificare in qualche modo la presunta competenza ad intervenire in generale sulla disciplina dell'organizzazione del sistema di misurazione e valutazione delle *performance* di regioni ed enti locali, conferma quanto fino ad ora sostenuto a proposito del fatto che tale materia non è riconducibile a nessun ambito di competenza statale espressamente prevista in Costituzione, né esclusiva, né concorrente con quella regionale. Diversamente, alcuni specifici interventi possono farsi alla luce di altre materie. È il caso della previsione che impone la trasparenza del sistema di valutazione e dei suoi risultati<sup>20</sup>, che si applica agli enti locali in quanto ascrivibile alla competenza statale alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. Come si vede, tuttavia, tale titolo competenzaale legittima un intervento limitato alla fissazione di alcuni requisiti del modello di valutazione delle *performance* e non certo alla determinazione di regole organizzative generali o di principi in merito.

La seconda considerazione ha un tono critico e intende mettere in dubbio la stessa costituzionalità del titolo di competenza “creato” per l'occasione dal legislatore<sup>21</sup>. La pretesa legittimazione di quest'ultimo a dettare regole organizzative applicabili a tutti i livelli di governo si fonderebbe su una sorta di primazia della legge statale ad estrapolare principi di organizzazione che costituiscono “diretta attuazione” dell'articolo 97 della Costituzione. Se pure è vero che, ai sensi dell'articolo 114, gli enti locali, nell'esercizio della loro potestà statutaria e di conseguenza regolamentale in materia di organizzazione, debbono attenersi al rispetto dei “principi fissati dalla Costituzione”, non si vede su cosa si dovrebbe fondare la legittimazione della legge statale a estrapolare tali principi<sup>22</sup>. Il riferimento al ri-

<sup>20</sup> Sull'applicazione del principio di trasparenza all'organizzazione e alla gestione del personale sia consentito rinviare a PIOGGIA, *La trasparenza nell'organizzazione e nella gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, 2008, p. 693 ss.

<sup>21</sup> Su questo spunto critico più ampiamente, PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la “riforma Brunetta”*, University Press, 2012, p. 131 ss.

<sup>22</sup> MERLONI, *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali*, in D'ALESSIO (a cura di), *L'amministrazione come professione*, il Mulino, 2008, p. 214, si pone il problema dell'individuazione dei principi costituzionali a cui devono ossequio regioni ed enti locali nell'esercizio della propria potestà organizzativa e suggerisce come solu-

spetto dei principi costituzionali non vale infatti ad attribuire al legislatore statale il compito di individuarli. Se così fosse, si sarebbe ripristinata per altra via la competenza della legge a dettare norme generali per l'esercizio dell'autonomia, vanificando il senso dell'abrogazione dell'articolo 128 della Costituzione. Ne discende che i principi a cui gli enti locali debbono adeguarsi nel disciplinare la propria organizzazione amministrativa debbono essere tratti direttamente dalla Costituzione senza alcuna interposizione della legge dello Stato.

Quanto fino ad ora considerato getta forti dubbi sulla legittimità costituzionale dei vincoli alle scelte organizzative degli enti locali in materia di valutazione e comunque invita ad interpretarli in maniera il più possibile rispettosa dell'autonomia.

#### 4. *Il giudice e l'autonomia*

Nella sentenza del Tar, alla quale si è fatto sopra riferimento, non c'è traccia di tale atteggiamento "rispettoso" dell'autonomia locale. Le norme del decreto 150 che riguardano il sistema di valutazione sono impiegate come parametro del giudizio, senza interrogarsi sulla loro applicabilità all'ente locale, tant'è che lo specifico articolo al quale il collegio fa diretto riferimento non rientra nemmeno fra quelli che, in base al dubbio titolo di competenza indicato dall'articolo 74, costituirebbero principi generali di diretta attuazione dell'articolo 97 della Costituzione. Si tratta infatti dell'articolo 14 del decreto, che riguarda l'organismo indipendente di valutazione della *performance* e che non è direttamente applicabile a comuni e province<sup>23</sup>.

Sul punto ha avuto occasione di esprimersi anche la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), che ha definitivamente chiarito come gli enti locali non siano tenuti a costituire tale organismo (OIV) secondo i requisiti e le modalità indicate nell'articolo citato, proprio perché le disposizioni contenute nell'ar-

zione quella di una legge statale approvata previa "intesa in Conferenza unificata su un testo che provvede ad identificare esplicitamente, senza rinvii a future attività interpretative, i principi direttamente ricavabili dalla Costituzione". Si tratta di una soluzione certamente più rispettosa delle autonomie di quella che si pretende di affermare con l'art. 74 del decreto 150.

<sup>23</sup> A proposito di tale passaggio della pronuncia del giudice campano, NICOSIA parla di "errore di prospettiva", in questo numero.

articolo 14 del d.lgs. 150 del 2009 non si applicano ad essi<sup>24</sup>. Dello stesso avviso è anche la Corte dei conti, che in due pareri si è espressa nel senso della non obbligatorietà della costituzione dell'ov<sup>25</sup>.

Sia la Civit che i giudici contabili ritengono tuttavia che, laddove un comune decidesse in autonomia di costituire l'ov, dovrebbe attenersi ai requisiti indicati dall'articolo 14, che, in virtù di quella che sembrerebbe una sorta di adesione volontaria, diverrebbero così direttamente applicabili all'ente locale. Anche a voler tacere delle perplessità che suscita questo tipo di argomentazione, non si può però non considerare come il Comune protagonista della sentenza alla quale si fa qui riferimento non avesse affatto inteso costituire un ov, ma continuasse, in maniera del tutto legittima, a far riferimento al Nucleo di Valutazione interna, secondo il modello organizzativo precedente alla riforma del 2009.

Non si può a questo punto non considerare quanto meno criticabile la scelta dei giudici in ordine al parametro legislativo da applicare nel caso concreto. Il che appare viepiù grave in considerazione del fatto che il vincolo per un comune a prevedere che la nomina dei membri dell'organismo coinvolto nella valutazione della dirigenza, in qualsivoglia modo configurato, sia di competenza dell'organo di indirizzo politico avrebbe ben potuto essere tratto da altre previsioni normative. La disciplina degli organi di governo degli enti locali è infatti materia di competenza del legislatore nazionale e nell'esercizio della relativa potestà normativa quest'ultimo può ben prevedere che fra i compiti di tali organi rientri la nomina dei membri del Nucleo di Valutazione. In questo senso è da interpretarsi, ad esempio, l'articolo 147 del testo unico degli enti locali, d.lgs. 267 del 2000, ai sensi del secondo comma del quale "i controlli interni sono ordinati secondo il principio della distinzione tra funzioni di indirizzo e compiti di gestione". La funzione della valutazione, la sua centralità nel sistema di responsabilità dirigenziale<sup>26</sup>, la natura strategica delle informazioni che ne derivano, anche ai fini della definizione dell'indirizzo politico, sono tutti elementi che vanno nella direzione di ritenere che non possa che essere l'organo di indirizzo politico a nominare i soggetti che ricopriranno i relativi incarichi.

<sup>24</sup> Così nella delibera 121 del 9 dicembre 2010.

<sup>25</sup> C. Conti, sez. controllo Lombardia, n. 325/2011/PAR e C. Conti, sez. controllo Basilicata, n. 96/2011/PAR.

<sup>26</sup> Su questi aspetti ampiamente ed esaurientemente NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2012, *passim*, spec. p. 137 ss.

### 5. Il giudice e la competenza

Veniamo ora in breve e conclusivamente all'altra questione, strettamente conseguente a quanto appena considerato: quella relativa all'individuazione dell'organo o degli organi ai quali possa riconoscersi la competenza generale di indirizzo politico-amministrativo.

È opinione comune che tale qualificazione sia propria di tutti gli organi di governo di un ente, come del resto prevede espressamente l'articolo 4 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che contiene, insieme all'articolo 14 del medesimo decreto, le regole fondamentali in materia di distinzione fra indirizzo politico e gestione amministrativa<sup>27</sup>.

Alla luce di ciò non si vede alcuna ragione giuridica per negare tale qualificazione al sindaco. L'argomento dei giudici napoletani si appoggerrebbe su quanto letteralmente disposto dall'articolo 42 del d.lgs. 267 del 2000, che, al comma 1, qualifica il Consiglio comunale come "l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo" e dall'articolo 50 del medesimo decreto, che definisce il sindaco organo "responsabil(e) dell'amministrazione del comune". La mancanza dell'espresso riferimento letterale alla funzione di indirizzo nella qualificazione del ruolo del sindaco non è una giustificazione in grado di reggere di fronte ad elementi di sistema ben più consistenti, quali l'indubbia natura di organo di governo di quest'ultimo, per non parlare della sua natura elettiva.

Quello del Tar campano appare quindi un argomento assolutamente insostenibile. Del resto non può non tenersi in qualche considerazione anche il fatto che la stessa legge 4 marzo 2009 n. 15, nel delegare il Governo a prevedere il sistema di misurazione e valutazione delle *performance* poi definito con il decreto 150, all'articolo 4, comma 2, lett. g), abbia indicato, fra i criteri della delega, quello di "prevedere che i sindaci e i presidenti delle province nominino i componenti dei nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti". Nessun dubbio, quindi, sembra potersi sensatamente sollevare sul fatto che anche i sindaci siano organi di indirizzo politico.

<sup>27</sup> Sul contenuto dei quali si veda ampiamente MERLONI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni)*: Art. 3. *Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità*; Art. 14. *Indirizzo politico-amministrativo*, in *NLCC*, 1999, p. 1084 ss. e p. 1136 ss.

## Gabriella Nicosia

### La valutazione nelle amministrazioni pubbliche: oscurità normativa e delle prassi applicative

**SOMMARIO:** **1.** Premessa: la confusione di lingue generata da un dettato normativo non perspicuo e le ricadute sul piano dell'applicazione nelle amministrazioni diverse da quelle statali. **2.** Le pre-condizioni minime che sorreggono la corretta implementazione del sistema di valutazione delle *performance* in qualsiasi amministrazione: *a)* il giusto procedimento, *rectius* la giusta procedimentalizzazione; *b)* la chiara individuazione dei titolari del potere di valutazione; *c)* il coinvolgimento del valutato nella procedura di valutazione. **3.** Spunti per una riflessione conclusiva.

1. *Premessa: la confusione di lingue generata da un dettato normativo non perspicuo e le ricadute sul piano dell'applicazione nelle amministrazioni diverse da quelle statali*

A quasi tre anni dalla riforma Brunetta molti sono ancora i dubbi e le incertezze applicative di studiosi, giudici, e più in generale attori del sistema, sulla corretta implementazione del ciclo di gestione delle *performance* nelle amministrazioni pubbliche.

La meritevole intenzione di instillare la cultura della valutazione all'interno dei nostri apparati si scontra, da almeno vent'anni, con la difficoltà di individuare percorsi valutativi veramente adatti alle specificità delle variegate realtà in cui si esprime il nostro sistema amministrativo.

Mentre gli studiosi, tanto di diritto amministrativo quanto di diritto del lavoro, da tempo, infatti, hanno preso coscienza della profonda diversificazione esistente fra le varie amministrazioni, in ragione soprattutto della diversificazione delle relative funzioni, e corrispondentemente dei compiti che il personale e la dirigenza, ciascuno per le rispettive competenze, sono chiamati a svolgere<sup>1</sup>, il legislatore ha continuato a ragionare per lo più in

<sup>1</sup> Da ultimo si legga ZOLI, *La struttura della contrattazione collettiva nel settore pubblico*, in LPA, 2011, spec. p. 861, nonché le riflessioni contenute nel volume, in corso di stampa, che

termini monolitici – mancando l'occasione per prendere finalmente in considerazione questa peculiarità del nostro ordinamento – e a legiferare conservando un approccio uniformatore<sup>2</sup>.

La riforma in materia di misurazione e valutazione delle *performance*, introdotta nel 2009, ha, così, finito sostanzialmente per contemplare, e usare come modello, uno specifico settore della nostra P.A., quello relativo alle amministrazioni statali<sup>3</sup>.

Per di più il dettato normativo è parso in più punti oscuro e foriero di letture interpretative anche confliggenti.

Si pensi alla controversa questione relativa a chi valuta la dirigenza non di vertice, dovuta all'assenza di una previsione nel d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 in grado di offrire significativi spunti chiarificatori in merito.

Per questa e per altre ragioni, da diverse parti prospettate, sono rimaste per lo più deluse le molte aspettative che avevano circondato la relativa emanazione<sup>4</sup>.

raccoglie le relazioni e gli interventi presentati al Convegno organizzato in occasione della presentazione del progetto di ricerca F.A.R.O., *Flessibilità, modelli organizzativi e rapporti nella sanità*, Università di Napoli Federico II, 2012, a cura di LIGUORI, ZOPPOLI A., Editoriale Scientifica.

<sup>2</sup> Osserva ZOPPOLI L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in ID. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 38, come l'obiettivo ultimo del legislatore sembra quello di “[...] mettere sotto stretta vigilanza il variegato e disordinato universo delle amministrazioni pubbliche, specialmente periferiche”.

<sup>3</sup> Nell'economia di questo scritto non è possibile affrontare compiutamente questa tematica, qui basti solo rammentare che il d.lgs. 150/09 si preoccupa precipuamente all'art. 74 di individuare disposizioni di diretta applicazione (I comma) e vincoli di adeguamento per gli enti territoriali (II comma). Fra le disposizioni cui queste amministrazioni si devono adeguare vanno ricomprese quelle contenute nel capitolo del decreto dedicato alla misurazione e valutazione della performance. Sulle problematiche correlate all'adeguamento in questione, si rinvia all'analisi critica di D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti, legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, p. 5 ss., e specialmente al paragrafo intitolato “*l'ambito oggettivo di applicazione della riforma*”.

<sup>4</sup> Si leggano le considerazioni contenute nell'Editoriale di MARIO RUSCIANO, in questa rivista, 2011, p. 187. Fra i commenti alla riforma si vedano quelli a cura di ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica*, cit.; CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, 2010; AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2011; CARINCI F., MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011; Si veda pure il numero monografico delle *Nuove leggi civili commentate*, n. 5, 2011, a cura di NAPOLI, GARILLI, nonché il numero monografico della rivista *Giurisprudenza Italiana*, n. 12 del 2010, e ivi l'introduzione di PERSIANI. Vedi, altresì, i commenti di D'ALESSIO, *Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza*, Audizione del 17 giugno 2009, Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, in *www.astrid-*

Si ricorderà, infatti, che con la riforma degli anni 1997-98, nota ai più come “la seconda privatizzazione del lavoro pubblico”<sup>5</sup>, il legislatore aveva già provato ad assegnare alla valutazione, innanzitutto delle prestazioni dirigenziali, un ruolo sostanziale all’interno di un sistema dichiaratamente volto ad accrescere l’efficienza e la produttività nell’ambito delle pubbliche amministrazioni. Sotto l’egida di quel primo tentativo di riforma era mancato, però, un effettivo “decollo”<sup>6</sup> della valutazione della dirigenza e del restante personale<sup>7</sup>.

Il d.lgs. 150/09, collocandosi in linea di ideale continuità con la precedente disciplina in materia, aveva, in un primo momento, contribuito a dare corpo alla convinzione che il nostro ordinamento avesse finalmente intrapreso una nuova direzione, grazie alla introduzione di elementi di effettività nel sistema, in grado di produrre un circuito virtuoso di attivazione di concreti meccanismi di monitoraggio, misurazione e valutazione della gestione amministrativa.

online.it; CARABELLI, *La “riforma Brunetta”: un breve quadro sistemico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”*.IT - 101/2010.

<sup>5</sup> Cfr. le sempre attuali considerazioni di D’ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, Giuffrè, 2000, p. 233.

<sup>6</sup> SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., pp. 279-280. ZOPPOLI A., *L’indipendenza dei dirigenti pubblici*, in ZOPPOLI L. (a cura di), cit., spec. par. 12. Ma v. pure MONDA, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l’applicazione a Regioni ed enti locali*, in *IF*, 2009, p. 1967 ss.

<sup>7</sup> Da più parti si lamentava come, prima della riforma del 2009, la prevalente prassi applicativa fosse tale per cui la retribuzione di risultato veniva erogata in assenza di una preventiva valutazione o a seguito di percorsi di valutazione per lo più fittizi e meramente strumentali. La giurisprudenza si è pure pronunciata più volte sulla questione. Si veda, per esempio, una recente sentenza, annotata da SELVAGGI, dattiloscritto. Si tratta di un Tribunale di Busto Arsizio, n. 391 del 2010, in cui è stata affrontata la questione della erogabilità della retribuzione di risultato in assenza di una pregressa valutazione ed il cui *decisum* vale la pena riportare sinteticamente. Il giudice ha, infatti, in quella occasione, stabilito che “*La retribuzione di risultato percepita dai dirigenti poteva essere erogata solo in presenza di un processo di valutazione esercitato dal Nucleo di valutazione. Il Nucleo di valutazione è fondamentale ed imprescindibile organismo, richiamato dall’art. 5 del d.lgs. 286/99 e ora dall’art. 4, co. 2, lett. g), l. 15/09 per la valutazione dei dirigenti ai fini dell’erogazione della retribuzione di risultato e della responsabilità dirigenziale*”. Sul rapporto valutazione/retribuzione/responsabilità sia consentito rinviare a NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della misurazione e valutazione individuale*, in CARINCI E, MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 235 ss.; sul tema cfr. le considerazioni di BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 117; NICOLOSI, *La dirigenza pubblica*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1146.

In un secondo momento, e a dispetto delle buone intenzioni del legislatore, il d.lgs. 150/09 ha prestato il fianco all'obiezione di essere una normativa pensata e confezionata soprattutto con riguardo alla realtà delle amministrazioni statali<sup>8</sup>.

Queste ultime, com'è noto, sono amministrazioni disaggregate e quindi diverse da quelle locali, che si presentano quali amministrazioni compatte e con scarsa differenziazione funzionale, esprimendo così un diverso modello di *governance*<sup>9</sup>. La presunzione di potere applicare *ex abrupto* disposizioni pensate per realtà amministrative diverse, ha procurato un'impassa applicativa di non poco momento, dimostrata, per esempio, dai documenti Anci con i quali si è provato, da subito, a individuare le ragioni poste a fondamento della auspicabile necessità di trattare in maniera differenziata realtà amministrative che restano morfologicamente diverse<sup>10</sup>.

Questa è la ragione che spiega i tentativi di alcune amministrazioni di chiamarsi fuori dall'applicazione della disciplina contenuta nel decreto in questione<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Parla di palese controtendenza PIOGGIA, in questo numero; BOLOGNINO, *L'attuazione del sistema di valutazione delle performance nel Comparto regioni e autonomie locali: profili giuridici*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>9</sup> In generale sul modello di *governance* nelle amministrazioni locali dopo la riforma del 2009, si veda ampiamente PIOGGIA, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta: chi crede nelle autonomie?*, in GARDINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, University Press, 2012, p. 131 ss.; per l'analisi dei differenti modelli di *governance* nelle amministrazioni statali e locali, sia consentito pure il rinvio a NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011. Con particolare riguardo agli aspetti, che qui interessano, relativi alla misurazione e valutazione delle *performance* nelle amministrazioni locali, si veda il volume di MERCURIO, ZOPPOLI A. (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali, la comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Editoriale Scientifica, 2009.

<sup>10</sup> Si tratta della lettura interpretativa prospettata dall'Anci nell'immediatezza dell'emanazione del decreto Brunetta, nel documento esplicativo dal titolo "*L'applicazione del decreto legislativo n. 150/2009 negli Enti Locali: le prime linee guida dell'Anci*". Proprio in questa occasione l'Anci si è interrogata, con riguardo alla nomina dell'Organismo indipendente di valutazione, se lo stesso sostituisca o meno il nucleo di valutazione, ed è stato chiarito che "[...] La questione, che può apparire scontata in quanto l'art. 30, co. 4, abroga le disposizioni del d.lgs. 286/99 che disciplinano i nuclei di valutazione, incontra innanzitutto un problema interpretativo perché la fonte principale dei controlli per gli enti locali resta l'art. 147 del d.lgs. 267/00 (non espressamente derogato) che riconosce ampia autonomia nella configurazione degli organismi di valutazione".

<sup>11</sup> CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità: il ridisegno della governance*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT - 104/2010*, sostiene addirittura che "[...] le ammi-



Ciò con particolare riguardo al capitolo dedicato alla disciplina della valutazione e, più in generale, al ciclo di gestione delle *performance*.

Va detto pure che uno dei punti più controversi, quanto alla applicabilità dell'intera riforma Brunetta in settori amministrativi diversi da quelli statali, è ravvisabile proprio nella individuazione dei soggetti preposti alla valutazione delle *performance*.

Volendo andare al cuore del problema, fra le questioni che maggiormente hanno impegnato la dottrina, e, nei primi casi affrontati subito dopo l'emanazione del decreto 150/09, pure la giurisprudenza, possono di certo essere annoverate: *a*) quella relativa alla doverosità, o meno, di nominare un organismo indipendente di valutazione (d'ora in poi *orv*) ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo citato, piuttosto che la possibilità, per esempio negli enti locali, di mantenere in vita i vecchi nuclei di valutazione, *b*) a chi spetti la nomina del soggetto preposto alla valutazione; e, andando ancor più alla radice del problema, *c*) "chi valuta chi".

In questo scritto ci si occuperà specificatamente dei punti *sub a*) e *c*) che coinvolgono il piano della micro organizzazione e cioè delle scelte, anche organizzative, assunte con i poteri del privato datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, nuovo testo.

Rispetto al punto *sub b*) che ha addentellati, invece, con l'area della macro organizzazione, e contempla le scelte discrezionali di diritto amministrativo, salve alcune riflessioni conclusive, si rinvia allo scritto di ALESSANDRA PIOGGIA.

Va subito detto che in questo lavoro si intende per un verso sostenere la salvaguardia dell'autonomia normativa ed organizzativa delle amministrazioni locali e, per l'altro verso, evidenziare come l'interpretazione offerta subito dopo l'emanazione del d.lgs. 150/09, dopo qualche incertezza iniziale, si sia assestata anch'essa in questa direzione interpretativa.

In effetti, le diverse delibere della Civit che si sono succedute proprio nell'immediatezza dell'emanazione del decreto Brunetta danno il segno del

nistrazioni che sono, o si sono chiamate, fuori dall'applicazione delle disposizioni più qualificanti il provvedimento con riguardo al riassetto della *governance* (i titoli II e III, sulla misurazione della *performance*, e su merito e premi) costituiscono, di già, un numero esorbitante: regioni, enti locali, amministrazioni sanitarie, scuole, università, enti di ricerca, istituzioni di alta formazione artistica ecc. (art. 74, co. 4, e art. 16). Praticamente integralmente dentro rimangono soltanto le amministrazioni ministeriali (non tutte, per es. la Presidenza del Consiglio: ex art. 74, co. 3) e parastatali, esclusi gli enti di ricerca".

profondo disagio – avvertito soprattutto nelle amministrazioni locali – nell'introdurre all'interno del relativo sistema organizzativo una procedura di valutazione delle *performance* assai complessa e per molti versi inadatta alla propria struttura, già a partire dalla individuazione dei soggetti preposti alla valutazione medesima<sup>12</sup>.

Come si ricorderà nelle delibere rispettivamente n. 4 e n. 121 del 2010, la Civit aveva dovuto affrontare la questione della applicabilità delle norme contenute nella Brunetta alle amministrazioni diverse da quella Statale.

In particolare, nella delibera n. 4 la Commissione aveva già attribuito ai propri contenuti un valore di mero indirizzo – e quindi non vincolante – per la successiva armonizzazione della normativa destinata alle amministrazioni diverse dallo Stato e i Ministeri. La Commissione, infatti, in questo importante documento aveva affermato che “La presente delibera trova quindi applicazione immediata per le aziende e le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie di cui al d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300, con esclusione dell’Agenzia del Demanio, e gli altri enti pubblici nazionali. Costituisce linea guida per l’adeguamento degli ordinamenti di Regioni, enti locali ed amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, da realizzarsi entro il 31 dicembre 2010”.

Sempre nel medesimo documento della Civit si leggeva pure che “l’articolo 16 impone alle Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, ed agli enti locali, di procedere all’adeguamento dei rispettivi ordinamenti. [...]”<sup>13</sup>.

La Civit pareva, cioè, essere approdata alla conclusione che le amministrazioni diverse da quelle statali, ed in particolare quelle locali, fossero tenute solo ad armonizzare i propri ordinamenti con le disposizioni del decreto Brunetta.

Nel solco di questa lettura interpretativa si era poi posta la successiva delibera n. 121 che aveva appunto consolidato la prospettiva “liberista” espressa nella precedente delibera n. 4.

<sup>12</sup> Le delibere citate in questo contributo sono tutte consultabili sul sito della Civit, [www.civit.it](http://www.civit.it).

<sup>13</sup> Sotto il profilo delle fonti e del delicato equilibrio di sistema nel nuovo assetto costituzionale si rinvia al saggio di PIOGGIA, in questo numero ed alla bibliografia ivi citata. Sul tema v. pure TROJST, *Introduzione. Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali*, in *IF*, 2010, p. 657 ss.

In questo documento si diceva espressamente che “[...] nell’ipotesi in cui il Comune opti per la costituzione dell’Oiv, trova diretta applicazione l’articolo 14 del decreto legislativo n. 150 del 2009 [...]”<sup>14</sup>.

Il fatto che si lasciasse il Comune libero di “optare” per la costituzione dell’Oiv è stato da più parti salutato come la presa di coscienza postuma della Civit della impossibilità di imporre alle amministrazioni locali, specie se di piccole dimensioni<sup>15</sup>, alcune disposizioni specifiche relative al ciclo della gestione delle *performance* inadatte al modello organizzativo presente in questi apparati.

Basti pensare alle realtà comunali prive di dirigenza o comunque prive di una doppia fascia dirigenziale, perché non dotate di un direttore generale in grado di mimare la struttura tipica delle amministrazioni statali che, viceversa, prevedono un’alta dirigenza, intermedia e di base.

Qui appare perlomeno improbabile riuscire ad attuare le disposizioni del decreto Brunetta che prevedono l’esercizio del potere di valutazione in capo all’alta dirigenza rispetto a quella non di vertice.

Nonostante i meritori sforzi solutori della Civit, sul piano della prassi applicativa residuano ancora incertezze e in qualche caso confusione interpretativa.

Una recente pronuncia del giudice amministrativo ne è la conferma. Nella sentenza del 28 marzo 2012 il Tar Campania<sup>16</sup>, con una soluzione giurisprudenziale certamente discutibile sotto molti profili, ha rivelato una certa difficoltà a districarsi fra le fonti che governano la materia.

Ciò che appare subito evidente, leggendo la pronuncia in questione, è proprio la problematicità della ricostruzione del modello introdotto con la riforma del 2009 alla luce non solo del dettato normativo ma pure delle letture interpretative prospettate – sia pure a singhiozzo e con tutti i limiti

<sup>14</sup> Nelle more della pubblicazione di questo scritto, la Civit è tornata a ribadire la propria posizione. Nella delibera n. 23/2012, del 6 novembre 2012, essa rileva espressamente che “le regioni e gli enti locali, stante il mancato rinvio dell’art. 16, comma 2, del d.lgs. n. 150/2009 all’art. 14 dello stesso decreto, hanno la facoltà, e non l’obbligo, di costituire l’Oiv, in quanto, nella loro autonomia, possono affidare ad altri organi i compiti previsti dai principi di cui alle disposizioni del d.lgs. n. 150/2009 indicate nel citato art. 1” e per tale ragione delibera, poi, che solo dalla decisione autonoma di costituire l’Oiv segue l’obbligo di applicare l’art. 14 citato e le delibere n. 4 e 107 del 2010 della Civit medesima.

<sup>15</sup> Si pensi alla realtà dei Comuni polvere tipica di regioni come la Calabria o la Sicilia.

<sup>16</sup> La pronuncia è epigrafata e massimata in questo numero di DLM.

che sul piano dell'efficacia possono avere queste fonti – nelle delibere della Civit.

Nel caso esaminato dal Tar Campania l'amministrazione interessata è un Comune, una di quelle amministrazioni, cioè, che ha ricevuto dalla Civit la "licenza" di conservare l'esistente<sup>17</sup>. Nondimeno il giudice amministrativo continua ad utilizzare come unica disciplina applicabile al caso di specie il d.lgs. 150/09 ed il relativo art. 14, co. 3.

Questo errore di prospettiva, più comune di quanto si possa immaginare, induce a suggerire, con un approccio *de iure condito*, di provare a superare il problema "genetico" del decreto Brunetta ricorrendo lo stesso a letture interpretative delle norme capaci di permettere alle varie amministrazioni di avviare percorsi di valutazione veramente adatti alle peculiarità di ciascuna.

Ciò può avvenire sfrondando il dettato normativo delle disposizioni attuabili solo per le amministrazioni statali, e cogliendo, quindi, il vero cuore pulsante della riforma, individuando, cioè, i principi minimi che dovrebbero reggere qualsiasi sistema di valutazione, a prescindere dall'amministrazione in cui venga implementato e preservando contestualmente, come si dirà più avanti, uno spazio organizzativo autonomo, prevedibilmente espresso dal Sistema di misurazione e valutazione della *performance* (SVM), sul quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

Volendo anticipare alcune delle conclusioni cui si ritiene di potere giungere nel prosieguo di questo lavoro, si può sin d'ora affermare che, rispetto alle amministrazioni locali, il precipitato di questa ipotesi ricostruttiva è ravvisabile nella indispensabile considerazione del peculiare modello di *governance* qui esistente.

Ai fini di una corretta attuazione del sistema di valutazione voluto dalla riforma Brunetta, non è possibile, cioè, pretermettere le norme

<sup>17</sup> Vale la pena rammentare, e riportare per intero, uno dei ragionamenti prospettati dalla Civit proprio con riguardo all'opportunità di preservare i sistemi e gli strumenti di valutazione esistenti propugnando l'eventuale integrazione con le nuove metodologie di misurazione e valutazione introdotte nel d.lgs. 150/09, nella delibera n. 104 del 2010. In questo documento si legge, infatti, che "l'esperienza maturata dalle amministrazioni in tema di misurazione e valutazione della *performance* si caratterizza per la rilevante disomogeneità. Diversi sono i Sistemi in uso per tipologia di amministrazione [...]. Nell'ambito degli indirizzi contenuti nella presente delibera, le amministrazioni potranno: 1) valorizzare i metodi e gli strumenti esistenti, qualora rispondano alle esigenze di compiuta rappresentazione della *performance*; 2) procedere ad una integrazione e adeguamento del Sistema esistente; 3) procedere all'introduzione *ex-novo* del Sistema, ove non presente. [...]".

espressamente destinate a queste amministrazioni, dovendo, viceversa, le medesime essere contemplate e coniugate con il dettato normativo valevole per tutte le amministrazioni e deducibile dal d.lgs. 150/09. Come si vedrà nel paragrafo dedicato alle riflessioni conclusive, non si può, per esempio, sorvolare sulle disposizioni contenute nella disciplina espressamente destinata all'ordinamento degli Enti Locali, e contenuta nel d.lgs. 267/2000, che può in alcuni casi offrire indicazioni chiarificatrici di sistema utili a risolvere alcune delle questioni interpretative più sopra prospettate ed emerse all'indomani della riforma Brunetta.

2. *Le pre-condizioni minime che sorreggono la corretta implementazione del sistema di valutazione delle performance in qualsiasi amministrazione:*  
a) *il giusto procedimento;* b) *la chiara individuazione dei titolari del potere di valutazione;* c) *il coinvolgimento del valutato nella procedura di valutazione*

Si proverà di seguito ad enunciare, a scopo meramente esemplificativo, le pre-condizioni necessarie, seppure non sempre sufficienti, a costruire un corretto sistema di misurazione e valutazione delle *performance* in qualsiasi amministrazione italiana.

Proprio in considerazione di tali pre-condizioni pure i giudici che, come il Tar campano, sono stati di recente chiamati a pronunciarsi su tali questioni, avrebbero sicuramente formulato considerazioni diverse. Avrebbero probabilmente censurato la confusione di lingue esistente in materia, evitando di applicare ad un nucleo di valutazione, "vecchio stile", le regole predisposte, invece, per l'Orv di nuovo conio.

Ma vediamo brevemente quali sono queste pre-condizioni di legittimità sistemica.

- a) *Il giusto procedimento, rectius la giusta procedimentalizzazione.*

Il principio che non può mancare nell'implementazione di un qualsiasi sistema di misurazione e valutazione delle *performance* è di certo quello concernente la procedimentalizzazione dell'intero percorso, secondo i parametri ben noti alla disciplina del diritto del lavoro ed alle sue fonti. Affinché la procedura di monitoraggio e quindi di valutazione possa essere correttamente espletata, è necessario rispettare una scansione in fasi che si pone a presidio del principio del giusto procedimento. A tal riguardo pare,

però, opportuna una precisazione. Non si vuole di certo affermare che alla procedura di valutazione delle *performance* siano applicabili le regole tipiche del procedimento amministrativo, con tutto il corredo di implicazioni giuriamministrativistiche che ne discende, ma si intende più semplicemente affermare che dal principio generale del giusto procedimento, concepito come suddivisione di un percorso in fasi, in funzione di garanzia, sia possibile far discendere la riaffermazione della procedimentalizzazione, ben nota alla disciplina del diritto del lavoro<sup>18</sup>, pure in questo specifico ambito. Si tratterebbe cioè di passaggi procedimentali pienamente compatibili con un *habitus* giuridico pur sempre privatistico<sup>19</sup>.

Questo significa che nonostante la frammentazione procedurale in questione, gli atti che la governano conservano la natura degli atti assunti con i poteri del privato datore di lavoro di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 165/2001, testo novellato. Il corollario di questa ipotesi interpretativa è ravvisabile nella conoscibilità delle eventuali relative controversie da parte del giudice del lavoro.

Osservando, quindi, la distribuzione del ciclo di gestione delle *performance* nelle sei fasi che lo compongono, è di piana intuizione l'intenzione del legislatore di introiettare i *decisa* della Corte Costituzionale, più volte intervenuta in passato a delegittimare norme in contrasto col principio del giusto procedimento.

Come si ricorderà, la Consulta nel 2007<sup>20</sup>, con la pronuncia n. 103, aveva avuto modo di affermare che "L'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale anche per assicurare [...]il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un

<sup>18</sup> Il riferimento è principalmente alle ragioni sottese all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori che costituiscono uno dei pilastri su cui si regge la tutela del lavoratore nel settore privato in materia di rilevazione della responsabilità disciplinare ed al *background* consolidato della giurisprudenza del giudice del lavoro.

<sup>19</sup> Così ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in QDLRI, 2009, spec. p. 163.

<sup>20</sup> Si fa riferimento alle ben note pronunce n. 103 e n. 104, consultabili per esteso in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) con i commenti di JORIO, *Lo spoil system viene nuovamente ridisegnato dal giudice delle leggi con le sentenze n. 103 e 104 del 2007*; GOTZEN, *Il bilanciamento tra spoil system e principio di distinzione tra politica e amministrazione nella dirigenza regionale*. Cfr. pure l'analisi di MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007)*, in LR, 2007, p. 836; FONTANA, *La dirigenza pubblica fra Scilla e Cariddi salvata dalla Corte Costituzionale*, in RIDL, 2008, p. 59. Più in generale si legga l'ampia ricostruzione di GRAGNOLI, *Lo spoil system e l'imparzialità dei dipendenti degli enti locali*, in LPA, 2007, p. 25 ss.

atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa”.

Nella sentenza gemella n. 104 del 2007, la Corte aveva pure affermato, sempre a tutela dei dirigenti, che “la disciplina privatistica del loro rapporto di lavoro non ha abbandonato le “esigenze del perseguimento degli interessi generali”<sup>21</sup>, in questa logica, essi godono di “specifiche garanzie” quanto alla verifica che gli incarichi siano assegnati “tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali” e che la loro cessazione anticipata dall'incarico avvenga in seguito all'accertamento dei risultati conseguiti<sup>22</sup> che il legislatore, proprio per porre i dirigenti (generali) “in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto dei principî d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione [...], ha accentuato (con il d.lgs. n. 80 del 1998) il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti”<sup>23</sup>. Agli stessi principi si riporta la disciplina del giusto procedimento [...]”.

La generalizzata riaffermazione del principio del giusto procedimento per opera dei Giudici delle leggi va quindi trasposta in una chiave di lettura del sistema che consenta la speculare riaffermazione della procedimentalizzazione tipicamente giuslavoristica all'interno di qualsiasi iter procedurale rinvenibile nelle dinamiche interne al rapporto di lavoro della dirigenza, e, quindi, anche nell'iter procedimentale in cui si esprime la valutazione delle *performance*, ma pure, e a maggior ragione, nell'iter per l'addebito della sanzione per responsabilità dirigenziale<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> C. Cost. 23 luglio 2001 n. 275, in *LPA*, 2001 p. 631 ove le condivisibili considerazioni di D'ALESSIO, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*.

<sup>22</sup> C. Cost. 16 maggio 2002 n. 193; C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 11, entrambe in *FI*, 2002, p. 2965, e tutte con l'ampio commento di D'AURIA, *La privatizzazione della dirigenza pubblica, fra decisioni delle corti e ripensamenti del legislatore*.

<sup>23</sup> C. Cost. 11/02, *cit.*

<sup>24</sup> Sull'importanza della “proceduralizzazione” anche della fase del conferimento degli incarichi dirigenziali, proprio in funzione di una maggiore tutela, v. MENGHINI, *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *RGL*, 2010, p. 629.

La misurazione e valutazione del modo in cui il dirigente ha interpretato e svolto il proprio incarico di funzione dirigenziale avvengono, infatti, all'interno di un percorso di verifica che consta di sei fasi indicate dal legislatore nell'art. 4, co. 2 del d.lgs. 150/09<sup>25</sup>. Proprio la frammentazione procedimentale consente di rispettare le garanzie poste a presidio dei valutati e di informare il Sistema ai principi del giusto procedimento, inverati nella procedimentalizzazione di impronta giuslavoristica, rilanciati prima dai giudici e riaffermati, poi, dal legislatore<sup>26</sup>.

*b) La corretta individuazione dei titolari del potere di valutazione.*

Come si è avuto modo di osservare, e come dimostrato pure dalla pronuncia del Tar campano, uno dei punti più controversi del modello di valutazione introdotto dalla riforma del 2009 è ravvisabile nella corretta individuazione dei soggetti titolari del potere di valutare in raffronto alla peculiare amministrazione in cui si trovano ad esplicare la propria attività.

Vale la pena osservare che oggi, per espressa previsione del legislatore, è il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* (svmp)<sup>27</sup>, adottato con provvedimento da ciascuna amministrazione, a dovere contemplare, sviluppare e disciplinare la valutazione individuale dei dirigenti<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Per comodità di narrazione si rammenta brevemente che la norma prevede: *a)* definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori; *b)* collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; *c)* monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; *d)* misurazione e valutazione della *performance*, organizzativa e individuale; *e)* utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; *f)* rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi. In dottrina fra i primi commenti v. SANTUCCI, MONDA, *op. cit.*; VISCOMI, *Il sistema di valutazione delle performance delle strutture, della dirigenza e del personale nella riforma della pubblica amministrazione*, in CARABELLI, M.T. CARINCI, (a cura di), *op. cit.*

<sup>26</sup> In dottrina sulla funzione demandata al giusto procedimento in questa peculiare fase del sistema, si veda ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, *op. cit.*, spec. par. 7.

<sup>27</sup> Art. 7, co. 1, d.lgs. n. 150/09.

<sup>28</sup> Sul tema BARBIERI, FRANCESCONI, GUARINI, *Misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 47 ss.; OCCHINO, *Misurazione e valutazione della performance nel sistema delle responsabilità*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 1188 ss.; BATTINI, CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 259 ss.



Si tratta di un atto di macro organizzazione – eventualmente conoscibile, in quanto tale, dal giudice amministrativo – con il quale le singole amministrazioni individuano le coordinate dell’attività di misurazione e valutazione della *performance* dei propri dirigenti.

Il svmp contempla, infatti, le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e la responsabilità dell’intera procedura nonché le modalità di raccordo<sup>29</sup> con i sistemi di controllo esistenti, residui del retaggio della precedente disciplina del d.lgs. 30 luglio 1999 n. 286.

Quanto ai soggetti depositari del potere di adottare il svmp, va detto che la Civit è chiara nel distinguere i due momenti della “definizione” e “adozione”<sup>30</sup>. Il primo spetterebbe proprio all’organismo di valutazione, mentre il secondo sarebbe espressamente di competenza dell’organo di indirizzo politico-amministrativo<sup>31</sup>.

Il legislatore ha abrogato l’art. 5 del d.lgs. 286/99 che disciplinava la valutazione nelle amministrazioni dello Stato e, contestualmente, provveduto a sostituire i servizi di controllo interno con l’oiv, al quale vengono affidati pure i compiti di controllo strategico<sup>32</sup>. Questo Organismo è, pertanto, il soggetto deputato a sviluppare la valutazione della dirigenza di vertice, come del resto si evince dalle disposizioni di cui all’art. art. 7, co. 2, lett. a) del d.lgs. 150/09. La norma citata attribuisce, infatti, all’oiv la competenza relativa alla “proposta di valutazione annuale dei dirigenti di vertice”. La specifica menzione solo della dirigenza di vertice ha aperto, com’è ampiamente noto, una questione interpretativa di non poco momento, evidenziata, peraltro, già dai primi commentatori della riforma<sup>33</sup>.

Il decreto delegato in commento non pareva, infatti, preoccuparsi di dettare regole riguardo la valutazione della dirigenza di base (*rectius* diri-

<sup>29</sup> Oltre al raccordo con i documenti di programmazione e bilancio (art. 7, co. 3, lett. d), d.lgs. n. 150/09).

<sup>30</sup> Si leggano le indicazioni contenute nella delibera n. 104 del 2010 destinate alla fase di prima implementazione del modello.

<sup>31</sup> Volendo sviluppare ipotesi interpretative proprio con riguardo alle amministrazioni locali, qui considerate, è possibile riflettere sul fatto che tale potere potrebbe spettare alla Giunta, che è, in genere, l’organo titolare del potere di regolamentazione ai sensi del combinato disposto degli articoli 7 e 48 del d.lgs. 267/2000, pur nel rispetto dei criteri stabiliti dal Consiglio.

<sup>32</sup> Cfr. art. 14 del d.lgs. n. 150/09.

<sup>33</sup> Cfr. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *LPA*, 2010, p. 729 ss.; VISCOMI, *op. cit.*, p. 5; D’ALESSIO, *Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della legge delega n. 15/2009, con specifico riferimento alle disposizioni sulla dirigenza*, *op. cit.*

genza non di vertice). Per questa, allora, sono stati avanzati dubbi interpretativi soprattutto con riguardo a chi dovesse in concreto sviluppare la misurazione e valutazione della relativa *performance* individuale.

Saranno di seguito affrontate le due questioni più rilevanti in materia. La prima concernente i soggetti preposti alla valutazione nelle amministrazioni locali. La seconda riguardante la corretta individuazione dei valutatori della dirigenza non di vertice. Questo al fine di meglio interpretare il punto di vista dei giudici pronunciatisi dopo la riforma e di verificare la sussistenza di percorsi solutori alternativi a quelli proposti dai medesimi.

1) Ripercorrere l'*iter* argomentativo che ha condotto all'affermazione della lettura interpretativa in atto più accreditata, oltre ad avere un indubbio valore euristico, consente di mettere bene in evidenza chi sono i soggetti titolari di questo potere, proprio nelle amministrazioni locali che qui sono considerate.

In effetti, rispetto a tale importante questione era parso opportuno, già nell'immediatezza della riforma, sviluppare un ragionamento diverso a seconda che si prendesse in considerazione la dirigenza delle amministrazioni dello Stato ovvero quella delle amministrazioni locali.

Per quanto concerne proprio queste ultime amministrazioni, la soluzione prospettata già dal legislatore delegante è stata, non senza difficoltà e dubbi interpretativi, successivamente accreditata dalla stessa Civit.

Come si ricorderà, l'art. 4, co. 2, lett. g), della l.d. 4 marzo 2009 n. 15 individuava, fra i principi guida per il legislatore delegato, quello di "prevedere che i sindaci e i presidenti delle province nominino i componenti dei nuclei di valutazione cui è affidato il compito di effettuare la valutazione dei dirigenti, secondo i criteri e le metodologie stabiliti dall'organismo[...]".

Il decreto delegato 150/09, successivamente intervenuto, incardinava, senza alcuna specificazione, i compiti valutativi in capo all'OIV.

La dottrina nel provare a sciogliere il nodo interpretativo si assestava definitivamente sulla soluzione che i nuclei di valutazione potessero continuare a sopravvivere almeno nelle amministrazioni locali<sup>34</sup>.

Dopo qualche mese di incertezza la Civit emanava la delibera n. 121/10 nella quale affermava, finalmente a chiare lettere, che "[...] la Commissione ritiene che rientri nella discrezionalità del singolo Comune la scelta di costituire o meno l'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) [...]".

<sup>34</sup> NICOSIA, *La gestione della performance*, cit.; MAINARDI, *op. cit.*

Il Comune è cioè libero di decidere se costituire l'orv previsto nel d.lgs. 150/09 ovvero conservare l'esistente e mantenere il proprio nucleo di valutazione.

In questo modo è confermata la possibilità di far sopravvivere i nuclei di valutazione come organismi preposti alla verifica della *performance* di tutta la dirigenza (di vertice e non) delle amministrazioni locali.

Del resto, che questo fosse l'orientamento della Commissione era già intuibile dalle precedenti delibere dell'organismo, più sopra citate, ed in particolare nella delibera n. 4 del 2010 che, come si è visto, conteneva disposizioni chiaramente con funzione armonizzatrice e non vincolante per le amministrazioni locali.

Giova ribadire che la Civit è stata, però, altrettanto chiara nell'avvertire che qualora le amministrazioni locali decidano, viceversa, di istituire proprio l'orv previsto nel d.lgs. 150/09, dovranno soggiacere alla relativa disciplina<sup>35</sup>.

ii) Rimane per molti versi aperta la questione riguardante la valutazione della dirigenza non di vertice.

Rispetto a queste ultime, è stata avanzata l'ipotesi di estendere la competenza dell'orv anche alla valutazione della dirigenza non di vertice. Appare, però, condivisibile l'obiezione di chi osserva che il legislatore delegato ha considerato la competenza di tale organismo espressamente rivolta all'alta dirigenza di modo che, per il noto principio *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, non sembra accettabile attribuire significati ultronei ad una norma chiarissima nel delimitare la competenza di tale organismo alla sola dirigenza di vertice.

D'altro canto, non può sottacersi il fatto che il complesso di norme che si preoccupa di descrivere il ruolo ed i compiti dell'orv ne evidenzia più la funzione di sovrintendenza della correttezza del processo valutativo – in stretta connessione con la Commissione per la valutazione – che il

<sup>35</sup> Cfr. delibera 121/10, *cit.* che testualmente dispone che “[...] Occorre, tuttavia, precisare che, nell'ipotesi in cui il Comune opti per la costituzione dell'orv, trova diretta applicazione l'articolo 14 del decreto legislativo n. 150 del 2009; ne consegue che: non possono essere nominati, quali componenti dell'orv, soggetti legati all'organo di indirizzo politico amministrativo (come i segretari comunali e direttori generali), come previsto nella delibera Civit n. 4/10 e nelle risposte a quesiti pubblicate sul sito istituzionale [www.civit.it](http://www.civit.it); le nomine dei componenti devono essere conferite tenendo conto di quanto previsto dal comma 8 del citato articolo 14 in tema di incompatibilità. In senso adesivo a questa lettura interpretativa si veda pure la recente delibera della Civit del 6 novembre 2012, n. 23, di cui si è già detto nei primi paragrafi.

ruolo collaborativo<sup>36</sup>. All'ov sono, infatti, riconosciuti compiti di monitoraggio della correttezza dei procedimenti valutativi come pure, a valle dell'intera procedura, la compilazione (notarile) della relativa graduatoria ma non è espressamente sancita la competenza a gestire concretamente la misurazione e valutazione della dirigenza non di vertice.

Al più è ipotizzabile un controllo dinamico dell'ov. È possibile cioè immaginare che, in futuro, a fronte di un evidente scollamento fra l'obiettivo assegnato e la *performance* dirigenziale, registrata nel corso della relativa misurazione e valutazione annuale, l'ov possa agire in senso correttivo dei dati erronei.

Ed allora o si accede alla soluzione di far sopravvivere gli organismi di controllo esistenti<sup>37</sup> – tenendo sempre ben presente, sullo sfondo, il nuovo contesto regolativo che attribuisce al svmp il compito per un verso di determinare “le fasi, i tempi, le modalità, i soggetti e le responsabilità del processo di misurazione e valutazione della *performance* [...]”<sup>38</sup> e, per l'altro, di individuare “le modalità di raccordo e di integrazione con i sistemi di controllo esistenti” – ovvero, come preferibile, si accoglie la tesi della riconoscibilità in capo alla dirigenza di vertice del potere di gestire la misurazione e valutazione della *performance* della dirigenza media o di base. Ciò sempre – accogliendo la tesi, che qui si intende sostenere, della configurabilità in capo all'ov di un mero potere di controllo dinamico – con l'avallo finale di tale organismo.

Quest'ultima opzione interpretativa, solo apparentemente si pone a presidio di una ri-gerarchizzazione dei rapporti fra alta dirigenza e dirigenza non di vertice<sup>39</sup>.

In effetti, pure il precedente assetto normativo – che apertamente aveva superato il modello gerarchico a vantaggio del modello per direzione – con riguardo al sistema di valutazione, che veniva fondato sulle disposizioni dell'abrogato art. 5 del d.lgs. 286/99, contemplava un assetto piramidale<sup>40</sup> dei rapporti fra i diversi livelli di dirigenze assai simile a quello proposto, oggi, dal d.lgs. n. 150/09.

<sup>36</sup> Così SANTUCCI, MONDA, *op. cit.*, p. 284.

<sup>37</sup> Cfr. la lettura interpretativa di MAINARDI, *op. cit.*

<sup>38</sup> Cfr. art. 7, co. 3, lett. a) e lett. c).

<sup>39</sup> Scongiurata dal mantenimento della norma che esclude il tipico atto gerarchico della avocazione di cui all'art. 14 del d.lgs. 165/01. Ma sul punto cfr. la posizione di MAINARDI, *op. cit.*

<sup>40</sup> Su cui v. SANTUCCI, MONDA, *op. cit.*, p. 282.

Del resto, come più sopra osservato, è ormai accertato che la dirigenza è caratterizzata da una eterogeneità endogena ravvisabile nella medesima figura e da una duplicità funzionale: quella datoriale e quella di lavoratore subordinato.

Per tale ragione, l'ipotetico riconoscimento di una competenza datoriale aggiuntiva, nell'ambito del processo valutativo, non appare incompatibile con la *ratio* sottesa all'intera disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale<sup>41</sup>.

Attribuire all'alta dirigenza pure il compito (datoriale) di valutatore della dirigenza di base<sup>42</sup>, consente di sviluppare alcune delle potenzialità e inclinazioni gestionali<sup>43</sup> di tale peculiare parte della dirigenza, senza per questo doverle riconoscere poteri di sovra ordinazione gerarchica<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Come si ricorderà, la stessa l. 15/09 fra i principi indicati al governo in materia di valutazione, ha sancito "l'assicurazione della piena autonomia della valutazione, svolta dal dirigente nell'esercizio delle proprie funzioni e responsabilità" (cfr. art. 4). Principi che trovano attuazione nel decreto delegato in cui, fra i criteri sottesi alla valutazione della complessiva *performance* dirigenziale, è possibile riscontrare proprio quello relativo alla valutazione dei propri collaboratori, dimostrata anche attraverso una significativa differenziazione dei giudizi (art. 9 del d.lgs. 150/09). Differenziazione che può ben considerarsi espressa dalla distribuzione in fasce di cui all'art. 19 del medesimo decreto; norma che, come noto, contempla pure il personale dirigenziale.

<sup>42</sup> A conferma della plausibilità di una tale letteratura interpretativa è possibile, poi, richiamare le recenti modifiche in tema di accesso alla qualifica dirigenziale. Il sistema sembra allontanarsi a grandi passi dell'idea originaria – introdotta sotto l'egida della seconda privatizzazione – della funzione unica della dirigenza per abbracciare, invece, l'opzione organizzativa del doppio canale funzionale della dirigenza. Parrebbe incentivata, infatti, una netta cesura fra dirigenza di prima fascia (alta dirigenza) e dirigenza di seconda fascia (dirigenza media o di base) che ridimensiona l'idea della fluidità all'interno di una qualifica unica che aveva, invece, costituito uno dei pilastri su cui si reggeva la riforma degli anni 1997/98. Sul punto cfr. le osservazioni critiche di MATTEINI, *La dirigenza pubblica. Quadro d'insieme e principi generali*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *op. cit.* In dottrina, riguardo alla validità della scelta relativa alla funzione unica, fra i molti commenti alla riforma di quegli anni, v. almeno MEOLI, *Qualifica dirigenziale unica, fasce dirigenziali e ruolo unico dei dirigenti*, in CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Giuffrè, 2000.

<sup>43</sup> Sul tema si rinvia alla ricostruzione di CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *RU*, 2009, p. 29; SPINELLI, *Buona amministrazione, efficienza organizzativa e produttività del lavoro: poteri e responsabilità del dirigente pubblico*, in *LPA*, 2009, spec. p. 987; ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in Zoppoli L. (a cura di), *Commentario, op. cit.*, p. 109 ss.; MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Napoli, 2010.

<sup>44</sup> Sia consentito rinviare alle riflessioni sviluppate sull'argomento in NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in *LPA*, p. 323 ss.

Ciò trova conferma nel d.lgs. 165/01 ed in alcune disposizioni in grado di suffragare tale lettura interpretativa. Basti osservare la disciplina di cui all'art. 16, co. 1, lett. e), che affida ai dirigenti di uffici dirigenziali generali il potere di controllo sulla dirigenza non di vertice, nonché quella di cui all'art. 17, co. 1, lett. e-bis), che riconosce il potere di valutare in capo ai dirigenti rispetto al personale assegnato.

Del resto, pure la Civit, muovendosi lungo questo crinale interpretativo, avalla la tesi qui sostenuta.

Nella delibera n. 104 del 2010 viene espressamente riconosciuta la possibilità per i dirigenti generali di procedere alla misurazione e valutazione della *performance* individuale dei dirigenti di livello non generale.

Il problema che si pone, rispetto a siffatta soluzione empirica, riguarda, casomai, il rispetto di un requisito essenziale per il buon funzionamento dell'intero processo di valutazione: la terzietà dei soggetti valutatori.

Elemento, quest'ultimo, che appare esiziale per l'intera tenuta del sistema.

Non è possibile, nell'economia di questo scritto, affrontare compiutamente tale questione, né quella, alla medesima strettamente correlata, del principio di separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa, per le quali si rinvia ai ragionamenti prospettati nella letteratura che si è occupata del tema<sup>45</sup>.

Qui basti solo osservare che tale importante condizione potrebbe essere assicurata, comunque, dalla predisposizione di un meccanismo di necessaria co-implicazione fra i risultati del controllo di gestione, appannaggio esclusivo di un ufficio terzo rispetto al dirigente valutatore, e la formulazione del giudizio valutativo.

Ciò sempre nella piena osservanza dei compiti di verifica e raccordo – in sintesi di “regia” dell'impianto – espliciti dal svmp ai sensi dell'art. 7 sopra menzionato. Nell'ambito del sistema medesimo, potrebbero, infatti, essere messi a punto meccanismi di monitoraggio e raccolta dei dati ogget-

<sup>45</sup> Nell'ambito della dottrina di diritto amministrativo si leggano gli scritti contenuti nel bel volume a cura di MERLONI, PTOGGIA, SEGATORI, *L'amministrazione sta cambiando?*, Giuffrè, 2007; dal diverso e speculare versante della dottrina giuslavoristica si vedano gli studi di PALLINI, *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in *QDLRI*, 2009, p. III ss.; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, 2006; e la sempre attuale ricostruzione di ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000.

tivi della *performance* annuale della dirigenza, non di vertice (di base), con l'ausilio della indispensabile funzione del controllo di gestione, per riservare, invece, all'alta dirigenza solo il compito di sviluppare i dati raccolti e adottare concretamente la valutazione medesima che verrà, poi, tradotta nella graduatoria compilata dall'Orv. A quest'ultimo organismo spetterebbe, in ogni modo, il compito di controllo dinamico sopra descritto.

*c) Il coinvolgimento del valutato nella procedura di valutazione.*

La disciplina predisposta dal legislatore del 2009 non si esprime con riguardo alla metodologia di coinvolgimento del valutato nel percorso di valutazione individuale. Il vuoto lasciato dall'abrogazione dell'art. 5 del d.lgs. 286/99 non pare sia stato colmato da specifiche disposizioni del decreto seppure le molte indicazioni di sistema, provenienti dalla Civit, si pongono a suffragio del ragionamento di seguito sviluppato.

Dal versante dell'addebito della responsabilità dirigenziale, vale la pena di rammentare che la novella dell'art. 21 del d.lgs. 165/01 ha previsto una puntuale procedimentalizzazione dell'addebito. *L'iter* previsto dal legislatore delegato contempla pure la contestazione dell'addebito e, nei casi più gravi, il contraddittorio con il dirigente interessato. Ciò induce a ritenere che tale ultimo importante segmento procedurale possa essere anticipato, in funzione di garanzia, già nel corso della valutazione medesima.

Ragioni di opportunità si pongono, allora, a presidio di una soluzione interpretativa che convinca ad anticipare la soglia del coinvolgimento del dirigente già nella fase prodromica all'addebito e cioè in quella della valutazione della *performance*. Si intende cioè sostenere l'opportunità di una audizione del dirigente anche durante il percorso di misurazione e valutazione della performance qualora nel corso della relativa procedura emergano ragioni che inducano a ritenere probabile un esito negativo della medesima.

Pure i giudici del lavoro – proprio in linea con la tradizionale difesa della procedimentalizzazione degli addebiti – paiono muoversi in questa direzione laddove danno per scontata la necessaria acquisizione delle controdeduzioni in contraddittorio del dirigente nelle ipotesi di risultati negativi della relativa gestione dirigenziale<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Si legge in una pronuncia del Tribunale di Caltagirone, la cui massima è consultabile sulla rivista *LPA*, 2012, p. 1001, che “in ipotesi di risultato negativo del dirigente, gli enti sono tenuti ad acquisire in contraddittorio le valutazioni del dipendente interessato, anche assistito

La stretta connessione che viene a determinarsi fra valutazione e addebito di responsabilità, nei termini sopra prospettati, impone un ulteriore chiarimento.

La previsione di un ciclo di gestione della *performance*, comprensivo pure del segmento della valutazione, rende ancor più visibile la struttura sequenziale del sistema.

La valutazione della *performance* dirigenziale, qualora si chiuda con esito negativo, determina una risposta fisiologica del sistema che si traduce nel divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Se, però, a conclusione di tale percorso di verifica, emergono profili di addebito della responsabilità dirigenziale, ecco che può essere azionato un ulteriore ingranaggio (del tutto eventuale) del ciclo di gestione che ne rappresenta, appunto, il naturale prosieguo.

L'art. 21 del d.lgs. 165/01, nuovo testo, individua, se si vuole, la "settima" fase del percorso di verifica di cui all'art. 4, co. 2, del d.lgs. 150/09.

Questo è il momento del sistema in cui il controllo (fisiologico) si fa sanzione e in cui si applicano altre regole di tutela del dirigente sottoposto al relativo procedimento.

Avendo così scandito i singoli passaggi del sistema di verifica della *performance* dirigenziale, appare ancor più plausibile la ragione, sopra enunciata, che induce a ritenere ammissibile l'estensione della garanzia del coinvolgimento del valutato già nella fase precedente l'addebito di responsabilità (la valutazione *stricto sensu* considerata): tale ragione è ravvisabile nell'opportunità di creare omogenei percorsi di procedimentalizzazione in entrambe le fattispecie (valutazione e addebito di responsabilità).

dalla organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da persona di sua fiducia". Del resto pure le parti negoziali, almeno nell'area oggetto di questo studio, paiono avallare la tesi che qui si sostiene. L'art. 14 del CCNL per la dirigenza dell'area II, tornata contrattuale 1998/2001, dispone, infatti, che "gli enti, con gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti autonomamente assunti [...] definiscono meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dai dirigenti, in relazione ai programmi e obiettivi da perseguire correlati alle risorse umane, finanziarie e strumentali effettivamente rese disponibili. [...] Gli enti disciplinano gli effetti sanzionatori degli accertamenti negativi, il relativo procedimento e gli strumenti di tutela, ivi compresi la previa contestazione ed il contraddittorio, in coerenza con i principi fissati dall'art. 21 del d.lgs. n. 29/1993. [...] Questo significa che, ad avviso delle parti negoziali, l'adeguata procedimentalizzazione, speculare a quella di cui all'art. 21 in tema di responsabilità dirigenziale, e comprendente pure la contestazione ed il contraddittorio, si pone quale corretta procedura per la misurazione e valutazione delle performance dirigenziali.



Del resto, alle amministrazioni è riconosciuta l'autonomia di definizione, sempre negli ambiti prestabiliti dalla normativa, delle coordinate del SMVP di cui si è detto più sopra. È questa, allora, la sede previsionale opportuna per il ripristino della garanzia del coinvolgimento del valutato nella procedura di valutazione.

### 3. Spunti per una riflessione conclusiva

Nell'implementazione della procedura di misurazione e valutazione delle *performance*, le amministrazioni locali, come si è visto, è opportuno godano di ambiti di autodeterminazione normativa che vanno debitamente contemplati e preservati anche in sede giudiziale.

Senza per questo entrare nel merito del rapporto fra fonti, né dell'autonomia organizzativa degli enti locali, va lo stesso osservato che se il giudice campano avesse davvero considerato, e messo in correlazione, la congerie di fonti che, nelle amministrazioni locali, caratterizza questa materia, avrebbe probabilmente prospettato ulteriori e differenti ragionamenti e magari anche assunto *decisa* parzialmente diversi.

Non può, infatti, essere sottaciuta la particolarità, correlata alle amministrazioni locali, tale per cui, in modo del tutto speculare a quelle statali, le medesime godono di una disciplina specifica, contenuta in un testo unico, il d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, che si occupa pure delle dinamiche organizzative di sistema.

Pur avendo in premessa dichiarato che non ci si sarebbe occupati della questione macro-organizzativa, relativa alla nomina degli organismi di valutazione – per la quale si è fatto espresso rinvio alla ricostruzione di ALESSANDRA PIOGGIA – si intende lo stesso avanzare una ipotesi interpretativa. Questo in funzione di rafforzamento della tesi qui sostenuta relativa per un verso alla necessaria considerazione della miscellanea di fonti che insistono sulla medesima fattispecie in un dato ambito amministrativo e, per l'altro, alla inevitabilità delle relative ricadute in termini di diversificazione dei modelli di *governance*.

Partendo dal problema affrontato dal giudice campano e domandandoci infine a chi spetti la competenza di individuare l'organismo preposto alla valutazione della dirigenza e del personale nelle amministrazioni locali, non può essere pretermessa la lettura combinata di tutte le fonti che governano la materia nel particolare ambito in cui è considerata; va così ram-

mentata una norma che, ad avviso di chi scrive, può offrire lumi chiarificatori pure rispetto a tale fattispecie.

Si tratta dell'art. 50, co. 10, del d.lgs. 267/00 che prevede sia il sindaco a definire gli incarichi di collaborazione esterna. Incarichi che ai sensi del comma 6 dell'art. 110, con il quale l'art. 50 va letto in combinato disposto, se previsti dal regolamento, riguardano appunto collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità<sup>47</sup>.

Nulla di strano, allora, che le fonti statutarie, ma pure quelle regolamentari, tipiche di queste amministrazioni, prevedano che sia il sindaco a nominare il proprio nucleo di valutazione; questo non solo per tutte le più che condivisibili considerazioni sviluppate nello scritto di ALESSANDRA PROGGIA ma anche a fronte di tale possibile ulteriore lettura interpretativa. Del resto, bisogna pure considerare il ruolo sempre più strategico che la valutazione delle *performance* assume, in tutte le amministrazioni, rispetto alla verifica dell'effettivo raggiungimento degli obiettivi tracciati dal vertice politico<sup>48</sup>.

Allo stesso modo, va considerato che proprio il modello di *governance* presente negli enti locali consente, *rectius* potrebbe consentire, attraverso l'elezione diretta del sindaco, l'attuazione di una sorta di verifica della *customer satisfaction*, da parte della collettività degli utenti, basata proprio sul raggiungimento degli obiettivi sottoposti a monitoraggio e valutazione. Proseguendo lungo il crinale di questo ragionamento è perlomeno anormale escludere dal circuito virtuoso di approvazione/riprovazione della collettività proprio il sindaco e cioè l'organo che, assieme alla propria Giunta, esprime compiutamente il patto elettorale. Il patto cioè su cui si è radicata l'investitura popolare, destinato poi ad essere sviluppato e tradotto

<sup>47</sup> Quando questo lavoro era già in stampa, la Civit esprimeva un orientamento interpretativo pienamente conforme alla tesi qui sostenuta, corroborandola. Si rinvia, pertanto, alla lettura della delibera di tale Organismo del 23 ottobre 2012, n. 21.

<sup>48</sup> Ad avviso di chi scrive, infatti, la disciplina di cui all'art. 110 del d.lgs. 267/00 sopravvive alla riforma Brunetta e non pare assorbita dall'art. 19 del d.lgs. 165/01, nuovo testo. Non è possibile addentrarsi in questa complicata tematica e si rinvia pertanto alle motivazioni prospettate a sostegno di questa lettura in NICOSIA, *Dirigenze responsabili*, cit. spec. cap. III nota 23. In senso conforme fra gli altri v. BOSCATI, *Il conferimento di incarichi dirigenziali e il nuovo sistema di accesso alla dirigenza*, in *GI*, 2010, p. 2710 ss. *contra* RICCI G., *L'applicazione della riforma Brunetta nel sistema delle autonomie locali. Un primo bilancio*, in *RGL*, 2010, spec. p. 521. In generale sul tema dei vincoli per gli enti locali v. da ultimo CERBONE, *Fonti organizzazione e rapporti di lavoro negli enti locali*, in *IF*, 2010, p. 871 ss.

negli obiettivi dirigenziali misurabili e valutabili ed infine sottoposto, a valle del processo, al gradimento della collettività attraverso la successiva competizione elettorale. Pure la scelta di valutatori inadeguati o sleali meriterebbe, infatti, una sanzione almeno in termini di perdita di consenso e legittimazione sociale<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Del resto, come si ricorderà, pure la delibera della Civit, la n. 89/10, chiarisce che “il cittadino deve essere al centro di qualsiasi sistema di misurazione delle *performance* di una pubblica amministrazione. Sono la sua soddisfazione, da un lato, e la sua partecipazione al processo di creazione di valore, dall’altro, a definire il cittadino come il vero motore di processi di miglioramento e innovazione”.



**Corte di Giustizia (Sezione VI) - Sentenza 8 marzo 2012 - causa C-251/11 - Martial Huet contro Université de Bretagne occidentale**

**Politica sociale - Direttiva 1999/70/CE - Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - Clausola 5, punto 1 - Successione di contratti di lavoro a tempo determinato - Misure di prevenzione degli abusi di siffatti contratti - Trasformazione dell'ultimo contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato - Obbligo di mantenere immutate le clausole principali dell'ultimo contratto a tempo determinato**

*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che uno Stato membro, la cui normativa nazionale prescrive la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando i contratti di lavoro a tempo determinato abbiano raggiunto una determinata durata, non è tenuto ad imporre, nel contratto di lavoro a tempo indeterminato, che vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente. Tuttavia, al fine di non pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 1999/70 e il suo effetto utile, tale Stato membro deve vigilare affinché la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato non sia associata a modifiche sostanziali delle clausole del contratto precedente in senso globalmente sfavorevole all'interessato quando l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restano invariati.*

\*\*\*

**Silvia Ciucciovino, Carmen Amato\***

**Trasformazione del contratto a termine illegittimo e mansioni:  
l'ultimo orientamento della Corte di Giustizia**

**SOMMARIO:** 1. La sentenza della Corte in sintesi. 2. L'impatto sull'ordinamento nazionale.

*1. La sentenza della Corte in sintesi*

Con la sentenza dell'8 marzo 2012, causa C- 251/11, la Corte di Giustizia Europea aggiunge un importante tassello all'interpretazione della normativa comunitaria in materia di contratti a termine.

Come noto, la direttiva 99/70/CE – di attuazione dell'accordo quadro fra le parti sociali comunitarie (CES, CEEP, UNICE, attuale BUSINESSEUROPE) – ha vincolato gli Stati Membri quanto allo scopo di prevenire gli abusi nell'utilizzo di contratti a tempo determinato<sup>1</sup>.

In particolare, la clausola n. 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva succitata, intitolata per l'appunto "Misure di prevenzione degli abusi", ha chiaramente sancito che:

*“Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi ed in un modo che tenga conto delle esigenze dei settori e/o categorie specifiche di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno, se del caso, stabilire a*

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune delle autrici, così come comune è la stesura dei paragrafi.

<sup>1</sup> Per approfondimenti si rinvia, tra gli altri, a MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, 2001; GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003 e, più di recente, a FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008. Da ultimo sul contratto a termine si rinvia a MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, in PERSIANI, CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. I, Cedam, 2012, p. 212 ss.

quali condizioni i contratti ed i rapporti di lavoro devono essere considerati “successivi” ovvero devono essere ritenuti a tempo indeterminato”<sup>2</sup>.

Fermo restando l’obiettivo certo, la discrezionalità nella scelta dei mezzi, da parte dei singoli Paesi membri, aggravata da taluni vuoti legislativi, ha, tuttavia, creato nel tempo non pochi problemi interpretativi circa l’effettiva rispondenza dello strumento adottato allo scopo vincolante.

Anche la fattispecie affrontata dalla Corte con la sentenza *Huet* contribuisce a mettere in luce il problematico recepimento della direttiva da parte degli Stati membri.

La questione che si è posta all’attenzione dei giudici di Lussemburgo, per effetto del rinvio pregiudiziale operato da un giudice del *Tribunal administratif de Rennes*, verte sull’interrogativo se viola o meno lo scopo antielusivo detto, una normativa nazionale<sup>3</sup> che pone l’obbligo generico di conversione del rapporto a tempo indeterminato, dopo una successione di contratti a termine di una certa durata complessiva, (6 anni nel caso concreto), senza precisare alcunché sulle mansioni.

In buona sostanza, il giudice nazionale domanda se è conforme o meno alla disciplina europea l’assunzione, dopo vari anni di rapporti a termine, del lavoratore con un contratto a tempo indeterminato ma con un inquadramento e per delle mansioni differenti ed inferiori rispetto a quelle in precedenza svolte. Con conseguente riduzione anche della retribuzione.

Dopo aver precisato, in via preliminare, che non sono pertinenti ai fini della decisione i riferimenti, operati dal giudice del rinvio, alle clausole nn. 4, punto 1, e 8, punto 3, dell’accordo quadro suddetto inerenti, rispettivamente, al divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato ed al cosiddetto “divieto di *reformatio in pejus*”<sup>4</sup>, i giudici di Lussemburgo fo-

<sup>2</sup> Proprio facendo leva sul termine “successivi”, di cui all’ultimo capoverso della clausola n. 5 dell’accordo quadro, una parte della dottrina ritiene che siano assoggettati al rispetto della direttiva i soli rapporti successivi al primo. Si rinvia in tal senso a VALLEBONA, PISANI, *Il nuovo rapporto a termine*, Cedam, 2001, p. 37 ed a BIANCHI D’URSO, VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, p. 123 e ss.

<sup>3</sup> Nel caso di specie ci si riferisce all’art. 13, paragrafo 1, della legge 26 luglio 2005 n. 843, recante varie misure di recepimento del diritto comunitario nella funzione pubblica francese.

<sup>4</sup> In particolare, per la Corte, la clausola n. 4 dell’accordo quadro confluito nella dir. 99/70/CE non è risolutiva della fattispecie perché il ricorrente nel procedimento principale non lamentava un trattamento differenziato rispetto agli altri lavoratori a tempo indeterminato; parimenti la clausola n. 8, punto 3, non viene in rilievo nella misura in cui si riferisce

calizzano l'attenzione unicamente sulla clausola n. 5, relativa alla prevenzione dell'abuso del contratto a tempo determinato, e lo fanno partendo da alcuni punti fermi.

Ritengono, infatti, acquisiti in giurisprudenza – anzitutto – due passaggi fondamentali, ovverosia: 1) che il ricorso ad una successione di contratti o rapporti a termine vada necessariamente limitato<sup>5</sup>, essendo considerato, dalle parti sociali europee firmatarie dell'accordo quadro confluito nella direttiva 99/70/CE, “una potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori”<sup>6</sup>; 2) che “la stabilità dell'impiego è l'elemento portante della tutela dei lavoratori, mentre i contratti di lavoro a tempo determinato sono idonei a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori soltanto in alcune circostanze”<sup>7</sup>.

ad un abbassamento del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato dovuto o comunque collegato alla stessa applicazione dell'accordo quadro. Per approfondimenti in merito alla compatibilità della disciplina italiana del contratto a termine introdotta nel 2001 con la clausola di non regresso si rimanda a DELFINO, SARACINI, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi in avanti*, in questa rivista, n. 2/2009, ed a DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FL*, 2002, v, p. 36 e ss.

<sup>5</sup> Richiamano in tal senso i precedenti *Adelener*, causa C-212/04, del 4 luglio 2006, in *ADL*, 2006, p. 622 con commento di MISCIONE A., *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze aziendali ed Angelidaki*, cause riunite C-378/07; C-379/07 e C-380/07, del 23 aprile 2009, in questa rivista n. 2/2009 con commento di DELFINO, SARACINI, *op. cit.* Cfr. anche DI FLORIO, *La nuova sentenza della Corte di Giustizia sui contratti a termine. La Corte va avanti*, in *www.europeanrights.eu*.

<sup>6</sup> Così al punto 34 della pronuncia in commento.

<sup>7</sup> Punto 35 della sentenza in commento. La Corte qui riprende il punto 64 della pronuncia *Mangold*, causa C-144/04, in questa rivista, 2006, p. 426 ss. con commento di LUNARDON, *Lavoro atipico, discriminazione per motivo di età e promozione dell'occupazione*, in *RGL*, 2006, p. 230 ss. con commento di CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold ed i limiti alla discrezionalità del legislatore statale in materia di lavoro*; nonché il punto 62 della sentenza *Adelener*, causa C-212/04, *cit.* Che la Corte di Giustizia, pur riconoscendo spazi agli ordinamenti nazionali, cerchi di evitare gli abusi connessi all'improprio utilizzo del contratto a termine riprendendo con forza il principio espresso nello stesso preambolo della direttiva 99/70/CE per cui la forma normale del contratto di lavoro è quella a tempo indeterminato appare evidente anche alla dottrina nazionale maggioritaria. Si vedano, tra gli altri, ZOPPOLI L., *Il contratto a termine e la trappola della precarietà*, in *www.europeanrights.eu*; FERRARO, *Il contratto a termine tormentato*, in *MGL*, 2008, p. 738 e ss.; SPECIALE, *Il contratto a tempo determinato quale strumento di flessibilità nel lavoro pubblico e nel lavoro privato nonché nella prospettiva comunitaria*, in *Incontro di studio sul tema: il lavoro flessibile organizzato dal CSM*, Roma, 4-6.5.2009. Di diversa opinione, VALLEBONA, *Questioni sul contratto a termine*, in *GDLRI*, 2008, p. 118 e ss. che ritiene meramente “propagandistica” l'affermazione per cui la forma comune di contratto resta il tempo indeterminato, affermazione introdotta già al primo comma



Tanto premesso, la Corte di Giustizia afferma che la direttiva non può, però, obbligare lo Stato membro a dotarsi di una legge *ad hoc* che garantisca il mantenimento delle stesse condizioni contrattuali, in sede di conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato, perché non pone a monte “l’obbligo generale a carico degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in tempo indeterminato”<sup>8</sup>. Viene in questo modo precisato ancora una volta dalla Corte che la direttiva non impone l’adozione di sanzioni specifiche per la prevenzione dell’abuso, rientrando i profili sanzionatori nella discrezionalità dei legislatori nazionali. In particolare, i giudici comunitari hanno ribadito nelle pronunce C-3/10 del 1° ottobre 2010 *Affatato*; C-180/04, del 7 settembre 2006, *Vassallo* e C-53/04 del 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, che la sanzione della conversione non è prevista come rimedio necessario dalla direttiva 99/70/CE tanto che, a maggior ragione, potrebbe non adottarla, specie per il pubblico impiego, uno Stato membro (come l’Italia) avente una norma costituzionale con essa incompatibile (si pensi all’art. 97 Cost.)<sup>9</sup>. Pertanto, l’obbligo posto in capo ai Paesi membri è quello di adottare sanzioni che *in generale* siano dotate di un carattere “*non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo*”, con verifica in tal senso da parte del giudice nazionale<sup>10</sup>.

Nella misura in cui il Paese membro gode di una relativa discrezionalità circa i rimedi sanzionatori da attivare per reprimere gli abusi legati all’utilizzo del contratto a termine, è chiaro che dalla direttiva non possono

dell’art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 con la l. n. 247/2007 e di recente rivista dalla legge n. 92/2012.

<sup>8</sup> Così al punto 38 della sentenza in esame. Anche stavolta la Corte richiama l’antecedente sentenza *Adelener, cit.*, punto 91.

<sup>9</sup> La questione del limite costituzionale alla conversione dei contratti a termine utilizzati in modo illegittimo dalla pubblica amministrazione, affrontata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 89/2003, commentata da DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, 2009, p. 152 ss. è al centro di una vivace vicenda giudiziaria dei c.d. precari della scuola. Sul punto cfr., tra gli altri, CIUCCIOVINO, *L’idoneità dell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l’abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *RIDL*, 2012, II, p. 144 e ss.; ROTA, *Illegittimità dei contratti a termine nella PA e originalità giurisprudenziali sulla questione della tutela risarcitoria*, in *D&L*, 2010, p. 453 ss.; SARACINI, *Contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche: divieto di conversione e risarcimento del danno*, in *RGL*, 2008, II, p. 143 ss.

<sup>10</sup> Per approfondimenti sul punto si rinvia a CIUCCIOVINO, in *op. cit.*; DE ANGELIS, *op. cit.*; SARACINI, *Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane “sbilanciato”*, in questa rivista, 2011, III.

certo derivare oneri per così dire “accessori” strettamente legati all’adozione di una singola “opzione” sanzionatoria che, magari, non rientra tra quelle contemplate dall’ordinamento nazionale.

D’altro canto, e qui sembra ravvisarsi il passaggio decisivo della pronuncia, la Corte riconosce che “il margine di discrezionalità che l’accordo quadro lascia agli Stati membri non è illimitato giacché esso non può in alcun modo arrivare a pregiudicare lo scopo e l’effetto utile dell’accordo quadro”<sup>11</sup>.

Consentire, al momento della trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in tempo indeterminato, modifiche sostanziali delle clausole principali del precedente contratto in senso globalmente sfavorevole al dipendente, specie quando questo continui a svolgere di fatto sempre le stesse attività, ben può, infatti, essere un modo per dissuaderlo dall’accettare il nuovo impiego “stabile” e, così, privarlo della sua principale tutela<sup>12</sup>. Il che, secondo la Corte, è contrario allo scopo della direttiva 99/70/CE più volte richiamato.

Di qui, per i giudici comunitari, pur nel rispetto della discrezionalità nazionale in ordine alla sanzione dell’abuso, la soluzione possibile risiede nell’affidare a “competenti autorità (statali)”<sup>13</sup> il compito di vigilare, caso per caso, circa l’assenza proprio di quelle “modifiche sostanziali” delle antecedenti clausole contrattuali, sopra citate<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Così al punto n. 43 della pronuncia in commento.

<sup>12</sup> Così al punto 44 della sentenza in esame. Che la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato rappresenti la protezione “per eccellenza” del dipendente da abusi evidenti, è un dato di fatto sul quale converge oggi pure la giurisprudenza nazionale. Ribadiscono, da ultimo, questo concetto sia la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1411 del 31 gennaio 2012 che, soprattutto, la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 303 dell’11 dicembre 2011, commentata da ultimo da ZAPPALÀ, *La Consulta e la ponderazione degli interessi nel contratto a termine: stabilizzazione versus indennità risarcitoria forfezzata*, in RIDL, 2012, I, 274.

<sup>13</sup> Al punto 45 della sentenza in esame, la Corte afferma, infatti, che: “spetta alle autorità (statali) competenti verificare, conformemente alla normativa, ai contratti collettivi e/o alle prassi nazionali, se le modifiche apportate alle clausole principali del contratto di lavoro oggetto del procedimento *a quo* possono essere qualificate come *modifiche sostanziali* delle stesse clausole contrattuali”.

<sup>14</sup> In assenza di delucidazioni da parte della Corte di Giustizia sul significato da attribuire al termine “sostanziale”, resta da vedere come, in concreto, esso sarà interpretato dalla giurisprudenza nazionale. La questione non è, certamente, di poco conto se si considera che quest’ultimo è il criterio cardine nella valutazione circa la violazione o meno della clausola n. 5 dell’accordo quadro confluito nella direttiva n. 99/70/CE.

Anche se le parole utilizzate nella massima prodotta dalla Corte per come in connessione fra di loro, non appaiono del tutto chiare in tal senso, da una lettura della pronuncia si ricava, quindi, l'impressione che i giudici di Lussemburgo diano per scontato il "dovere dello Stato di vigilare"<sup>15</sup> affinché non intervengano demansionamenti o simili vicende in sede di conversione del contratto. Tuttavia, non potendo chiedere un intervento con una legge *ad hoc*, per le ragioni sopra esposte, attribuiscono, anche e soprattutto, alla giurisprudenza nazionale, tale compito di verifica. Si tratta di un richiamo implicito all'obbligo su di essa gravante di fornire della legge statale l'interpretazione più conforme allo spirito della direttiva receptiva.

## 2. L'impatto sull'ordinamento giuridico nazionale

L'onere, seppure indiretto, di *sostanziale* mantenimento delle precedenti condizioni di lavoro e retributive nel contratto a tempo indeterminato "frutto" della conversione di una serie di contratti a termine, posto dalla Corte di Giustizia nei termini di cui al precedente paragrafo, solo *prima facie* sembrerebbe non interessare l'ordinamento giuridico nazionale.

Di primo acchito si potrebbe obiettare, infatti, che nonostante quest'ultimo si sia da tempo dotato, tra i vari strumenti possibili al fine di rispondere allo scopo anti-elusivo della direttiva 99/70/CE, della sanzione della trasformazione del contratto a tempo determinato in tempo indeterminato<sup>16</sup>, non sembra essersi mai posto in Italia il problema delle mansioni

<sup>15</sup> L'espressione è tratta dal punto 46 della sentenza in commento.

<sup>16</sup> In realtà il d.lgs. n. 368/2001 prevede la sanzione espressa della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato soltanto a fronte della violazione delle prescrizioni relative alla forma scritta, alla prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la naturale scadenza del termine, alle assunzioni successive a termine e al superamento del tetto massimo dei 36 mesi, in caso di successione di contratti a tempo determinato stipulati fra lo stesso datore di lavoro ed il medesimo lavoratore per mansioni equivalenti. La giurisprudenza, tuttavia, ha ampliato il raggio d'azione di siffatta sanzione a tutte le violazioni possibili riguardanti la normativa nazionale sul tempo determinato, ed in particolare al difetto delle ragioni giustificative di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001. Tra le tante cfr. Trib. Milano, 24.2.2009, che ha ritenuto sussistente il rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'inizio in un caso di mancata specificazione delle ragioni giustificatrici del termine, in *LG*, 2009, p. 526; Trib. Treviso, 26.9.2006, Est. Parise, con nota di FEZZI, *Illegittimità dell'apposizione del termine ad un contratto di lavoro e trasformazione in rapporto a tempo indeterminato* in *D&L*, 2008 e prima ancora Trib. Milano 10.11.2004, Est. Ianniello, con nota di CHIUSOLO, *Primi orientamenti giurisprudenziali sulla riforma del contratto a termine* in *D&L* 2005. Anche in dottrina prevale l'opinione per cui qualsiasi violazione della normativa sul contratto a tempo determi-

(identiche, equivalenti o inferiori?) da assegnare al dipendente il cui contratto sia stato convertito a tempo indeterminato in conseguenza di un illegittimo utilizzo del contratto a tempo determinato.

Ciò in quanto, fino a tempi recenti, non si dubitava della continuità dello stesso rapporto di lavoro, non a caso considerato, specie in giurisprudenza, nei casi di illegittimità del termine, sin dall'inizio a tempo indeterminato<sup>17</sup>, con conseguente applicazione dell'articolo 2103 cod. civ. (a presidio del generale divieto di demansionare il lavoratore subordinato)<sup>18</sup>.

Il quadro, tuttavia, sembra destinato a mutare radicalmente per effetto delle rilevanti innovazioni legislative intervenute recentemente.

In primo luogo, con l'articolo 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148 oggi esiste la possibilità di derogare, attraverso la contrattazione aziendale o territoriale, anche *in pejus*, norme di legge relative a moltissimi aspetti del rapporto di lavoro<sup>19</sup>.

nato rende la clausola appositiva del termine invalida con conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato. Si rinvia, tra gli altri, a BALLESTRERO, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *ADL*, 2002, p. 166 e ss.; CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008; DE ANGELIS, *op. cit.*; DE PAOLA, FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, 2011.

<sup>17</sup> Si vedano in tal senso, le sentenze: Corte d'Appello di Firenze del 15.10.2007, Pres. Amato, Est. Nisticò, in *D&L*, 2008, p. 547, con nota di CONTE A., *Illegittimità del termine ed effetto "moviola": orientamenti della giurisprudenza verso una tutela "integrale"*, e in *RIDL*, 2008 p. 605, con nota di LOREA, *Nullità del termine, trasferimento del lavoratore all'atto della reintegrazione e suo rifiuto di riprendere servizio per illegittimità del mutamento del luogo di lavoro*; Corte di Cassazione 21.5.2008, n. 12985, in *D&L*, 2008, p. 889, con nota di PAULLI, *Primo intervento della Corte di Cassazione sulle conseguenze della nullità del termine dopo il d.lgs. 368/01*; Corte d'Appello di Torino del 14.1.2008, in *LG*, 2008, p. 1068; Tribunale di Roma dell'11.1.2011, in *LG*, 2011, p. 418 ss.

<sup>18</sup> Pure la dottrina italiana maggioritaria ha considerato la conversione del contratto a termine in tempo indeterminato sostanzialmente *ex tunc*, soprattutto nei casi di assunzioni avvenute senza soluzione di continuità, ove la presunzione di frode alla legge si pone in maniera assoluta ed aggravata. Così, BOZZAO, *L'estensione del lavoro a termine oltre il primo contratto: la nuova disciplina*, in PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, 2002; SPEZIALE, in *op. cit.*

<sup>19</sup> Ovviamente ferme restando le generiche finalità alla base del contratto aziendale o territoriale c.d. "in deroga" inerenti alla "maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali ed occupazionali, agli investimenti ed all'avvio di nuove attività"(così al primo comma dell'art. 8 del d.l. 138/11). Per riflessioni in merito alla norma appena citata si rinvia a GARILLI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 139/2012; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 132/2011; RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione, in Eguaglianza e Libertà, rivista on line di critica sociale.*

Fra di essi rientrano, espressamente, le *mansioni del lavoratore* ed il *lavoro a termine*<sup>20</sup>. La norma in questione, peraltro, è stata ritenuta dalla Consulta (con la sentenza n. 221/2012, depositata il 4 ottobre scorso) costituzionalmente legittima<sup>21</sup>. Vanno però ricordati i vincoli di provenienza comunitaria che si impongono all'autonomia collettiva di prossimità nell'esercizio del suo potere di deroga con conseguente illegittimità delle clausole collettive confliggenti con tali vincoli e relativa possibile disapplicazione da parte dei giudici nazionali<sup>22</sup>, in ragione del consolidato e fondamentale principio di prevalenza del diritto comunitario su quello dei Paesi membri<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Così al secondo comma dell'art. 8 del d.l. 138/11, lettere *b)* e *c)*. Unico limite è rappresentato dal rispetto della Costituzione e dai vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

<sup>21</sup> In particolare, la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Regione Toscana per presunto contrasto dell'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148, con gli articoli 39, 117 e 118 della Cost. fondamentalmente perché ritiene tassativo l'elenco delle materie oggetto di eventuale contratto aziendale in deroga di cui al medesimo articolo 8, comma 2. Ergo, per la Corte, la norma in questione ha degli ambiti e delle finalità circoscritte che la rendono eccezionale, ovvero applicabile unicamente nei casi e per i tempi da essa considerati. Non solo, ma non sconfinerebbe nell'ambito delle competenze legislative regionali in quanto riguardante tematiche (dalla videosorveglianza alle mansioni, ai contratti a termine ed ad orario ridotto, modulato o flessibile, alla disciplina dell'orario di lavoro, fino alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite iva) di competenza legislativa *esclusivamente* statale.

<sup>22</sup> Cfr. la recentissima sentenza resa nelle cause riunite C-302/11 e C-305/11, del 18 ottobre 2012, con cui si è ritenuta contrastante con la direttiva 99/70/CE la legge italiana n. 296 del 2006, meglio nota come finanziaria 2007, che consentiva alla P.A. di non prendere in considerazione, ai fini retributivi, l'anzianità maturata dal dipendente "stabile" in precedenti rapporti a termine. Anche con tale sentenza Valenza, Altavista, Marsella, Schettini, Tommasini c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in *Diritto&Diritti*, <http://www.diritto.it>, con commento di NACCARONE, *Corte di Giustizia UE: bocciata la legge nazionale che non tiene conto ai fini retributivi della anzianità maturata nei contratti a termine*, i giudici di Lussemburgo, ai punti 57 e 59, hanno precisato che sebbene gli Stati membri godano di un certo margine di discrezionalità nell'organizzazione delle loro amministrazioni e nella disciplina circa l'accesso al pubblico impiego, ciò non toglie che debbano utilizzare criteri di impiego trasparenti e facilmente controllabili da parte dei giudici nazionali. Proprio a questi ultimi spetta, per la Corte, il compito di verificare ed impedire che non vi siano trattamenti sfavorevoli, in spregio dei principi di parità di trattamento, riservati ai lavoratori a termine in ragione della breve durata dei loro contratti.

<sup>23</sup> Per approfondimenti sul concetto di prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello degli Stati membri si rinvia a TESAURO, *Sovranità degli Stati ed integrazione comunitaria*, Editoriale Scientifica, 2006.

In secondo luogo, la legge del 28 giugno 2012 n. 92, all'articolo 1, co. 13, fornendo l'interpretazione autentica dell'articolo 32, co. 5, della legge n. 183 del 4 novembre 2010<sup>24</sup>, chiarisce che la "conversione" del contratto a termine illegittimo di cui al suddetto art. 32, co. 5, comporta la "ricostituzione" del rapporto di lavoro<sup>25</sup>. Detto in altri termini, l'attuale riferimento

<sup>24</sup> Si rammenta che l'art. 32, co. 5, della legge 183/2010, ovvero del c.d. "collegato lavoro", ha istituito un'indennità onnicomprensiva nella misura che va da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità come risarcimento del danno in favore del lavoratore che si è visto convertire un contratto a termine illegittimo in tempo indeterminato. Tale norma è stata ritenuta dalla Consulta non incostituzionale con la sentenza n. 303 del 2011, in *DRI*, 2011, 4, p. 1103 con commento di BOLLANI, CORVINO, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*. Per approfondimenti sull'impatto del collegato lavoro rispetto al contratto a termine si rinvia a TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato dal "Collegato lavoro" alla legge finanziaria 2010*, in *RIDL*, 2010, 3; VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *MGL*, 2010, 4; GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge in 183 del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 115/2011.

<sup>25</sup> Per la verità, sia nelle primissime "linee di intervento sulla disciplina delle tipologie contrattuali", p. 2, primo capoverso, che nella relazione illustrativa al d.d.l. n. 3249, p. 2, ultimo capoverso, il Governo, nel fornire chiarimenti sull'art. 32, co. 5, della legge 183/2010, si limitava a precisare che: "Nel caso in cui il contratto a termine sia dichiarato illegittimo dal giudice, il regime continuerà ad essere basato sul doppio binario della "conversione" del predetto contratto e del riconoscimento al lavoratore di un importo risarcitorio compreso tra le 2,5 e le 12 mensilità retributive secondo quanto previsto dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 (c.d. Collegato lavoro), che ha superato il vaglio di legittimità della Corte Costituzionale che si è pronunciata con la sentenza n. 303/2011 (...) si ribadisce, quindi, che l'indennità di cui sopra, in quanto prevista dalla legge come «onnicomprensiva», copre tutte le conseguenze retributive e contributive derivanti dall'illegittimità del contratto a termine". Lo scopo dichiarato consisteva, dunque, nello "scoraggiare ulteriore contenzioso" sul solo punto dell'affiancamento o meno all'indennità, di cui sopra, delle retribuzioni perse dal dipendente dalla cessazione del contratto a termine illegittimo alla pronuncia della sentenza di condanna datoriale, dati i contrasti venutisi a formare in giurisprudenza. Ed in effetti, quest'ultima si era divisa tra quanti ritenevano l'indennità onnicomprensiva "esastiva di qualsiasi pretesa risarcitoria e retributiva" (cfr. Corte di Appello di Perugia del 3.5.2011 Pres. e Rel. PRATILLO HELLMANN, in *LG*, 2011, p. 849; Corte di Cassazione 28.1.2011 n. 2112 Pres. ROSELLI, Est. ZAPPALÀ, in *OGL*, 2011, p. 39 ed, ancor prima, Tribunale di Roma 11.1.2011, Est. SORDI, in *LG*, 2011, p. 418) e chi, viceversa, integrava comunque l'indennità onnicomprensiva con le retribuzioni perse dal lavoratore a partire dalla data in cui quest'ultimo aveva messo in mora il datore (cfr. soprattutto Corte d'Appello di Roma, n. 267/2012 in *LG*, 2012).

La volontà di intervenire pure sul cosa effettivamente accada dopo la pronuncia di condanna, ovvero se si costituisca un nuovo rapporto o continui lo stesso ma a tempo indeterminato è, pertanto, eventualmente subentrata in un secondo momento, unicamente all'atto della stesura della legge stessa. D'altro canto, è anche vero che nemmeno l'ultima pronuncia dei giudici delle leggi (sentenza n. 303/2011 succitata) aveva potuto o, forse, voluto fare chiarezza nel merito. Nel corpo del testo, infatti, si utilizzano in maniera indifferenziata

legislativo alla “ricostituzione” senza l’aggiunta dell’*“ex tunc”*<sup>26</sup>, potrebbe far ritenere, secondo taluna dottrina<sup>27</sup>, che la sentenza giudiziale di condanna sia da considerare come lo spartiacque tra la fine di un rapporto, quello a termine illegittimamente stipulato, e l’instaurazione di un nuovo e distinto contratto di lavoro. Il che, a sua volta, implicherebbe la possibilità, in capo alle singole parti, di rivedere, a livello di contrattazione individuale, e ferma restando la forma del contratto, pur sempre a tempo indeterminato, i contenuti delle rispettive obbligazioni.

A maggior ragione, quindi, anche le mansioni, potrebbero mutare *in pejus* rispetto alle antecedenti, trattandosi di una novazione contrattuale.

Ecco perché la decisione resa nel caso *Huet c. Université de Bretagne occidentale*, nel suo essere di estrema attualità, tocca una materia probabilmente destinata a diventare centrale nel nostro ordinamento nel prossimo futuro.

La Corte, infatti, come visto, pone dei limiti a qualsiasi tentativo – in linea teorica compatibile con il vigente diritto nazionale – di rinegoziazione *in pejus* delle mansioni, a seguito della trasformazione (*rectius* ricostituzione) a tempo indeterminato di un contratto a termine illegittimo.

Proprio per tale ragione, si potrebbe immaginare che questa decisione, muovendosi in direzione diversa rispetto agli ultimi interventi legislativi italiani, possa cogliere di sorpresa gli operatori del diritto nazionale.

È, invece, utile rammentare al riguardo come, la giurisprudenza abbia già dimostrato, in altre simili occasioni, di avere a cuore il patrimonio professionale del lavoratore subordinato quando, ad esempio, si è trattato di giudicare le mansioni da attribuire al lavoratore riassunto nell’area di applicazione della tutela c.d. obbligatoria del licenziamento illegittimo.

La questione, sebbene attinente ad una materia diversa da quella che si sta qui esaminando, offre utili spunti di riflessione poiché i giudici di legit-

termini molto diversi tra di loro quanto alle possibili conseguenze discendenti, come “riammissione in servizio”, che sembrerebbe più vicina ad una ricostituzione, (così alla p. 2 della sent. n. 303/2011), “stabilizzazione”, che, viceversa, presume lo stesso rapporto di lavoro (così alla p. 5) e “conversione”, che gli stessi giudici definiscono come una “ricostituzione *ex tunc* del rapporto” (così alla p. 3, punto 5.2 della sentenza n. 303/2011).

<sup>26</sup> Come, ad esempio, da pronuncia della Corte Costituzionale di cui alla precedente nota.

<sup>27</sup> Ci si riferisce a MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, in *www.adapt.it* del 17 aprile 2012; MARESCA, *Sfruttare le opportunità*, in *Il Sole 24 Ore* del 30 giugno 2012; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.

timità, anche a prescindere da quanto avviene nel caso della reintegra *ex art. 18* della legge 300/70<sup>28</sup> – ove, chiaramente, il rapporto di lavoro, nel lasso di tempo intercorrente tra la data dell’illegittimo licenziamento e quella della pronuncia giudiziale di condanna datoriale, s’intende come “quiescente ma mai estinto”<sup>29</sup> – hanno ritenuto che, pure nei casi di riassunzione *ex art. 8* della legge 604/66, nei quali, viceversa, il rapporto lavorativo si costituisce *ex novo* – similmente a quanto potrebbe avvenire con la “ricostituzione” di cui all’art. 1, co. 13, l. 92/12 – il lavoratore debba comunque essere adibito alle mansioni originarie.

Con la pronuncia n. 7448 del 29 luglio 1998, la Corte di Cassazione – dopo aver accolto il primo motivo di ricorso datoriale circa l’applicazione nella fattispecie concreta dell’art. 8 della legge 604/66 in luogo dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in quanto nei mesi antecedenti all’illegittimo licenziamento si era proceduto ad una strutturale riduzione del personale portandolo sotto i quindici dipendenti – ha precisato, infatti, che, in ogni caso, sia per ottemperare all’obbligo di reintegrazione *ex art. 18 St. lav.* che alla riassunzione *ex art. 8*, “non è sufficiente, come vorrebbe ora la ricorrente, una generica offerta di nuova occupazione sia pure con il medesimo trattamento economico”; viceversa “è necessario, sia pure senza forme so-

<sup>28</sup> Valga qui la pena brevemente ricordare che a seguito delle modifiche apportate dalla legge 92/12, rispetto ai licenziamenti individuali, il diritto alla reintegra resta solo nei casi di licenziamenti discriminatori, ovvero legati alla disabilità o all’inidoneità fisica e psichica, o per giusta causa o giustificato motivo soggettivo se vi è un’insussistenza del fatto contestato o esso rientra tra le condotte che la contrattazione collettiva nazionale punisce con sanzioni conservative, oppure, infine, nei casi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

<sup>29</sup> Riprendendo le parole delle Sezioni Unite della Cassazione del 5 luglio 2007, n. 15143, a loro volta estrapolate dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 6 del 1986, in *LG*, 2008, p. 87, in *DPL*, 2008, p. 1066 e con nota di CAFIERO, *L’obbligo contributivo in seguito al licenziamento dichiarato illegittimo ex art. 18 St. Lav.*, in *D&L*, 2007, p. 1187. In realtà, è sempre apparso scontato, presso la giurisprudenza, il diritto del lavoratore reintegrato a riprendere il medesimo posto di lavoro occupato fino al momento dell’illegittimo licenziamento, essendo persino irrilevante la circostanza che nel mentre l’azienda avesse adibito un altro lavoratore a quella medesima mansione. Non solo, ma l’inattività forzata a cui fosse stato eventualmente sottoposto il lavoratore da poco reintegrato per i giudici di merito e di legittimità non ha mai rappresentato tanto un’ipotesi di demansionamento, riconducibile, quindi, all’art. 2103 del cod. civ., quanto una vera e propria inottemperanza all’ordine giudiziale di reintegra con conseguente risarcibilità dei danni ulteriori “per imposta inattività” (vedi Cass. 17 dicembre 2007 n. 26561 con commento di VINCIGUERRA, BULGARINI-D’ELCI, *Inottemperanza all’ordine giudiziale di reintegra e risarcibilità dei danni ulteriori per imposta inattività*, in *D&L*, 2008, p. 271 ss.).



lenni, un invito concreto e specifico a rientrare in azienda nel luogo e nelle mansioni originarie”. In pratica, proseguono i giudici, solo l’ingiustificato rifiuto del lavoratore “creditore” rispetto ad un invito siffatto (specifico e concreto, nelle medesime mansioni) potrebbe diminuire, se non escludere, il risarcimento del danno, alternativo alla riassunzione, di cui all’art. 8 citato<sup>30</sup>.

La Cassazione, pertanto, equipara, sotto il profilo dell’invito a rientrare in azienda nelle mansioni originarie, la tutela dell’equivalenza professionale a fronte dell’obbligo di reintegrazione quanto di quello di riassunzione.

Con ciò i giudici di legittimità forniscono, dunque, argomenti utili a ritenere che la professionalità del lavoratore non possa essere sacrificata nel caso di estinzione del rapporto di lavoro prodotta da atti illegittimi, benché efficaci (quale è il termine apposto illegittimamente al contratto di lavoro o il licenziamento illegittimo ex art. 8 l. 604/66).

Tale conclusione, coincidendo perfettamente con la *ratio* ispiratrice della sentenza della Corte di Giustizia esaminata, rappresenta appunto il motivo principale per il quale, come sopra anticipato, è prevedibile che la giurisprudenza italiana, anche facendo leva sull’obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale alla direttiva europea, non faticerà ad uniformarsi nell’interpretazione della disciplina riformata del contratto a termine.

<sup>30</sup> Così alla pagina n. 6 della sentenza n. 7448 del 29 luglio 1998 in *GC*, 1999, I, p. 3411 ss. In buona sostanza, per i giudici di legittimità il datore di lavoro che abbia proceduto ad un licenziamento illegittimo può sottrarsi all’obbligo di risarcire il danno ex art. 8 l. 604/66 solo costituendo in mora il lavoratore nelle forme dell’art. 1217 del cod. civ., ossia “attraverso l’intimazione di ricevere la prestazione consistente nell’esplicazione dell’attività necessaria alla ripresa del lavoro”.

## notizie sugli autori

### **Carmen Amato**

*Dottore di ricerca in Diritto privato per l'Europa - Università Roma Tre*

### **Maria Vittoria Ballestrero**

*Professore ordinario di Diritto del Lavoro - Università di Genova*

### **Mario Cerbone**

*Ricercatore di Diritto del Lavoro - Università del Sannio*

### **Silvia Ciucciiovino**

*Professore associato di Diritto del Lavoro - Università Roma Tre*

### **Edoardo Ghera**

*Professore emerito di Diritto del Lavoro - Università di Roma Sapienza*

### **Pietro Lambertucci**

*Professore ordinario di Diritto del Lavoro - Università dell'Aquila*

### **Gabriella Nicosia**

*Ricercatore di Diritto del Lavoro - Università di Catania*

### **Paolo Passaniti**

*Ricercatore di Storia del Diritto medievale e moderno - Università di Siena*

### **Alessandra Pioggia**

*Professore ordinario di Diritto Amministrativo - Università di Perugia*

### **Paola Saracini**

*Ricercatore di Diritto del Lavoro - Università del Sannio*

# abbreviazioni

## **Normativa**

ai	<i>accordo interconfederale</i>
ccnc	<i>contratto collettivo nazionale di comparto</i>
ccnl	<i>contratto collettivo nazionale di lavoro</i>
ccnq	<i>contratto collettivo nazionale quadro</i>
cod. civ.	<i>codice civile</i>
cod. pen.	<i>codice penale</i>
cod. proc. civ.	<i>codice di procedura civile</i>
cod. proc. pen.	<i>codice di procedura penale</i>
Cost.	<i>Costituzione</i>
d.d.l.	<i>disegno di legge</i>
d.g.r.	<i>delibera giunta regionale</i>
d.i.	<i>decreto interministeriale</i>
dir.	<i>direttiva della Comunità europea</i>
dir. P.C.M.	<i>direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.l.	<i>decreto legge</i>
d.lgs.	<i>decreto legislativo</i>
d.lgs.lgt.	<i>decreto legislativo luogotenenziale</i>
d.m.	<i>decreto ministeriale</i>
d.P.C.M.	<i>decreto Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.P.R.	<i>decreto Presidente della Repubblica</i>
GU	<i>Gazzetta Ufficiale</i>
GUCE	<i>Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee</i>
GUE	<i>Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
l.	<i>legge</i>
l.cost.	<i>legge costituzionale</i>
l.d.	<i>legge delega</i>
l.p.	<i>legge provinciale</i>
l.r.	<i>legge regionale</i>
PL	<i>Public Law</i>
racc.	<i>raccomandazione della Comunità europea</i>
r.d.l.	<i>regio decreto legge</i>

reg.	<i>regolamento della Comunità europea</i>
St. lav.	<i>Statuto dei lavoratori</i>
Statutes	<i>Statutes at Large</i>
Supp.	<i>Supplement</i>
Tratt. CE	<i>Trattato delle Comunità europee</i>
t.u.	<i>testo unico</i>

### **Giurisprudenza e altre Autorità**

Caa	<i>Cour administrative d'appel</i>
Cass.	<i>Cassazione</i>
Cass. Pen.	<i>Cassazione penale</i>
Cass. Sez. Un.	<i>Cassazione Sezioni Unite</i>
App.	<i>Corte d'Appello</i>
C. Conti	<i>Corte dei Conti</i>
C. Cost.	<i>Corte Costituzionale</i>
Comm. Gar.	<i>Commissione di Garanzia</i>
Cons. Giust. Amm. Sic.	<i>Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia</i>
Cons. St.	<i>Consiglio di Stato</i>
Cons. St., Ad. Plen.	<i>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria</i>
C. Eur. Dir. Uomo	<i>Corte europea dei diritti dell'Uomo</i>
C. Giust.	<i>Corte di Giustizia delle Comunità europee</i>
Pret.	<i>Pretura</i>
Trib.	<i>Tribunale</i>
Ta	<i>Tribunal administratif</i>
Tar	<i>Tribunale amministrativo regionale</i>

### **Commentari, enciclopedie e trattati**

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone

<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

## Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires

<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&amp;CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de información sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	CNS-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto

<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEccl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&amp;G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTY</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research

<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS</i>	The European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EuMLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GASicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore



<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	International Labor Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy

<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTl</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&amp;G</i>	Legge&Giustizia: <a href="http://www.legge-e-giustizia.it">www.legge-e-giustizia.it</a>
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro

<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato

<i>QISV</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia CE
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDV</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale

<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECON WP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGLVeneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGs</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail

<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEC</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>PPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRC</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelijke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Sviluppo e organizzazione
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TP</i>	Teoria politica

<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics
<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <a href="http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp">www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</a>
<i>WP Olympus</i>	I Working Paper di Olympus
<i>WSIM</i>	WSI - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Finito di stampare  
nel mese di dicembre 2012  
presso Arti Grafiche Solimene - Casoria (Napoli)