

# indice

## editoriale

- 193 UMBERTO ROMAGNOLI  
*Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*

## saggi

- 199 MARIO RUSCIANO  
*Sul metodo delle riforme del Diritto del lavoro*
- 211 MAXIMILIAN FUCHS  
*Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco*
- 227 ENRICO GRAGNOLI  
*Scuole, personale docente e rapporto di lavoro*
- 265 STEFANO BELLOMO  
*Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione*
- 293 MICHEL MARTONE  
*Lo smart working nell'ordinamento italiano*
- 319 MARIE MERCAT-BRUNS  
*Systemic discrimination at work in France and the EU: can antidiscrimination law be transformative?*

## giurisprudenza

- 335 MASSIMILIANO DELFINO  
*Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*

(Commento a Corte di Giustizia 20 dicembre 2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL)

349 ANTONELLO ZOPPOLI

*Rappresentanze sindacali e rappresentatività, le insidie del tempo*

(Commento a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 giugno 2017 n. 13978 e a Tar Lazio, Sezione I, 8 febbraio 2018 n. 1522)

369 ALESSANDRO DI CASOLA

*Tardività della contestazione: la “via mediana” del 5° comma dell’art. 18 St. lav.*

(Commento a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 27 dicembre 2017 n. 30985)

387 MARIA TERESA CARINCI, ALESSANDRA INGRAO

*Diritto di satira e obbligo di fedeltà del lavoratore*

(Commento a Corte di Cassazione 6 giugno 2018 n. 14527)

osservatorio

397 STEFANO BERNI

*Per una teoria critica del lavoro*

411 *Notizie sugli autori*

413 *Abbreviazioni*

# table of contents

## editorial

- 193 UMBERTO ROMAGNOLI  
*If Love for the Species Makes Lose Sight of the Genus (Talking about the Foodora Case)*

## articles

- 199 MARIO RUSCIANO  
*On the Method of the Reforms of Labour Law*
- 211 MAXIMILIAN FUCHS  
*The Principle of Contractual Unity in German Labour Law*
- 227 ENRICO GRAGNOLI  
*Schools, Teaching Staff and Employment Relations*
- 265 STEFANO BELLOMO  
*Constitutional Protection of Social Security and of Remuneration Rights and Reform of Article 81 of the Constitution*
- 293 MICHEL MARTONE  
*Smart Work in the Italian Legal Order*
- 319 MARIE MERCAT-BRUNS  
*Systemic Discrimination at Work in France and the EU: Can Antidiscrimination Law be Transformative?*

## case law

- 335 MASSIMILIANO DELFINO  
*Work through Technological Platforms between Innovation and Tradition: the Uber Case*

(Comment to Court of Justice 20 December 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain*SL)

- 349 ANTONELLO ZOPPOLI  
*Trade Union Representative Bodies and Representativeness, the Pitfalls of Time*  
(Comment to Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 giugno 2017 n. 13978 e a Tar Lazio, Sezione I, 8 febbraio 2018 n. 1522)
- 369 ALESSANDRO DI CASOLA  
*The Delay in the Objection of Dismissal: the ‘Middle Way’ of Article 18, paragraph 5, of the Workers’ Statute*  
(Comment to Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 27 dicembre 2017 n. 30985)
- 387 MARIA TERESA CARINCI, ALESSANDRA INGRAO  
*Employees’ Right to Satire and Duty of Loyalty*  
(Comment to Corte di Cassazione 6 June 2018 n. 14527)

**observatory**

- 397 STEFANO BERNI  
*For a Critical Theory of Work*
- 411 *Authors’ information*
- 413 *Abbreviations*

**Umberto Romagnoli**

Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere  
(a proposito del caso *Foodora*)

1. Dal lavoro subordinato, si sa, ha preso nome un ramo del diritto e, all'epoca del governo Badoglio, una partizione accademica del sapere giuridico. Viceversa, il lavoro autonomo non è mai stato in cima ai pensieri né dei detentori del potere di legiferare né dei titolari di cattedre universitarie. Infatti, ha dovuto accontentarsi della parsimoniosa disciplina del codice civile (artt. 2222-2228) ed ha sempre soggiornato ai margini della didattica. Anch'io di solito, a lezione, me ne occupavo di striscio e soltanto per segnalare che gli esclusi dalla tutela degli "altri" lavoratori non avevano mai cessato di premere non senza successo sulle frontiere del diritto del lavoro. Larga infatti era la condivisione da parte degli operatori giuridici, e segnatamente dei giudici di merito, di quella che – in un manuale scritto tanti anni fa con Giorgio Ghezzi – chiamavo "cultura del sospetto". Il sospetto che gli imprenditori fossero gente di pochi scrupoli e molto talento truffaldino che appena può, *inter alia* si appropria dei vantaggi del lavoro dipendente senza pagarne i costi. Sarebbe un errore ritenere che si trattasse semplicemente di una cultura sovraccarica di pregiudizi. In primo luogo, era alimentata dalla certezza, diventata ormai senso comune, che l'idea di lavorare senza padrone fosse diventata un inutile mito. Inoltre, l'esperienza ha sempre insegnato che scostamenti più o meno accentuati tra il pattuito e la situazione effettivamente stabilizzatasi in costanza di rapporti di durata, influenzabili in quanto tali da una quantità di fattori né prevedibili né controllabili, non sono infrequenti né anomali. Fatto sta che non hanno mai smesso di fioccare sentenze di giudici i quali, raccolte le prove della soggezione del prestatore d'opera a vincoli di subordinazione, dichiaravano efficace tra le parti l'ordinario contratto di lavoro salariato.

Complessa o di *routine* che fosse, l'indagine giudiziaria ha sempre somigliato a una caccia agli indizi della subordinazione tra i quali ha sempre primeggiato il dato della "continuità della prestazione" a favore del *partner* contrattuale. Per questo, i giudici si erano abituati a vestirsi da *detective*. Per quanto grossolana, la cultura del sospetto è stata tutt'altro che innocua. Tant'è che, a un certo punto, è sembrata addirittura espressione di un *favor iuris* a classificare i rapporti di lavoro nella categoria della subordinazione: presunto, ma egualmente minaccioso per la stessa agibilità del contratto di lavoro autonomo. Infatti, negli anni '70 il legislatore dovette intervenire, spingendosi a riconoscerne la genuinità anche nelle ipotesi in cui le parti convengono che il lavoratore agirà come il più subordinato dei lavoratori autonomi ed insieme come il più autonomo dei lavoratori subordinati. La trasformazione del prestatore d'opera in un lavoratore che gli operatori giuridici chiamano "para-subordinato" si compie allorché il contratto di scambio tra la realizzazione dell'*opus* e il corrispettivo instaura un rapporto di "collaborazione" non solo "prevalentemente personale", ma anche "continuativa e coordinata". In seguito a questa scelta legislativa, numerose situazioni provviste di indizi che, coi parametri della cultura del sospetto, sarebbero state sufficienti per ricondurle alla categoria del lavoro subordinato restano inchiodate nella categoria opposta. In effetti, il legislatore aveva negato che l'imprenditore avesse a sua disposizione soltanto la forma di collaborazione tipizzata dall'art. 2094 cod. civ. Poteva disporre anche di collaborazioni giuridicamente alternative, ossia aveva la facoltà di sostituire collaboratori organicamente inseriti *nell'impresa* con collaboratori *dell'impresa* "senza vincolo di subordinazione (art. 2222 cod. civ.).

2. Anche se i lavoratori del settore terziario, che oggi si attestano intorno al 70% degli occupati, sorpassano per la prima volta gli addetti all'industria proprio in coincidenza con l'ascesa della para-subordinazione, nell'immediato non furono in molti a capirne significato e implicazioni. Eppure, era cominciata la transizione del sistema economico-produttivo verso il post-industriale col risultato di svuotare gli stessi concetti-base del diritto del lavoro. A quest'ultimo, in effetti, cresciuto avvitandosi su se stesso e nutrendosi d'industrialismo, è stata tolta la soddisfazione di godersi in pace la stagione della maturità raggiunta con lo statuto dei lavoratori. Una stagione nella quale era entrato allorché aveva potuto esibire di sé l'immagine di un sistema

normativo che, ribadita la marginalità politico-culturale del lavoro autonomo, esprimeva una pronunciata ostilità nei confronti della precarietà a vantaggio della stabilità, della flessibilità a vantaggio della rigidità, dell'individuale a vantaggio del collettivo. Ma questa stagione è finita presto.

Infatti, il diritto che dal lavoro prende il nome non si prodiga più per la soppressione di uno dei termini delle antitesi a beneficio dell'altro, e dunque per la dominanza dei valori evocati dal termine privilegiato (subordinazione, stabilità, rigidità, collettivo). Anzi, i termini delle diadi si erano logorati, perdendo la nettezza che ne generava l'antinomia e – saltati, uno a uno, i restanti riferimenti che ne determinavano l'identità – ha visto allargarsi a dismisura l'area dei rapporti di lavoro d'incerta qualificazione giuridica. Non che si fosse smarrita la nozione di bianco e di nero. Il fatto è che prevaleva il grigio, perché le diadi stavano esaurendo la loro vitalità. In conseguenza, ecco il punto, il contesto si stava modificando in modo tale da dover ripensare il diritto del lavoro per triadi. Ormai, persino subordinazione e autonomia compongono una diadi che, se una volta rinviava a totalità contrapposte tendenti a elidersi, adesso evoca situazioni che si collocano lungo una medesima linea continua rappresentabili con la formula “né né”, anziché “*aut aut*”. Per questo, si è formato uno spazio intermedio ricco di sfumature la cui espansione provoca l'obsolescenza della dicotomia e l'inutilizzabilità della logica ultimativa che la sostiene. Il che è sufficiente per mandare in *tilt* la cultura di operatori giuridici educati a pensare che, per individuare il soggetto protetto dal diritto del lavoro, sia decisivo accertare previamente le modalità della prestazione lavorativa esigibile per contratto.

Com'è noto, si considera “subordinato” il lavoratore tenuto a “collaborare nell'impresa” ubbidendo alle disposizioni impartite da un soggetto autorizzato a esercitare il potere di pianificarne l'adempimento dell'obbligazione, controllarlo e punirlo per le irregolarità che commette. Stando così le cose, è evidente che i confini del lavoro dipendente vengono disegnati in maniera da ricomprendervi certamente quello del lavoro dell'operaio manifatturiero, che costituiva il referente della primitiva legislazione sociale; ma il criterio della subordinazione che viene adottato assegna al diritto del lavoro un orizzonte di senso diverso e più vasto. Infatti, quello che il diritto del lavoro finisce per mediare è non tanto un conflitto d'interessi quanto piuttosto un conflitto di ruolo tra chi dirige il lavoro e l'etero-diretto. Pertanto, posto che l'art. 2094 cod. civ. ospita una nozione di subordinazione decontestualizzata, socialmente neutra e depurata delle sue connotazioni classiste, ciò che

determina l'applicazione del diritto del lavoro non è la subordinazione virulenta e opprimente, propria del lavoro industriale delle origini, ma una sottomissione scolorita al punto di ravvisarvi semplicemente l'accentuazione di un elemento comune ad ogni obbligazione contrattuale: la quale, vincolando il debitore, limita sempre la sua autonomia.

Usata come filtro per selezionare i soggetti protetti, la nozione è inclusiva e al tempo stesso escludente. Inclusiva perché favorisce l'annessione al territorio d'elezione del diritto del lavoro di province abitate da soggetti che realisticamente non hanno bisogno di apparati protettivi: Gino Giugni, riferendosi alle fasce alte più professionalizzate del mercato del lavoro, a cominciare dai dirigenti d'azienda, li chiamava i "portoghesi" del diritto del lavoro. Al tempo stesso, quella nozione è escludente, perché la tutela concessa a chi non ne è meritevole è, invece, negata a quanti ne avrebbero realisticamente necessità; ed è negata per il solo fatto che si sono obbligati a lavorare in base a un contratto di lavoro autonomo. Oggi diremmo che fanno parte del popolo delle "partite Iva".

3. La contraddizione, che dormicchia in stato letargico tra le pieghe dell'ordinamento, ogni tanto si manifesta con un certo fragore. Di recente è esplosa a causa dell'iniziativa giudiziaria di un gruppetto dei *rider* di *Foodora* che consegnano a domicilio il cibo ordinato al ristorante. Invero, non ebbe inferiore risonanza mediatica l'analogo ricorso presentato parecchi lustri fa da *pony express* addetti al recapito di plichi e lettere in città. In entrambi i casi gli attori sono usciti perdenti dalla controversia sulla qualificazione della natura del rispettivo rapporto di lavoro. Ma stavolta l'esito poteva ritenersi pressoché scontato *de iure condito*: la disciplina del lavoro subordinato può estendersi alle sole collaborazioni che si concretano in "prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro". Ciò è quanto stabilisce l'art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*), la cui formulazione testuale ne determina, come ha osservato il Tribunale di Torino (sent. 7 maggio 2018), "un ambito di applicazione addirittura più ristretto di quello dell'art. 2094 c.c.". L'opzione legislativa è due volte criticabile. Anzitutto, è smaccatamente contraddittorio che nell'era del post-industriale i giudici siano tenuti a riferirsi ad un modello di subordinazione paleo-industriale. Inoltre, il sopravvenuto



indurimento dei criteri selettivi presuppone l'adesione ad una strategia di politica del diritto che, se può contare sul sostegno della tradizione, non può dirsi costituzionalmente orientata.

Infatti, impegnando la Repubblica ad intervenire nelle situazioni soggettive di inferiorità e svantaggio, di debolezza e disegualianza *comunque e dovunque si manifestino* (art. 3, co. 2) – e, più specificatamente, impegnando la Repubblica a tutelare anche il lavoro prestato in forme e in condizioni diverse da quelle del lavoro dipendente (art. 35, co. 1) – nello stesso momento in cui ne riaffermano la centralità i costituenti raccomandavano un diverso angolo visuale, dimostrando così che l'amore per la specie può non far perdere di vista il genere. Con ineguagliabile eleganza, Massimo D'Antona scriverà che i costituenti guardavano il lavoro, “più che come fattispecie contrattuale, come un segno linguistico riassuntivo dei fenomeni d'integrazione del lavoro umano nei processi produttivi non solo nel quadro di un contratto tipico, ma nell'intera gamma delle relazioni giuridiche entro le quali si realizzano”<sup>1</sup>. Come dire: l'opinione che fa della *summa divisio* di bassiana memoria tra contratto di lavoro subordinato e contratto di lavoro autonomo uno steccato invalicabile sfida la direttiva costituzionale con esiti irragionevolmente antitetici: o si ottiene tutto, e magari anche troppo, o si resta a mani vuote. Ma è metodologicamente scorretta. La sua ostinata resistenza ha molto a che fare con quel che succedeva in materia di autotutela collettiva in epoca anteriore alla giurisprudenza della Consulta che ha gradualmente smantellato la gabbia in cui era rinchiuso lo sciopero: fino agli anni '60 inoltrati del XX secolo, anche l'art. 40 Cost. è stato interpretato alla luce di un codice penale che criminalizzava tutte le forme di sciopero. Del pari, come non accorgersi che il culto della dicotomia conduce nientemeno che al rovesciamento dell'ordine gerarchico del sistema delle fonti di produzione normativa?

4. Per la verità, un soprassalto d'autocritica era cominciato a trasparire in una legge di ascendenza molto controversa: c'è chi dice che sia figlia di molte madri e non tutte oneste, ma secondo qualcuno è “senza padri”<sup>2</sup>. In-

<sup>1</sup> D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, 1989, ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, 2000, III, 3, p. 1225.

<sup>2</sup> PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 79 ss.

fatti, l'art. 69 *bis* della legge n. 92 del 2012 abilitava il giudice ad inforcare gli spessi occhiali della Pantera Rosa e, in sintonia con la cultura del sospetto di cui dicevo in apertura, gli permetteva di allungare lo sguardo su aspetti di contorno del rapporto di collaborazione suscettibili di farne ragionevolmente presumere l'appartenenza alla famiglia dei rapporti di lavoro subordinato. Senonché, la norma è stata sostituita dal disposto legislativo poc'anzi riportato su cui ha fatto leva il Tribunale di Torino.

Bisogna comunque riconoscere che, a differenza di quanto era accaduto ai Costituenti, se l'amore del sindacato per la specie non gli avesse fatto perdere di vista il genere, i *riders* di *Foodora* del tempo presente – come i *pony-express* del tempo passato – avrebbero potuto placare la loro sete di giustizia utilizzando una risorsa come quella della contrattazione collettiva, senz'altro più affidabile di una leggina arruffona o di una sentenza basata su indizi empirici. Il guaio è che i sindacati hanno tardato a decifrare un mondo del lavoro avvolto da una galassia di modelli negoziali confacenti, nei fatti se non anche nelle intenzioni, a un modo di “fare impresa” che considera il lavoro più come un costo che come un valore su cui investire in termini di formazione delle competenze professionali (oltreché di prevenzione degli infortuni) e lega la competitività aziendale unicamente all'abbattimento dei costi di produzione. Un mondo dove impensati sviluppi del progresso tecnologico generano discontinuità qualitative (del tipo: tramonto dell'operaio addetto al tornio o alla catena di montaggio come figura-simbolo di una stagione che pareva destinata a non finire mai) e quantitative (= riduzione della rilevanza materiale del lavoro umano nei processi produttivi) che non vanno enfatizzate, ma nemmeno sottostimate. Un mondo dove il lavoro si declina al plurale. E questo è l'esito senz'altro meno prevedibile e più paradossale del gigantesco sforzo collettivo compiuto nel secolo XX per creare – diceva Antonio Gramsci – “con una coscienza del fine mai vista nella storia, e con ostinazione feroce, un tipo nuovo di lavoratore e di uomo”. Ciononostante, si mantiene alta la visibilità del *gap* culturale di un sindacato che deve imparare ad agire sul diverso, sul disomogeneo, sul disperso e, per riuscirci, deve imparare a disimparare che il sistema economico sia dominato dalle strutture della produzione industriale massificata e standardizzata.

**Mario Rusciano**  
Sul metodo delle riforme  
del Diritto del lavoro\*

**Sommario:** 1. Raffaele de Luca Tamajo e la mediazione tra interesse dell'impresa e tutela del lavoro. 2. La parabola del diritto del lavoro insidiato dalle ragioni dell'economia. 3. Precarietà, flessibilità e crisi della rappresentanza degli interessi. 4. Riflessioni sull'adeguamento delle tecniche della riforma. 5. Riformare il sistema di contrattazione per semplificare la legislazione del lavoro.

1. *Raffaele de Luca Tamajo e la mediazione tra interesse dell'impresa e tutela del lavoro*

Sono contento di festeggiare oggi l'amico Lello e lo ringrazio per avermi voluto tra i relatori di questo Convegno.

Il tema – *Riforme del diritto del lavoro in Europa* – è molto ampio e forse anche generico, ma è molto importante sotto il profilo metodologico, specie in questa delicata fase storica in cui le riforme toccano aspetti essenziali dell'ordinamento del lavoro, mettendone in dubbio la sopravvivenza.

Oltre a essere ampio e importante, il tema del Convegno è anche appropriato all'odierna circostanza accademica: sia per la storia personale e il carattere di de Luca Tamajo come “studioso”; sia perché nei nostri studi ha enorme rilievo la stagione che stiamo vivendo, che tutti definiscono “epocale” perché investe tempestosamente il mondo delle imprese e del lavoro.

Se mi si perdona per un attimo qualche ricordo (anche autobiografico) della storia di Lello come studioso, mi piace sottolineare che egli è sempre

\* Intervento al Convegno in onore di Raffaele de Luca Tamajo, Università di Napoli Federico II, 12 aprile 2018.

stato uno dei giuristi del lavoro più attenti a seguire l'andamento di ogni riforma: con una particolare sensibilità alle tendenze dell'apparato industriale e ai processi di modernizzazione del lavoro.

Se non ricordo male, risale all'inizio degli anni '80 il suo coinvolgimento, da parte di Gino Giugni, nell'elaborazione della riforma del "trattamento di fine rapporto", che cancellò la vecchia "indennità di anzianità" in una congiuntura economica di alta inflazione, alimentata dalla spirale infernale "prezzi/salari". Si trattò dell'inizio di un percorso di intensa partecipazione a tutte le riforme più significative del diritto del lavoro: tra le quali, nel 1996, quelle del c.d. "pacchetto Treu" (per il quale il Ministro Tiziano Treu coinvolse molti giuslavoristi).

Inoltre Lello, mediante i suoi studi (a cominciare dalla prima monografia su *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*), e grazie pure a un'attività professionale di alto livello, ha contribuito a proporre, nei vari periodi, modelli di politica del diritto e originali soluzioni dei problemi più pressanti del momento. Per esempio: tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80, fu tra i primi a cogliere i tratti salienti del c.d. "diritto del lavoro dell'emergenza". Definizione riferita alla legislazione con cui, in quegli anni di pesante ristrutturazione industriale, cominciava pure la progressiva destrutturazione dell'apparato di tutele dei lavoratori. Allora si parlò di "emergenza", ma la storia ha poi dimostrato che si trattava di un processo tutt'altro che eccezionale e per giunta irreversibile.

Infine, anche da avvocato, volendo contribuire a mantenere (seppure a fatica) la compattezza logica del sistema giuslavoristico, Lello ha suggerito originali interpretazioni del diritto positivo, spesso accolte dalle alte Corti. Operazione complicata: magari non sempre riuscita, ma certo sempre apprezzata.

Lello ha fatto tutto questo con il garbo e la sobrietà del suo stile, che io credo di conoscere abbastanza bene, dal momento che il nostro primo incontro risale addirittura al suo esame universitario di diritto del lavoro, sostenuto con me (allora giovanissimo "assistente volontario"), e al 30 e lode che meritò. È incredibile: stiamo parlando di oltre mezzo secolo fa!

Da allora il rapporto tra noi non si è mai interrotto, e neppure incrinato, pur nella dialettica di un costante e serrato confronto scientifico: fatto di accordi e disaccordi. Nessuna meraviglia! Chi conosce Lello sa che il suo stile è improntato a una non comune "capacità di mediazione" (credo ereditata dal suo papà, Domenico, celebre avvocato del lavoro e insigne esponente di quella nobile e dotta classe forense napoletana ormai scomparsa,

dotata di equilibrio e, soprattutto, per niente appassionata del contenzioso giudiziario).

La sua capacità di mediazione è senza pregiudizi ideologici, è rispettosa della tecnica giuridica ed è tollerante delle opinioni altrui. Perciò è molto appropriato anche il titolo della monumentale opera in suo onore (appena presentata).

“*Tutele del lavoro ed esigenze della produzione*” racchiude infatti con precisione il senso logico della mediazione.

## 2. *La parabola del diritto del lavoro insidiato dalle ragioni dell'economia*

Ed è appunto il concetto di mediazione a stimolare talune riflessioni di carattere generale sul processo riformatore del diritto del lavoro: limitatamente però al suo metodo e, in rapida sintesi, alla mediocre “tecnica della regolazione”, che il legislatore ha adottato nei suoi provvedimenti.

Ricordo soltanto che, nell'equilibrio tra “tutele del lavoro” ed “esigenze della produzione” si radica l'esistenza stessa del diritto del lavoro nella società capitalistica. Si può dire che il diritto del lavoro nasce per fare da “ammortizzatore sociale” nel novecento industriale (e non a caso all'inizio lo si etichetta “legislazione sociale”). Come tale, in Italia ha funzionato debolmente alle origini dello Stato liberale e ha funzionato in modo contraddittorio nello Stato corporativo. Si è invece consolidato, assumendo sembianze più robuste, dopo l'avvento della Carta del 1948: grazie al riconoscimento costituzionale dei diritti dei lavoratori e dell'economia sociale di mercato (art. 41 Cost.).

È però con lo statuto dei lavoratori, nel 1970, che il diritto del lavoro ha davvero cambiato pelle e ha cominciato a essere assai incisivo anche sul piano culturale. È diventato – da semplice apparato di protezione dei “*poveri disgraziati che si guadagnano il pane col sudore della fronte*” – un potente strumento di eguaglianza sostanziale tra i cittadini e di valorizzazione della dignità del lavoro. Un terremoto storico e perciò non privo di contraddizioni, tormenti e conflitti!

Da un paio di decenni però, e oggi più che mai, il binomio “tutele del lavoro/esigenze della produzione” non è più quello di una volta. Si è molto squilibrato, perché le esigenze della produzione si sono fatte man mano enormi, illimitate e spesso arroganti: al punto da rendere la mediazione e il bilanciamento tra “tutela del lavoro” e “interesse dell'impresa” quanto mai difficile, per non dire impossibile.

È fin troppo noto che, con il prevalere nella cultura politica occidentale del neo-liberismo economico, in pratica abbracciato dall'Unione Europea e condiviso persino da taluni ambienti della sinistra c.d. "riformista", è diventata opinione comune la necessità di rivedere radicalmente *l'insieme* dei diritti dei lavoratori, strutturalmente incompatibili con le straordinarie trasformazioni degli apparati produttivi.

Questi, in sintesi, i "mantra" che sentiamo ripetere continuamente: (a) *le nuove tecnologie (dalla robotizzazione all'intelligenza artificiale, all'industria digitale 4.0) riducono fatalmente il lavoro umano*; (b) *l'impresa moderna ha bisogno di investimenti ingenti e costanti, perché l'evoluzione tecnologica è veloce e irreversibile*; (c) *la globalizzazione dei mercati e la feroce concorrenza internazionale esigono che le aziende, per reggere la competizione mondiale, facciano funzionare a pieno ritmo gli impianti e riducano i costi di produzione: a cominciare dai costi del lavoro, diretti e indiretti*; (d) *impossibile, dunque, mantenere i precedenti livelli occupazionali*.

Di qui l'esigenza di agevolare i licenziamenti per ragioni economiche e l'espulsione dei c.d. "esuberanti", trasferendo sulla fiscalità generale i relativi costi sociali (cassa integrazione; indennità di mobilità ecc.).

Perciò non a caso, quando genericamente si parla della necessità di "fare le riforme", non si pensa ad altro che a riformare il lavoro e le pensioni. E riformare il lavoro equivale a *ridurne sensibilmente le tutele*.

Del resto si sa non da ora che, nella politica del diritto dell'Unione Europea, prevale la tendenza a difendere (e rendere omogenee) le ragioni del mercato e della concorrenza; e a porre invece in secondo piano i diritti sociali: proclamati a parole, ma non resi "effettivi". E tanto meno resi "uniformi" nei paesi dell'Unione. Se mai in materia qualche sforzo in più viene fatto dai Giudici Europei. Ma siccome la tutela reale dei diritti dei lavoratori è nella competenza degli Stati nazionali, è inevitabile che tra i vari paesi si creino gravi complicazioni, disuguaglianze e un intollerabile *dumping* sociale.

A questo punto il discorso potrebbe anche concludersi qui: con la semplice presa d'atto che la realtà economica ha ridotto a pura fantasia l'idea originaria di un diritto del lavoro schierato a spada-tratta a difesa dei lavoratori. Vale a dire l'idea di un diritto del lavoro che, attraverso il riconoscimento sempre più ampio di diritti soggettivi alle persone che lavorano, riscatta i ceti subalterni e rafforza così la stessa democrazia politica: secondo i principi della nostra Costituzione.

Adesso come adesso, sono le esigenze produttive della moderna impresa tecnologica a essere considerate "*necessità naturali*", mentre sono sempre

meno “*naturali*” i diritti delle persone che lavorano (nonostante i proclami delle varie “Dichiarazioni dei diritti”, “Carte sociali”, “Costituzioni” ecc.).

Non c’è dubbio che, rendendo pura fantasia l’idea di una tutela del lavoro unidirezionale e incrementale, la realtà economico-produttiva fa barcollare le basi classiche del diritto del lavoro, senza sostituirvi nuovi assetti. Che neppure s’intravedono all’orizzonte: dove anzi si addensano molte nubi. Il cambiamento epocale dell’organizzazione produttiva e della modellistica del lavoro prospetta soltanto un diritto del lavoro per così dire “transitorio”: che arranca a inseguire le disordinate vicende del mercato del lavoro e si presenta perciò “asistematico” e “disorganico”, privo di una logica unitaria.

La riduzione quantitativa del lavoro, la sua accentuata diversificazione qualitativa e la sua frammentazione hanno segmentato talmente gli scenari del lavoro da renderne assai difficile, contraddittoria e confusa la regolazione. Come si fa a regolare con norme generali e astratte i rapporti di lavoro di categorie di soggetti (datori e lavoratori) così disparate? Si va dagli aristocratici profili professionali, richiesti dalle aziende più innovative e tecnologiche, ai lavoratori precari e agili (più o meno professionalizzati); ma ci sono pure i prestatori (poco o per niente professionalizzati), che si arrangiano a fare qualsiasi lavoro, magari sottopagati con i *voucher* o addirittura in nero (la c.d. “economia dei lavoretti”). E ancora: i finti lavoratori autonomi e le partite iva; i lavoratori degli appalti, dei subappalti e delle esternalizzazioni; fino agli immigrati nell’edilizia o ai lavoratori agricoli sfruttati dai caporali.

È una segmentazione che rende difficile la copertura unitaria del diritto del lavoro: il quale fatica a conservare una compattezza logica e a resistere alle insidie di una politica economica che considera il lavoro e le sue regole semplici strumenti al suo servizio anziché priorità strategiche per la crescita e lo sviluppo.

È anche vero, per altro verso, che, al momento, l’offerta di lavoro spesso non corrisponde alla domanda: che si presenta molto variegata, sempre più articolata, raffinata ed esigente. Vengono così al pettine i nodi di un passato privo della capacità di prevedere e programmare un futuro; cioè di un passato dalle mancate riforme serie del mercato del lavoro: accantonate, preferendo la scorciatoia della riduzione delle tutele. Difatti solo oggi ci si accorge dell’inesistenza di validi sistemi di educazione e formazione continua o dell’inefficienza di organi di governo e di controllo dei mercati del lavoro.

### 3. *Precarietà, flessibilità e crisi della rappresentanza degli interessi*

Di fronte alle constatazioni di una realtà del lavoro mortificata dalla realtà economico-produttiva, assume particolare rilievo *il modo di riformare le regole del lavoro* negli ultimi anni. Perché in Italia queste riforme sono state molto incisive e hanno toccato i gangli vitali del sistema. A cominciare dalla stretta interdipendenza tra “interesse individuale” e “interesse collettivo” dei lavoratori: che riguarda il problema centrale dell’aggregazione e della rappresentanza degli interessi organizzati. Nell’arco di circa un ventennio, il processo riformatore si è sviluppato secondo un “disegno di destrutturazione” di questo sistema: non so quanto studiato e voluto. Un disegno nel quale – schematicamente – spiccano tre aspetti da mettere a fuoco:

(a) si comincia con la riduzione della tutela del singolo lavoratore nel rapporto individuale: che non è esplicita, ma nasce dallo sfaldamento della “fattispecie unitaria” di lavoratore subordinato (art. 2094 cod. civ.), causato dalla moltiplicazione dei “tipi contrattuali” e dalla progressiva eliminazione delle regole restrittive dei contratti a termine e dell’appalto di manodopera. Si diffonde così la pratica del “contratto precario” come normale forma giuridica di utilizzazione del lavoro dipendente;

(b) un secondo aspetto attiene agli effetti della “precarizzazione diffusa” dei rapporti di lavoro, che ovviamente sono devastanti: non per il benessere bensì per la vita dei lavoratori precari. Uno degli effetti più clamorosi della precarietà è il tracollo dell’aggregazione degli interessi collettivi a livello di categoria professionale. Cala sensibilmente la sindacalizzazione dei lavoratori – con il conseguente svuotamento della rappresentanza e della pressione sindacale – e si riduce l’incidenza della contrattazione collettiva nazionale;

(c) indebolite la rappresentanza e l’autonomia collettiva, rimane libero il campo dell’autonomia individuale delle parti nel contratto di lavoro. Che in pratica vuol dire restituire al datore ogni decisione sulla gestione del rapporto. In linea con un simile contesto è l’eliminazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, il baluardo (anzitutto simbolico) della tutela del lavoratore: eliminando la “reintegrazione” nel posto, persino nel caso di licenziamento *illegittimo* del lavoratore, se ne accentua notevolmente la subordinazione.

E così, neppure a un virtuoso mediatore come Raffaele de Luca Tamajo possono sfuggire le aporie nella politica del diritto seguita dal legislatore del terzo millennio. E si badi: senza differenza di collocazione politica delle forze di governo: di destra o di sinistra.



Il chiodo fisso del legislatore è sempre stato quello di iniettare nel sistema giuridico del lavoro la *filosofia della flessibilità*, nelle sue due fondamentali accezioni. Ossia: per un verso, la restituzione al datore di lavoro del potere di organizzare l'azienda secondo propri criteri, ai quali deve piegarsi la forza-lavoro; e coerentemente, per un altro verso, l'affievolimento del principio dell'inderogabilità delle regole di tutela dei lavoratori.

Non è difficile allora trovare argomenti a sostegno della tesi secondo cui le riforme recenti hanno impresso una mutazione genetica al diritto del lavoro: tanto da farlo diventare – secondo alcuni – addirittura da diritto “*del lavoro*” a diritto “*dell'impresa*”. In una parola: da alterarne l'identità storica, acquisita pienamente negli ultimi decenni del secolo scorso.

Certo, una volta ampliati gli spazi di manovra del potere imprenditoriale, ci si rende conto che del lavoro umano non si può (ancora) fare completamente a meno e si tenta quindi di riportare un certo equilibrio tra “interesse dell'impresa” e “tutela del lavoro”, inventando qualche espediente, utile ai lavoratori ma gradito anche all'impresa perché complementare alla c.d. “flessibilità in uscita”. Mutuandolo dai paesi del Nord Europa, si fa ricorso al sistema della c.d. *flexicurity*: per il quale, alla *flessibilità*, imposta dalle oscillazioni del mercato del lavoro, deve corrispondere la *sicurezza* del reddito dei lavoratori flessibili. Anzi, in una versione più recente, caldeggiata – mi pare – da Tiziano Treu, la *flexicurezza* andrebbe estesa anche alla flessibilità delle posizioni interne all'azienda (in caso di demansionamento, riduzione di orario ecc.).

Ora è evidente che, senza negare l'importanza del sostegno del reddito, “tutela del lavoro” e “tutela del reddito” non sono la stessa cosa: se non altro perché difficilmente il sostegno del reddito può liberarsi della sua patina assistenzialistica, visto che è sempre più difficile garantire ai lavoratori espulsi da un'impresa – specie se in età non più giovanile – l'assunzione in un'altra impresa con trattamento equivalente. Un po' perché l'Italia ha vissuto e vive un preoccupante processo di deindustrializzazione; un po' perché, in particolare nel Mezzogiorno, è alto il livello della disoccupazione giovanile. Sicché in un periodo nel quale si discute di “reddito d'inclusione”, di “reddito di cittadinanza” e cose simili per fronteggiare il pauroso diffondersi della povertà, è incombente il rischio di controbilanciare l'interesse dell'impresa con l'assistenza sociale. Tutto questo in un periodo di magrissime risorse pubbliche e di forte indebitamento del paese! E naturalmente senza fermarsi un attimo sull'importanza del lavoro per lo sviluppo della persona umana, cioè sugli effetti di simili espedienti nel contesto antropologico-culturale.

D'altra parte è difficile scardinare l'idea di principio, cui quasi tutte le riforme s'ispirano, secondo cui soltanto liberando l'impresa dai famosi "lacci e laccioli del diritto del lavoro", si incentivano gli investimenti, s'incoraggia la competizione, si aumenta la produttività e s'imprime dinamismo al mercato del lavoro.

Spero di sbagliarmi, ma tutto fa pensare che, nel disegno del legislatore, vi sia un ritorno alle origini: il diritto del lavoro viene riportato nel seno materno del diritto privato (con la valorizzazione dell'autonomia individuale nel contratto di lavoro e la conseguente negazione della posizione di "contraente debole" del lavoratore) e con l'affiancamento al "diritto del contratto" di vari interventi consolatori di "legislazione sociale".

Logicamente un'idea del genere non viene mai resa esplicita, ma appare abbastanza chiara tra le righe delle norme contenute nel c.d. *Jobs Act* (legge-delega 10 dicembre 2014 n. 183 e d.lgs. nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150, 151 del 2015).

#### 4. *Riflessioni sull'adeguamento delle tecniche della riforma*

Sia chiaro che nessuno nega la necessità di una riforma dell'insieme dei diritti dei lavoratori, per renderli compatibili con i nuovi modelli produttivi e organizzativi delle imprese e della società post-industriale in cui viviamo, fortemente terziarizzata. Una riforma che peraltro va calibrata pure sulle nuove esigenze di vita delle lavoratrici e dei lavoratori. Anche costoro, infatti, non considerano "statiche" le situazioni soggettive loro riconosciute dall'ordinamento nel corso del tempo. Tant'è vero che a volte sono essi stessi a preferire di adeguarle, appunto, ai propri bisogni personali e familiari.

Il fatto è che, fino a prova contraria, "riformare" significa dare "nuova forma" e non significa "abolire" i diritti. E qui, una volta per tutte, va sgombrato il campo dalla confusione strumentale tra i "diritti" dei lavoratori, che vanno salvaguardati nel loro nucleo essenziale, e i "privilegi", o addirittura gli "abusi dei diritti", che pure ci sono (soprattutto nel lavoro pubblico) e che vanno aboliti senza indugio. In pratica, nessuno vuole tutelare i furbi, i lavativi e gli inetti.

La revisione legislativa del lavoro è certamente un'operazione impegnativa. Ma proprio per questo conta molto cercare il *metodo* più appropriato per adeguare l'ordinamento ai cambiamenti dell'organizzazione produttiva e dell'organizzazione del lavoro.

In una “Repubblica democratica fondata sul lavoro” (art. 1 Cost.) e strutturata secondo il pluralismo costituzionalizzato della rappresentanza degli interessi organizzati (art. 39 Cost.) e sulla base di una prassi consolidata di proficua “concertazione sociale”, era difficile pensare che una riforma vasta e complessa del sistema giuslavoristico potesse essere impostata e portata avanti senza confronti e intese tra legislatore e forze sociali. In una parola: senza acquisire il consenso, informato e responsabile, dei destinatari del cambiamento delle regole.

E invece è proprio quello che è avvenuto in Italia nelle più recenti e importanti riforme del lavoro. In particolare nel *Jobs Act* – legge delega 183 del 2014 e decreti attuativi – manca qualsiasi riferimento al coinvolgimento delle parti sociali: che è considerato indispensabile, o quantomeno auspicabile, persino da vari documenti europei in tema di *flexicurity*, cui i provvedimenti interni si ispirano. Anzi, addirittura alcuni atti delle istituzioni della c.d. *Trojka* segnalano la necessità/opportunità della partecipazione delle organizzazioni sindacali.

Non a caso, quando la Commissione Europea si occupa della flessicurezza, afferma quasi in maniera perentoria che – cito testualmente – “il coinvolgimento attivo delle parti sociali è la chiave per far sì che la flessicurezza vada a vantaggio di tutti” e che “l’esperienza insegna che un approccio di partenariato è il più idoneo per sviluppare una politica di flessicurezza”.

Ciò significa che una seria concertazione tra Governo e forze sociali – che non va confusa con il consociativismo perverso del passato – per la ricerca di un nuovo equilibrio tra interesse dell’impresa e tutela del lavoro, è una precondizione della tecnica regolativa di efficaci riforme del lavoro.

##### 5. *Riformare il sistema di contrattazione per semplificare la legislazione del lavoro*

C’è un altro aspetto infine della politica del diritto, nel processo riformatore, che è importante mettere in luce: la totale indifferenza, per non dire la repulsione, mostrata dal legislatore dell’ultimo decennio nei confronti del sindacalismo confederale e della contrattazione collettiva nazionale, la cui centralità nell’ordinamento del lavoro non è mai stata messa in discussione: sia per la sua rilevanza costituzionale e per la sua valenza in senso lato politica, sia perché, tecnicamente, la legge, per la sua generalità e astrattezza, non è in

grado di dettare regole adatte alle specifiche diversissime caratteristiche dei settori produttivi, delle categorie professionali e delle aziende.

In realtà solo un sistema razionale – ordinato e articolato – di contrattazione collettiva può garantire un equilibrio costante tra “interesse dell’impresa” e “tutela del lavoro”. E invece il legislatore, anziché dettare regole per rendere appunto ordinato, e sostenere, il sistema di contrattazione – dalla effettiva rappresentatività alla democrazia sindacale all’efficacia generale del contratto collettivo – ha pensato bene di strumentalizzare la contrattazione a tutt’altri fini, opposti alla natura e alla funzione costituzionale dell’autonomia collettiva.

Con l’art. 8, l. 14 settembre 2011 n. 148, il legislatore si è inventato il “*sostegno della contrattazione di prossimità*”, consentendo a un contratto aziendale tra l’impresa e un sindacato “vagammente” rappresentativo (più probabilmente: “di comodo”) di derogare anche *in pejus* alle norme di legge e di contratto nazionale. Un mostro giuridico, secondo me incostituzionale, che consente alle imprese più grandi e potenti di disegnarsi un proprio “*diritto del lavoro aziendale*”. Operazione molto attuale e forse anche gradita a quei lavoratori disposti a perdere qualche diritto per godere, in compenso, di un seducente *welfare aziendale*, che fa da contraltare alla distruzione del *Welfare State*. Della serie: “meglio l’uovo oggi che la gallina domani”! Operazione però anche rischiosa, che fa perdere al diritto del lavoro la sua intrinseca compattezza e fa prevalere un groviglio di norme legislative e di clausole di una contrattazione pletorica e disordinata; un apparato di regole destinato anch’esso a sbriciolarsi irrimediabilmente, creando nel frattempo ulteriori diseguaglianze e nuovi conflitti.

Non so se Lello, giovandosi – oltre che della sua sapienza ed esperienza – della “saggezza della vecchiaia”, che oggi celebriamo con gli onori accademici, sarà in grado di trovare nuove mediazioni. Me lo auguro davvero: perché se l’equilibrio tra tutele del lavoro ed esigenze della produzione è affidato a un legislatore sordo e miope, oltre che tecnicamente arruffone, vuol dire che il diritto del lavoro sta vivendo un tramonto al quale difficilmente, passata la notte, seguirà una nuova alba.

## Abstract

Intervenendo al Convegno in onore di Raffaele de Luca Tamajo su “Le recenti riforme del diritto del lavoro in Europa”, l’a. ricorda i meriti di de Luca Tamajo come studioso e il contributo di alta consulenza da lui dato, con le sue capacità di mediatore, a grandi aziende e allo stesso legislatore in alcune riforme. Dopo aver passato in rapida rassegna le fasi storiche del diritto del lavoro italiano come “ammortizzatore sociale” – capace cioè di coniugare interesse dell’impresa e tutela dei lavoratori – l’a. sottolinea gli effetti devastanti della crisi economica, della globalizzazione e della rivoluzione tecnologica sull’occupazione e sulla flessibilità del lavoro. L’a. ritiene che, quando le riforme si risolvono nella perdita di diritti dei lavoratori, il metodo delle riforme esige più coinvolgimento delle parti sociali, come spesso avviene nei paesi dell’UE: sia con la c.d. “concertazione legislativa” (o “dialogo sociale” che dir si voglia), sia con la contrattazione collettiva, da valorizzare secondo le regole costituzionali: che vuol dire certezza della rappresentanza degli interessi ed efficacia generale dei contratti collettivi.

Speaking at the Conference in honour of Raffaele de Luca Tamajo on “The recent reforms of labour law in Europe”, the author recalls the merits of De Luca Tamajo as a scholar and the contribution of high advice he gave large companies and the legislator in some reforms as a mediator. After rapidly reviewing the historical phases of Italian labour law as a “social shock absorber” – i.e. capable of combining the interests of the company and the protection of workers – the author underlines the devastating effects of the economic crisis, globalization and the technological revolution on employment and labour flexibility. The author believes that when reforms result in the loss of workers’ rights, they require more involvement of the social partners, as it often happens in other EU countries: both with the so-called “legislative consultation” (or “social dialogue”) and with collective bargaining to be enhanced according to the constitutional rules: which means certainty in the interests’ representation and the universal applicability of collective agreements.

## Key words

Riforme, destrutturazione del diritto del lavoro, dialogo sociale, contrattazione collettiva.

Reforms, deconstruction of labour law, social dialogue, collective bargaining.



## Maximilian Fuchs

### Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco\*

**Sommario:** **1.** I livelli della contrattazione collettiva. **1.1.** Il livello nazionale. **1.2.** Il livello regionale. **1.3.** Il livello aziendale. **2.** Il problema del conflitto fra contratti collettivi. **2.1.** Il principio della specialità. **2.2.** Il principio dell'unità contrattuale. **2.3.** Critiche e consolidamento del principio. **3.** L'affermazione dei sindacati di mestiere. **3.1.** Gli sviluppi. **3.2.** L'inversione di rotta della giurisprudenza del BAG. **4.** La legge sulla unicità del contratto collettivo del 10 luglio 2015. **4.1.** Il dibattito sollevato dalla sentenza del BAG. **4.2.** La modifica alla legge sul contratto collettivo. **5.** La sentenza della Corte costituzionale dell'11 luglio 2017.

#### 1. *I livelli della contrattazione collettiva*

##### 1.1. *Il livello nazionale*

In passato, e anche in tempi recenti, nell'esperienza tedesca, la contrattazione di categoria è stata praticata assai di rado a livello nazionale. Tuttavia, i contratti collettivi nazionali costituiscono un'eccezione in tale sistema contrattuale. Tuttavia, di recente, in seguito alle modifiche apportate alla legge che traspone in Germania la direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, si è riscontrata in una certa misura una tendenza di segno contrario<sup>1</sup>. La legge in questione prevede la possibilità di introdurre, in certi settori produttivi più esposti alla precarietà, condizioni di lavoro suscettibili di applicazione generale nel senso di cui al-

\* Il mio ringraziamento va al Prof. Raffaello Santagata de Castro per il suo prezioso apporto linguistico e per la traduzione dal tedesco di alcune parti del testo.

<sup>1</sup> Si tratta della *Arbeitnehmerentendegesetz* del 20 aprile 2009, *Bundesgesetzblatt I*, 2009, 799, versione attuale del 17 febbraio 2016, *Bundesgesetzblatt I*, 2016, 203.

l'art. 3 della dir., tramite contratti collettivi di livello nazionale<sup>2</sup>. L'applicazione di questo schema presuppone la sussistenza di un contratto collettivo dichiarato *allgemeinverbindlich* (e cioè con efficacia generale) nell'edilizia o la trasposizione del contratto collettivo in un decreto promulgato dal Ministero del Lavoro per gli altri settori.

### 1.2. Il livello regionale

La maggior parte dei contratti collettivi viene stipulata a livello regionale, e più precisamente, in ciascuno degli Stati federati (*Länder*). Pertanto, la contrattazione collettiva rispecchia l'articolazione territoriale del potere politico, cioè la struttura federale dello Stato. In alcuni *Länder*, o meglio nei *Länder* con un territorio molto vasto e con molti abitanti, l'ambito dei contratti collettivi è spesso articolato per distretti ben definiti. Per esempio, un contratto collettivo può essere concluso per le imprese metallurgiche della Baviera Nord, ma esiste un altro contratto collettivo per il distretto della Baviera Sud.

### 1.3. Il livello aziendale

La legge sui contratti collettivi accorda il potere di stipulare contratti collettivi non solo alle associazioni datoriali, ma anche al singolo datore di lavoro. L'uso di questo tipo di contratto collettivo è oggi molto ricorrente. Mentre, in passato, contratti collettivi del genere erano limitati alla grande industria (soprattutto automobilistica), da alcuni anni, si assiste ad una crescita del numero di contratti collettivi conclusi da un sindacato dei lavoratori e da una impresa di media dimensione<sup>3</sup>. Questa tendenza si giustifica in parte con il bisogno delle imprese di adattare le condizioni di lavoro allo specifico contesto aziendale, in parte anche con la pressione, sempre più marcata, proveniente dal sistema politico ed economico, che, ugualmente, sia al livello europeo sia al livello nazionale, postula il decentramento della contrattazione collettiva, considerandolo economicamente necessario.

<sup>2</sup> I nove settori interessati sono elencati nel § 4 della legge in questione.

<sup>3</sup> Per gli sviluppi e le cifre statistiche vedi FUCHS, *La contrattazione collettiva in Italia, vista con occhiali tedeschi*, in *LD*, 2016, p. 931 ss.



## 2. Il problema del conflitto fra contratti collettivi

Nel lontano passato le ipotesi di concorso-conflitto di due contratti collettivi costituivano un fenomeno rarissimo. Nel dopoguerra trovava applicazione il principio espresso dalla formula “un’impresa, un contratto collettivo”. E tale principio consentiva di scongiurare l’insorgere di conflitti collettivi fra sindacati diversi. Lo scenario cambia nel momento in cui i sindacati cominciano ad abbandonare il modello organizzativo tradizionale<sup>4</sup>. In particolare la crescita del settore dei servizi porta con sé la nascita di nuovi sindacati che cercano di occupare nuovi campi di azione, travalicando il sistema tradizionale di divisione delle competenze. Al fine di risolvere le situazioni di concorrenza all’interno del DGB (*Deutscher Gewerkschaftsbund*, l’organizzazione confederale dei sindacati dei lavoratori) viene introdotta una procedura di arbitrato<sup>5</sup>. In fin dei conti il problema più grosso che si pone è costituito dalle attività svolte dai sindacati di mestiere<sup>6</sup>.

### 2.1. Il principio della specialità

Alla crescita del pluralismo sindacale fa da contraltare l’aumento del numero dei contratti collettivi e, di conseguenza, l’insorgere della *Tarifkonkurrenz*, cioè l’ipotesi in cui due contratti collettivi concorrono nella regolazione degli stessi rapporti di lavoro in ragione dell’ambito di tali contratti collettivi<sup>7</sup>.

Al fine di individuare il contratto collettivo che trova applicazione ai rapporti di lavoro in casi di *Tarifkonkurrenz* viene in rilievo il principio di specialità. A titolo di esempio si pensi all’ipotesi in cui nel *Land* Assia il sindacato dei lavoratori del settore metallurgico abbia stipulato un contratto collettivo con l’omologa associazione datoriale. Tale contratto si applica a tutti i rapporti di lavoro di una azienda che svolga attività metallurgica nel *Land* in questione a condizione che sia il datore sia il lavoratore siano affiliati

<sup>4</sup> Il mutamento è ampiamente descritto da DIETERICH, *Autonomia collettiva: vecchio modello, nuova realtà*, in *DLRI*, 2016, pp. 557 e 561 ss. In generale sul fenomeno dell’erosione del sistema contrattuale cfr. anche WAAS, *Il ruolo delle organizzazioni datoriali nel sistema di contrattazione collettiva in Germania*, in *DLRI*, 2017, p. 239 ss.

<sup>5</sup> V. § 16 dello statuto del DGB.

<sup>6</sup> V. *infra* § 3.

<sup>7</sup> Per una descrizione dettagliata delle varie ipotesi vedi RICHARDI, BAYREUTHER, *Kollektives Arbeitsrecht*, Vahlen, 2016, § 76 ss.

al sindacato stipulante. Nel caso però che una impresa metallurgica abbia stipulato un contratto collettivo con il sindacato metallurgico la giurisprudenza ha fatto ricorso al principio di specialità e, utilizzando una formula molto diffusa, ha individuato il contratto collettivo più vicino alla situazione da regolare in base al campo di applicazione territoriale, aziendale, professionale, personale e temporale. L'adozione di questa formula e dei criteri ivi contenuti nel caso appena riferito consente di dare la prevalenza al contratto collettivo aziendale.

Se dunque la situazione di conflitto che si pone nell'ipotesi della *Tarifkonkurrenz* appare abbastanza agevole da risolvere, il caso della *Tarifpluralität* (pluralità di contratti collettivi) ha creato invece una vera e propria frattura in giurisprudenza e in dottrina. Un buon esempio per illustrare tale ipotesi è il seguente: la *Deutsche Bahn*, SA (impresa ferroviaria) stipula un contratto collettivo con il sindacato dei macchinisti (*GdL*). Al contempo è vincolata all'applicazione di un contratto collettivo concluso con il sindacato *Transnet* che rappresenta tutti i lavoratori affiliati all'interno di *Deutsche Bahn* fuorché i macchinisti.

In casi del genere in dottrina l'opinione prevalente è orientata nel senso che si debbano applicare entrambi i contratti collettivi a seconda della rispettiva affiliazione dei lavoratori. Viceversa, la giurisprudenza ritiene che sia applicabile un solo contratto collettivo, e ciò in sintonia con il principio della c.d. *Tarifeinheit*, ossia il principio dell'unità contrattuale. Su tale principio è necessario soffermare l'attenzione nel prosieguo.

## 2.2. Il principio dell'unità contrattuale

Per meglio comprendere l'ambito ed il contenuto del principio dell'unità contrattuale sembra utile illustrare i fatti alla base di una sentenza, con cui il Tribunale federale del lavoro, nel dopoguerra, pone per la prima volta le fondamenta di tale principio<sup>8</sup>.

Nella vicenda posta all'esame del Tribunale, l'attore (dipendente) prestava la propria attività lavorativa presso la convenuta, un'impresa che si occupa della realizzazione/installazione di impianti di protezione contro i

<sup>8</sup> Sentenza del Tribunale federale del lavoro (d'ora in poi viene usata l'abbreviazione tedesca: BAG) del 29 marzo 1957 - 1 AZR 208/55 in BAGE 4, 37 (BAGE è la collana ufficiale del Tribunale).

fulmini nonché di riparazioni di caminetti. Il rapporto di lavoro veniva risolto mediante recesso straordinario intimato dalla convenuta. L'attore pretendeva dalla convenuta la corresponsione degli arretrati. Se al suo rapporto di lavoro fosse stato applicabile il contratto collettivo quadro per il settore edile, la sua richiesta non avrebbe potuto avere successo.

Infatti, tale contratto prevede una clausola di decadenza, che l'attore non aveva rispettato (con la conseguenza dell'estinzione del diritto corrispondente). Diverso discorso sarebbe stato, tuttavia, se al rapporto di lavoro fosse stato applicabile il contratto collettivo per la costruzione e la riparazione di impianti di protezione contro i fulmini tenuto conto del campo di applicazione territoriale, aziendale, professionale, personale e temporale. Pertanto, nell'impresa in questione si era venuto a configurare un concorso tra due contratti collettivi, ossia, un contratto collettivo di lavoro per il settore edile, di cui il Ministro del lavoro aveva dichiarato l'efficacia generale, e un contratto collettivo per i dipendenti addetti a impianti di protezione contro i fulmini. L'esito della controversia dipendeva quindi essenzialmente dall'individuazione del contratto collettivo applicabile alla fattispecie.

La decisione del BAG afferma testualmente: *“Esiste la possibilità che il contratto collettivo del settore edile non trovi applicazione al rapporto di lavoro delle parti in causa, laddove, in base al principio dell'unità contrattuale, all'impresa convenuta venga applicato solo il contratto collettivo per la ‘costruzione e la riparazione di impianti di protezione contro i fulmini’. Secondo il principio dell'unità contrattuale, a un rapporto di lavoro è applicabile solo un contratto collettivo; questo principio, peraltro, implica anche che in ciascuna impresa e, in linea di principio, per tutti i rapporti di lavoro costituiti in tale impresa, debba essere applicato un solo contratto collettivo. Un concorso di contratti collettivi, vale a dire l'ipotesi in cui più contratti collettivi sono astrattamente applicabili a un rapporto di lavoro per quell'ambito territoriale, contrattuale, professionale, temporale e personale, deve essere risolto nel senso che deve essere applicato il contratto collettivo che rispecchia maggiormente la natura e le esigenze specifiche dell'impresa e dei suoi dipendenti, tenuto conto dello scopo dell'impresa e del tipo di lavoro richiesto e prestato per raggiungere tale scopo (e quindi, secondo il principio dell'unità contrattuale, un tale concorso esclude l'applicazione di altri contratti collettivi di lavoro). Pertanto, assume rilievo decisivo l'attività che il datore di lavoro effettivamente esercita e che contraddistingue l'impresa stessa e il lavoro in essa prestato”*.

In altre parole, il BAG non si limita a postulare l'ovvio principio secondo il quale ad un rapporto di lavoro deve essere applicato un solo contratto collettivo. Al contrario estende il principio al livello dell'azienda con

la conseguenza che in un'azienda tutti i rapporti di lavoro debbono essere regolati unitariamente da un singolo contratto collettivo.

L'enunciazione di questo principio non è stata una invenzione del BAG. Il principio dell'unità contrattuale (*Prinzip der Tarifeinheit*) era stato affermato per la prima volta nel § 2 co. 2 di una disciplina sul contratto collettivo del 1918 (*Tarifvertragsverordnung*)<sup>9</sup>. Tale norma stabiliva, che fra più contratti collettivi, dichiarati *erga omnes* (*allgemeinverbindlich*), si applicasse quel contratto che contiene disposizioni per il maggior numero di rapporti di lavoro in un'azienda<sup>10</sup>.

### 2.3. Critiche e consolidamento del principio

La sentenza del 1957, a cui si sono uniformate alcune pronunce successive, è stata oggetto di numerose critiche in dottrina<sup>11</sup>. Gli argomenti utilizzati in questa chiave sono di diversa natura.

Un argomento centrale viene tratto dall'art. 9, co. 3, della Costituzione (*Grundgesetz*: GG) che tutela l'autonomia collettiva. Tale norma garantisce spazi di azione sindacale anche ai sindacati minoritari presenti in un'azienda<sup>12</sup>. Con un altro argomento si pone in evidenza che la legge sul contratto collettivo non offre alcuna base giuridica al principio di unicità contrattuale. Le posizioni critiche si collocano anche in una prospettiva di politica del diritto. Si argomenta che il funzionamento dell'autonomia collettiva non richiede affatto di tutelare i sindacati contro una possibile concorrenza tra essi, ma al contrario presuppone che una tale concorrenza sia promossa e sostenuta. Solo se ai lavoratori si consentono alternative, si può evitare che le associazioni sindacali siano indotte a negoziare condizioni di lavoro al ribasso, anziché trovare soluzioni a favore di tutti i lavoratori<sup>13</sup>.

Alla fine degli anni '80 e nel decennio successivo, in diverse sentenze, il BAG ha difeso espressamente il principio contro tali posizioni critiche e ne ha chiarito la portata<sup>14</sup>. Al fine di illustrare la posizione del BAG conviene

<sup>9</sup> Si trattava della prima fonte legislativa del contratto collettivo in Germania.

<sup>10</sup> Sulla vigenza del principio v. KASKEL, *Arbeitsrecht*, Springer, 1925, p. 19.

<sup>11</sup> V. PREIS, *Kollektivarbeitsrecht*, Otto Schmidt-Verlag, 2017, § 828 ss.

<sup>12</sup> KRAFT, *Tarikonkurrenz, Tarifpluralität und das Prinzip der Tarifeinheit*, in *R.Arbeit*, 1992, pp. 161 e 168.

<sup>13</sup> REUTER, *Die problematische Tarifeinheit*, in *Juristische Schulung*, 1992, p. 105 (110).

<sup>14</sup> V. BAG 14 giugno 1989 – 4 AZR 200/89, in: AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 16; 20 marzo 1991 – 4 AZR 455/90 in NZA 1991, 736.

richiamare un passaggio che compare sempre in tali sentenze, con una formulazione pressoché identica<sup>15</sup>: “*Benché il principio dell’unità contrattuale non abbia trovato un’espressa consacrazione nella legge sul contratto collettivo, tale principio discende dai principi, sovra-ordinati alla legge, di certezza del diritto e chiarezza delle leggi. Con esso si evitano gli svantaggi giuridici e materiali che derivano dalla coesistenza di contratti collettivi in una stessa impresa. L’applicazione simultanea di più contratti collettivi, siglati da diverse parti contraenti, in un’unica impresa solleva questioni di carattere pratico difficilmente risolvibili. Secondo il § 3 Abs. 2 TVG le norme contrattuali collettive che hanno un ambito aziendale e riguardano specifiche questioni relative alla legge sull’ordinamento aziendale si applicano a tutte le imprese, il cui datore di lavoro è vincolato all’osservanza dei contratti collettivi. Tuttavia, se quest’ultimo è vincolato ad osservare due contratti collettivi, occorre almeno stabilire a quale di essi debba essere data priorità. L’aver richiesto che il (solo) datore di lavoro sia vincolato al rispetto del contratto collettivo garantisce, indipendentemente dal mutamento del dipendente e da altre eventualità del caso, un’applicazione uniforme del contratto, che soddisfa al meglio le esigenze dell’azienda e dei dipendenti impiegati*”.

A questa giurisprudenza del BAG si obietta che un contratto collettivo speciale non potrebbe sostituire un contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro per effetto della sua efficacia generale laddove per il dipendente, in mancanza di adesione al sindacato firmatario del contratto collettivo speciale, non sussista alcun vincolo al rispetto di esso. Di conseguenza, dovrebbe essere tollerato l’inconveniente, che deriva dalla necessità di applicare in un’impresa più contratti collettivi<sup>16</sup>.

A ciò il BAG controbatte<sup>17</sup> che l’applicazione unitaria del solo contratto collettivo speciale consente di evitare difficoltà oggettive nell’applicare in un’impresa più accordi collettivi e, di conseguenza, è da preferire nell’interesse alla certezza del diritto e alla chiarezza giuridica. Secondo il principio di unicità del contratto collettivo in un’impresa i contratti collettivi sostituiti da un contratto collettivo dotato di un maggior grado di specialità non possono dunque applicarsi a quei rapporti di lavoro per i quali non esiste un vincolo ad applicare il contratto collettivo speciale a causa della mancata iscrizione all’organizzazione sindacale firmataria per cui il contratto non può essere applicato. Pertanto, il principio dell’unità contrattuale non può essere inteso nel

<sup>15</sup> BAG 20 marzo 1991, cit., 738.

<sup>16</sup> WIEDEMANN, *Annotazione alla sentenza del BAG in: Arbeitsrechtliche Praxis § 4 TVG – Tarifkonkurrenz – Nr. 11.*

<sup>17</sup> BAG 20 marzo 1991, cit., 739.

senso che il contratto collettivo speciale in assenza di un corrispondente vincolo all'osservanza di esso, di una dichiarazione di efficacia generale o di un accordo contrattuale debba, per così dire, essere automaticamente applicato a tutti i rapporti di lavoro dell'impresa. Ciò comporterebbe infatti una lesione della libertà (negativa) di non aderire ad una organizzazione sindacale e sarebbe in contrasto con la normativa sul contratto collettivo per quanto riguarda il profilo della sua vincolatività.

I principi elaborati dal BAG devono essere semplicemente interpretati nel senso che il contratto collettivo speciale sostituisce tutti gli altri contratti collettivi esistenti nell'impresa, i quali, dunque, non trovano più applicazione. Occorre dunque prendere atto che i lavoratori non iscritti al sindacato firmatario del contratto collettivo speciale non ricadono automaticamente nel campo di tutela previsto da tale contratto e che in questo senso viene creata una sorta di "zona franca da contratti collettivi".

### 3. *L'affermazione dei sindacati di mestieri*

#### 3.1. *Gli sviluppi*

I sindacati di mestiere esistono da vari decenni. In origine essi operavano come associazioni per la tutela degli interessi professionali dei propri membri e non prendevano parte alla contrattazione collettiva come soggetti sindacali dotati di autonoma legittimazione negoziale<sup>18</sup>. Di regola, intrattenevano relazioni contrattuali con altre organizzazioni sindacali (cosiddette *Tarifgemeinschaften*) che stipulavano contratti collettivi nella veste di rappresentanti e nell'interesse dei propri iscritti.

Col tempo, i sindacati di mestiere hanno conosciuto una forte espansione e si sono affermati come organizzazioni in grado di soddisfare autonomamente i criteri elaborati dalla giurisprudenza per essere legittimati alla stipula del contratto collettivo. Sempre più frequentemente sono riusciti a svolgere un'attività di contrattazione con imprese di grandi dimensioni, con il risultato che all'interno di una stessa azienda si è spesso venuta a creare una compresenza di contratti collettivi diversi, che ha messo in discussione il principio dell'unità contrattuale. Le imprese, dal canto loro, per non vedere

<sup>18</sup> V. per esempio la nascita e gli sviluppi del sindacato dei piloti Cockpit in: [de.wikipedia.org](http://de.wikipedia.org)

compromessa la propria libertà di realizzare profitto, hanno dovuto cedere alla pressione dei sindacati. Ciò ha condotto di fatto ad un ridimensionamento della portata del principio nella prassi della contrattazione collettiva.

### 3.2. *L'inversione di rotta della giurisprudenza del BAG*

Sulla condizione giuridica dei sindacati di mestiere pende da sempre la spada di Damocle di un intervento giudiziale. Il caso che il BAG ha dovuto decidere nel 2010 appare assai eloquente. La controversia aveva ad oggetto la pretesa di un medico ospedaliero, affiliato al sindacato di mestiere *Marburger Bund*. Il medico, in particolare, invocando il contratto collettivo concluso per gli impiegati federali, pretendeva un'integrazione delle ferie. Il convenuto, e cioè un comune, nella veste di titolare della struttura ospedaliera, era vincolato ad applicare tale contratto, essendo iscritto all'associazione datoriale che lo aveva sottoscritto. Al contempo, era vincolato ad applicare anche un altro contratto collettivo che regola le condizioni di lavoro di tale servizio pubblico. In altre parole si era in presenza di un'ipotesi definita tecnicamente *Tarifpluralität*. Il Comune invocava l'applicazione del contratto collettivo per il servizio pubblico e faceva appello al principio dell'unità contrattuale.

La pronuncia della quarta sezione del BAG suscita un forte clamore: il BAG, che da anni e fino a quel momento, aveva adottato e difeso il principio dell'unità contrattuale, emana una sentenza<sup>19</sup>, con la quale prende chiaramente le distanze da quel principio. L'inversione di rotta rispetto alla propria giurisprudenza viene preannunciata già nella prima parte della motivazione e viene diffusamente argomentata. Sono, in sostanza, quattro gli argomenti cruciali con i quali il BAG segna un punto di rottura con la giurisprudenza anteriore<sup>20</sup>.

Il Tribunale federale anzitutto afferma a chiare lettere che il principio dell'unità contrattuale, che, secondo la precedente giurisprudenza relativa ai casi di pluralità di contratti collettivi, doveva essere inteso nel senso che in un'impresa può applicarsi un solo contratto collettivo, non può trovare alcun fondamento né in una base giuridica riconosciuta di diritto consuetudinario né in principi generali di certezza del diritto o di chiarezza giuridica.

Nel caso di una pluralità di contratti collettivi la sostituzione di contratti

<sup>19</sup> BAG 7 luglio 2010 – 4 AZR 549/08, in *NZA*, 2010, 1068.

<sup>20</sup> Per una analisi dettagliata della sentenza v. PREIS, *Kollektivarbeitsrecht*, cit., § 833 ss.

collettivi esistenti, a cui le parti contraenti sono direttamente vincolate, non può essere giustificata in via interpretativa sulla base di un principio di unicità del contratto collettivo. Inoltre, non sussistono i presupposti per una interpretazione estensiva.

Le limitazioni legali alla libertà di azione delle coalizioni, che è costituzionalmente garantita, sono compatibili con l'art. 9, co. 3, del GG solo laddove siano poste a salvaguardia delle rispettive parti negoziali e, quindi, a garanzia di un'adeguata capacità di funzionamento del sistema di contrattazione collettiva oppure laddove siano necessarie alla tutela di diritti fondamentali di terzi oppure si giustificano in presenza di altri diritti di rango costituzionale.

In base a tali criteri, una sostituzione di regole contrattuali collettive, che, secondo le previsioni della legge sul contratto collettivo, hanno efficacia diretta e inderogabile, costituisce una violazione ingiustificata della libertà di coalizione, individuale e collettiva, ai sensi dell'art. 9 della Costituzione.

Sulla base di questi importanti argomenti il BAG respingeva il principio tradizionale dell'unità contrattuale.

#### 4. *La legge sulla unità contrattuale del 10 luglio 2015*

##### 4.1. *Il dibattito sollevato dalla sentenza del BAG*

La sentenza del BAG avrebbe potuto stemperare i conflitti e le tensioni insorte nel mondo delle relazioni sindacali, specie se si considera che la dottrina, da tempo, era in gran parte ostile alla concezione dell'unità contrattuale<sup>21</sup>. Essa, invece, ha avuto ricadute opposte, come dimostrano le esperienze delle lotte sindacali insorte nei primi anni del nuovo millennio e la loro continuazione nel secondo decennio. La conflittualità raggiunge un acme critico nel momento in cui i sindacati di mestiere, innescando continue tensioni, determinano una paralisi del settore del trasporto ferroviario e dell'aviazione civile e ostacolano il regolare funzionamento dei servizi ospedalieri. A questo punto l'opinione pubblica invoca un intervento del legislatore per porre fine a questa situazione critica; su questa scia si muovono anche

<sup>21</sup> Cfr. il § 20 della sentenza dove il BAG ha stilato una lunga lista di autori che hanno criticato tale concezione.



gli utenti dei servizi pubblici, la maggioranza delle forze politiche, le confederazioni delle associazioni datoriali e, in una prima fase, anche il DGB. Alla fine si pongono dunque le condizioni per il formarsi di una maggioranza in Parlamento e si giunge all'emanazione di un provvedimento legislativo.

#### 4.2. La modifica alla legge sul contratto collettivo

Con la legge sull'unità contrattuale del 10 luglio 2015<sup>22</sup> viene inserita nel *TVG* una nuova disposizione, il § 4a, che introduce una disciplina innovativa di cui occorre ora dare conto, almeno per quanto riguarda il suo nucleo centrale<sup>23</sup>. Va anzitutto notato che, nel co. 1 del § 4a *TVG*, il legislatore chiarisce subito la *ratio* sottesa a tale norma: al fine di assicurare la funzione di tutela, di re-distribuzione, di pacificazione e di ordine delle norme del contratto collettivo si punta ad evitare il conflitto tra contratti collettivi<sup>24</sup>. A tal fine si ricorre al principio dell'unità contrattuale al quale, nel co. 2, viene riconosciuta una portata in parte diversa da quella individuata in passato dalla giurisprudenza. L'applicazione di tale principio è circoscritta alle ipotesi in cui i contratti collettivi regolano la stessa materia qualora abbiano un contenuto non identico e siano stipulati da diverse organizzazioni sindacali. Qualora si verificano questi presupposti, prevarrà il contratto collettivo di quel sindacato che vanta il numero più elevato di iscritti all'interno dell'azienda, calcolato al momento della conclusione del contratto collettivo, che crea la situazione di conflitto di regolazione<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> *Tarifeinheitsgesetz*, pubblicato nel *Bundesgesetzblatt* (Gazzetta Ufficiale), I 2015, 1130.

<sup>23</sup> Per una analisi più dettagliata del § 4 a *TVG* si veda GREINER, *Das Tarifeinheitsgesetz*, in *NZA*, 2015, p. 769.

<sup>24</sup> Come si vedrà questo elenco di funzioni pesa molto nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale.

<sup>25</sup> Al fine di individuare il contratto collettivo applicabile è stata introdotta una procedura giudiziaria particolare: v. §§ 2a, co. 1, n. 6, 99 del *ArbGG* (*Arbeitsgerichtsgesetz* che disciplina il processo delle controversie di lavoro). Sono legittimati ad avviare la procedura l'associazione datoriale cui fa capo il singolo datore firmatario del contratto collettivo o uno dei sindacati di lavoratori concorrenti. Al fine di verificare quale dei sindacati di lavoratori dispone del numero più alto di iscritti, sono ammessi tutti i mezzi di prova; il *ArbGG*, per alleggerire l'onere della prova, consente anche la presentazione di documenti prodotti da un notaio (§ 58 co. 3 *ArbGG*).

5. *La sentenza della Corte costituzionale dell'11 luglio 2017*

Le accese discussioni sul principio dell'unità contrattuale sono culminate nella sentenza della Corte costituzionale dell'11 luglio 2017<sup>26</sup>. Non sorprende che siano stati alcuni sindacati di mestiere<sup>27</sup> ad aver denunciato l'incostituzionalità della nuova legge e ad aver fatto ricorso alla Corte costituzionale (ricorso che, come è noto, in Germania a differenza che in Italia, è possibile anche in via diretta). Tutti gli attori hanno impugnato la legge per violazione dell'art. 9 co. 3 del GG posto a tutela dell'autonomia collettiva. Il DGB ha difeso invece la nuova disciplina sul presupposto che una politica contrattuale, ispirata al principio solidaristico, e perseguita mediante contratti collettivi di categoria rivolti a tutti i lavoratori, verrebbe messa in discussione dal concorso di contratti collettivi e non potrebbe più avere alcun impatto sociale. Il fatto che in una azienda mansioni equivalenti possano essere retribuite in modo differente a causa della compresenza di contratti collettivi diversi non è tollerabile giacché condurrebbe ad una frattura e ad un indebolimento della forza lavoro nel suo insieme. La stessa argomentazione si rinviene nell'intervento in giudizio della Confederazione delle associazioni datoriali (BDA). Si obietta che la libertà di coalizione può essere sottoposta a restrizioni nel rispetto del principio di proporzionalità poiché i gruppi di lavoratori che hanno maggiore forza di pressione (*Funktionseiliten*), solidarizzerebbero a scapito di altri gruppi di lavoratori ed in virtù delle loro posizioni-chiave otterrebbero retribuzioni più alte. Se non fosse applicato il principio previsto dalla legge in esame sarebbe compromessa la funzione di pacificazione attribuita ai contratti collettivi, perché in una azienda si intensificherebbe il numero di conflitti collettivi a causa dei conflitti di *status* (*Statuskonflikte*) e verrebbe così turbata in modo significativo la pace aziendale.

Nella sentenza dell'11.7.2017 la Corte costituzionale ha fondamentalmente dichiarato la legge in parola conforme all'art. 9 co. 3 della Costituzione. Purtroppo qui non posso illustrare nel dettaglio l'argomentazione sviluppata nella decisione della Corte. La lettura della sentenza, di circa settanta pagine, è di particolare utilità per chi si interessa, agli strumenti giuridici

<sup>26</sup> BVerfG 1 BvR 1571/15 et al., pubblicato in *NJW* 2017, 2523 = *NZA*, 2017, 915.

<sup>27</sup> Gli attori erano i sindacati di mestiere *Marburger Bund* (medici ospedalieri), *Vereinigung Cockpit* (piloti), *dbb Beamtenbund* (funzionari), *Nahverkehrsgewerkschaft* (mezzi comuni), *Unabhängige Flugbegleiter Organisation* (UFO, assistenti di volo) ed il sindacato *Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft* (*ver.di*, servizi).

e ai valori costituzionali che vengono in gioco quando si devono affrontare i problemi cruciali della contrattazione collettiva in un contesto socio-economico in cui è sempre più difficile contemperare interessi generali e interessi di gruppi. Nel prosieguo mi limito a riportare i passaggi e gli argomenti più rilevanti della motivazione della Corte.

Volendo riassumere per sommi capi il nucleo centrale della sentenza, bisogna anzitutto chiarire un punto fondamentale: la Corte costituzionale riconosce che la nuova disciplina rappresenta un ostacolo alla libertà di coalizione e alla libertà di stipulare contratti collettivi delle organizzazioni sindacali ricorrenti. La legge sottoposta al vaglio della Corte non è tuttavia considerata incostituzionale perché le restrizioni poste a tali diritti fondamentali sono oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono da ritenere appropriati e necessari. La Corte costituzionale pone, infatti, in evidenza che le disposizioni legislative impugnate garantiscono e assicurano il funzionamento del sistema dell'autonomia collettiva. L'argomentazione della Corte prende le mosse dal riconoscimento di un'ampia discrezionalità del legislatore. Il pericolo che i contratti collettivi applicati all'interno di un'unità produttiva si moltiplichino sempre più frequentemente, nella misura in cui alcuni gruppi professionali minoritari sfruttano le loro posizioni-chiave per imporre la stipulazione di contratti collettivi a scapito di altri gruppi della forza lavoro, secondo la Corte costituzionale, può compromettere l'effettivo perseguimento degli interessi degli altri lavoratori e lavoratrici. Non disponendo di una posizione altrettanto rilevante, questi ultimi non si troverebbero in una condizione tale da poter opporre un adeguato contropotere nei confronti del datore di lavoro. A supporto di questo argomento la Corte costituzionale ribadisce l'*acquis traditionnel* della sua giurisprudenza sul diritto sindacale e sul conflitto collettivo, richiamandosi, in particolare, al principio della parità nel conflitto fra associazioni dei lavoratori e associazioni datoriali o del singolo datore.

Nonostante la valutazione positiva rispetto ai vincoli costituzionali la Corte prosegue l'esame della compatibilità costituzionale della nuova disciplina, ponendo l'attenzione sugli elementi essenziali ivi contenuti<sup>28</sup>. La Corte ritiene che con la nuova regola contenuta nel § 4a co. 2 TVG che prevede, in caso di conflitto, la sostituzione delle norme di un contratto collettivo, la legge realizzi un'intromissione nella libertà di coalizione costituzionalmente

<sup>28</sup> Cfr. §§ 166 ss. della sentenza.

tutelata. Il sindacato minoritario non può raccogliere i frutti degli sforzi compiuti nelle trattative e i suoi iscritti rimangono così privati della tutela del prevista dal loro contratto collettivo. Inoltre c'è il rischio che il criterio utilizzato per risolvere la situazione di conflitto, e cioè quello secondo cui prevale il contratto collettivo del sindacato più forte in termini di numeri di iscritti, finisca per indebolire la posizione contrattuale dell'altro sindacato. È ben possibile che in futuro il datore di lavoro non prenda più sul serio questo sindacato, essendo consapevole che il contratto collettivo non possa trovare applicazione.

In fin dei conti, la Corte richiede l'uso di alcuni interventi da parte del legislatore per porre rimedio a questi effetti negativi collaterali derivanti dal nuovo sistema. È in particolare con riferimento a due profili che la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale. Anzitutto, la Corte ritiene che la perdita di diritti previsti nel contratto collettivo non applicabile, e non invece nel contratto collettivo prevalente, sia da ritenere in contrasto con il principio di proporzionalità e, di conseguenza, incostituzionale laddove si tratti di diritti a prestazioni durature e che svolgono un ruolo importante per la programmazione della vita (*Lebensplanung*) dei lavoratori<sup>29</sup>. In tal caso, il legislatore è chiamato a introdurre una eccezione al principio dell'unità contrattuale.

Un secondo aspetto che necessita l'intervento del legislatore per evitare l'incostituzionalità della nuova disciplina concerne la possibilità che uno o più gruppi del personale non siano inclusi nel campo di applicazione del contratto collettivo stipulato dal sindacato più rappresentativo. In questi casi il legislatore, per porsi in sintonia con l'art. 9 co. 3 del *Grundgesetz*, è tenuto a introdurre previsioni che garantiscano il rispetto degli interessi dei gruppi colpiti dalla sostituzione del contratto collettivo<sup>30</sup>.

La Corte Costituzionale ha posto un termine per rimediare a questi due profili di incostituzionalità, e cioè fino alla fine del 2018. Inoltre la Corte Costituzionale ha suggerito ai tribunali di lavoro una interpretazione restrittiva del principio dell'unità contrattuale previsto nel § 4a, co. 2, frase 2 del TVG. In particolare la Corte chiarisce come devono orientarsi i tribunali per stabilire se due contratti collettivi si trovano in conflitto<sup>31</sup>. Inoltre la Corte ha dato una risposta al problema, molto discusso dopo l'entrata in vigore del

<sup>29</sup> V. § 187 della sentenza.

<sup>30</sup> V. §§ 200 ss. della sentenza.

<sup>31</sup> Quanto ai dettagli dell'interpretazione v. §§ 186 e 189 della sentenza.

§ 4a del TVG, concernente la natura dispositiva del principio dell'unità contrattuale<sup>32</sup>. La sentenza si pronuncia a favore della natura dispositiva, partendo dal presupposto che l'intenzione del legislatore è quella di lasciare la normativa nella disponibilità dei sindacati (*Selbststeuerung der Gewerkschaften*) mediante la contrattazione collettiva.

Non sorprende che dopo tanti anni di discussioni tanto accese sulla legittimità costituzionale del principio dell'unità contrattuale, nelle quali ha prevalso la tesi di coloro che ritengono il principio in contrasto con l'art. 9 co. 3 del GG<sup>33</sup>, la sentenza della Corte Costituzionale sia stata accolta da un coro di voci critiche<sup>34</sup>. Va da sé che coloro i quali avevano manifestato le posizioni più critiche verso la nuova disciplina si aspettavano una pronuncia di accoglimento. Peraltro, è significativo che la sentenza stessa non sia stata pronunciata con voto unanime<sup>35</sup>. Rimane dunque da vedere quali saranno le conseguenze che gli attori della contrattazione collettiva riterranno di dover trarre in futuro da questa pronuncia.

<sup>32</sup> Per un'esame delle opinioni contrastanti v. DÄUBLER, BEPLER, *Das neue Tarifrechtsrecht*, Nomos, 2016, §§ 291 ss.

<sup>33</sup> Si veda l'elenco esaustivo delle voci espresse sopra n.

<sup>34</sup> Fra altri BEPLER, *Ein Zwischenurteil? - Bemerkungen zum Tarifrechtsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *AuR*, 2017, p. 380; SCHWARZE, *Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Tariffreiheit im Betrieb*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2017, p. 867.

<sup>35</sup> Due dei giudici hanno presentato opinioni dissenzienti (allegate alla sentenza), secondo le quali la dichiarazione di incostituzionalità avrebbe dovuto andare al di là dei due elementi soprammenzionati allo scopo di garantire l'autonomia collettiva come diritto di libertà.

## Abstract

Il presente contributo ha come obiettivo quello di analizzare i criteri che la giurisprudenza tedesca ha elaborato con riguardo alle ipotesi di concorso-conflitto di due contratti collettivi. A tal fine, viene, dapprima, presentata una breve panoramica sulle recenti tendenze del sistema di contrattazione collettiva tedesca e sul fenomeno del pluralismo sindacale. L'articolo si sofferma poi nella illustrazione della portata del cosiddetto principio di unità contrattuale, secondo cui, in caso di conflitto tra contratti collettivi concorrenti, a un rapporto di lavoro è applicabile solo un contratto collettivo. A tal riguardo, si analizzano prima alcune criticità di questo principio. In secondo luogo, si passa ad esaminare l'ampio dibattito dottrinale innescato dalla sentenza del Tribunale federale del lavoro del 2010 che ha condotto alla legge del 2015, ove si stabilisce che, in caso di conflitto, debba avere la prevalenza il contratto collettivo sottoscritto dall'organizzazione sindacale alla quale sono iscritti il maggior numero di lavoratori sindacalizzati dell'unità produttiva. Il contributo si chiude con alcune brevi considerazioni sulla recente sentenza della Corte costituzionale federale dell'11 luglio 2017 che ha chiarito in che misura le disposizioni della legge possono ritenersi compatibili con la Costituzione.

The aim with this article is to discuss and analyse the current evolution of the rules which have been developed by the German case law relating to so-called concurring collective bargaining agreements. It starts with a brief overview on the recent trends in German collective bargaining system. The article then proceeds particularly to focus on the so-called principle of uniformity, according to which, in case of a conflict between the concurring collective agreements, within one establishment only a single collective agreement can be applied to an individual employment relationship. First, the article analyses some of the critiques of this principle. Second, it gives an overview on the big debate provoked by the judgment of the Federal Labour Court in 2010. The attention is paid then on the Act on uniformity of collective agreements, which prescribes that, in case of a conflict, the collective agreement of the trade union that organises the majority of employees in the company supplants the collective agreement of the trade union which has fewer members in a company. The analysis closes with some brief considerations over the recent judgment of the Federal Constitutional Court of 11 July 2017 that has judged to what extent the provisions of the Act are compatible with the Basic Law.

## Key words

Diritto sindacale tedesco, contrattazione collettiva, unità contrattuale.

German collective labour law, collective bargaining, uniformity of collective agreements.

## Enrico Gragnoli

### Scuole, personale docente e rapporto di lavoro

**Sommario:** **1.** Le ragioni della disciplina specifica del personale docente nella scuola. **2.** Il rapporto di lavoro degli insegnanti nel sistema della cosiddetta privatizzazione del lavoro pubblico. **3.** L'autonomia delle istituzioni scolastiche e la posizione del personale docente. **4.** Le ragioni dell'insuccesso della riforma basata sulla "privatizzazione" e sull'autonomia delle istituzioni scolastiche e l'estesa conservazione del modello regolativo pubblicistico. **5.** Il diritto del lavoro scolastico e la scarsa coerenza con il diritto comune. **6.** La possibilità di configurare un diritto del lavoro scolastico e la coesistenza fra elementi di matrice privatistica e di tradizione pubblicistica. **7.** Il sistema delle graduatorie. **8.** I rapporti a tempo determinato. **9.** I trasferimenti. **10.** Qualche linea prospettica.

#### 1. *Le ragioni della disciplina specifica del personale docente nella scuola*

Gli insegnanti<sup>1</sup> sono sempre stati destinatari di una disciplina settoriale, sia prima, sia dopo la cosiddetta "privatizzazione" e il decreto legislativo n. 29 del 1993; ci si può domandare quale sia la ragione di tale consolidato approccio<sup>2</sup>. La risposta tradizionale richiama la necessaria protezione della li-

<sup>1</sup> Nel momento nel quale questo contributo è stato varato in via definitiva, vi era ancora notevole incertezza sulla condizione degli insegnanti elementari non laureati e, come tali, esclusi dalle graduatorie, poiché ripetute promesse del Governo non hanno portato all'adozione di alcun provvedimento normativo, per lo meno non uno reso noto in modo formale e, cioè, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. Questo stato di oggettiva incertezza ha indotto a non esaminare una questione sulla quale sarebbe stato difficile andare al di là di indicazioni provvisorie. Quando la vicenda sarà conclusa o, almeno, meglio definita e non si sarà in attesa di un imminente (e ignoto) provvedimento normativo, potrà sempre essere presa in esame, se del caso.

<sup>2</sup> V. CASSESE S., "Plaidoyer" per una autentica autonomia delle scuole, in *FI*, 1990, V, p. 151 ss.

bertà didattica<sup>3</sup>, posta a base dell'intero assetto, tanto che “gli artt. 33 e 34 cost. esprimono i principi dell'autonomia delle istituzioni scolastiche e della parità dei soggetti accreditati, per il perseguimento di un obiettivo prioritario, vale a dire l'espansione dell'offerta formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita”<sup>4</sup>. Anzi, si è menzionata una unitaria idea di insegnamento, poiché “nessuna discriminazione può essere fatta fra docenti delle scuole pubbliche e di quelle private”, in quanto la funzione è la medesima, “e deve essere svolta in pari condizioni di dignità e con eguali oneri, obblighi, diritti e prerogative di libertà”. Ne deriva una omogeneità della condizione dell'insegnante<sup>5</sup>, in quanto lavoratore subordinato, “a prescindere dal tipo di scuola, statale o privata, presso cui la prestazione è svolta. In entrambi i casi, l'attività educativa, culturale e professionale è assistita dalla medesima, specifica tutela costituzionale”, e “l'attività è svolta presso istituzioni sottoposte alla previa approvazione e alla vigilanza degli organi statali”<sup>6</sup>.

Motivata con puntiglio, la tesi è condivisibile; sebbene si possa discutere sulle sue applicazioni, per le particolarità di ciascuna scuola, l'impostazione per lo più riguarda le strutture private<sup>7</sup>. Per quanto si vogliano sottolineare i canoni costituzionali<sup>8</sup>, è occasionale la loro incidenza sull'articolata e, spesso, ostica e frammentaria regolazione del rapporto degli insegnanti pubblici. Sarebbe azzardato riflettere su questa ultima solo in nome della libertà di insegnamento<sup>9</sup>. Se mai, soprattutto a partire dal decreto n. 29 del 1993 e con

<sup>3</sup> V. SALTARI, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *RDPU*, 2015, p. 447 ss.

<sup>4</sup> V. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 16 febbraio 2015 n. 494, in *GI rep.*, 2014.

<sup>5</sup> V. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *IF*, 2005, p. 353 ss.

<sup>6</sup> V. Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 dicembre 2004 n. 16973, in *Rep. GI*, 2004.

<sup>7</sup> Si consideri che “i provvedimenti dall'amministrazione centrale relativi all'organizzazione scolastica non incidono sulla libertà di insegnamento, che si esprime nella scelta dei metodi didattici e nella scelta dei libri di testo, salvi i progetti di sperimentazione” (v. Tar Lazio, sez. III, 19 aprile 1993 n. 553, in *Rep. GI*, 1994).

<sup>8</sup> È stato considerato “illegittimo il provvedimento col quale è inflitta la sanzione disciplinare della censura nei confronti di un insegnante medio sulla base dell'estrapolazione di alcune espressioni dallo stesso utilizzate nel contesto del programma annuale, riconoscendo a priori la riferibilità delle stesse ai colleghi e al preside dell'istituto e non piuttosto all'intero sistema scolastico sottoposto a critica nell'esercizio della libertà di insegnamento” (v. Tar Abruzzo, L'Aquila, 24 aprile 1995 n. 187, in *Rep. GI*, 1995).

<sup>9</sup> Tuttavia, “la libertà di insegnamento di cui gode l'insegnante attiene ai contenuti dell'insegnamento e non può essere incisa da una disposizione concernente le modalità organiz-



la rinnovata considerazione dei poteri dei dirigenti<sup>10</sup>, la natura settoriale della disciplina trova spiegazione in questioni organizzative, con la valorizzazione dell'autonomia di ciascuna istituzione<sup>11</sup>, con l'attribuzione di rilevanti spazi di iniziativa ai capi di istituto<sup>12</sup> e con una revisione organizzativa.

Basta sfogliare un repertorio (se si consente questa espressione tradizionale, ma un po' datata) per comprendere che, garantita comunque la libertà, non ha avuto molto successo la mediazione fra il sistema generale del pubblico impiego e la disciplina apposita sugli insegnanti, a volere guardare all'enorme numero di decisioni, su profili centrali, come le procedure di selezione<sup>13</sup>, l'apposizione del termine all'assunzione, la mobilità territoriale. Sebbene non sempre abbiano riportato la vittoria le capillari iniziative processuali dei docenti, con decine di migliaia di controversie promosse<sup>14</sup>, questa abituale contrapposizione è l'indice di uno scostamento preoccupante fra gli obiettivi perseguiti e i risultati raggiunti<sup>15</sup>. La giurisprudenza si è sostituita al legislatore nel trovare soluzioni ragionevoli<sup>16</sup>, tanto che la maggiore parte

zative tramite le quali la didattica è impartita. E pertanto non sono illegittimi i provvedimenti di destinazione del personale docente a posti di sostegno per gli alunni portatori di handicap, a tempo pieno o di attività integrative complementari e similari” (v. Cons. St., sez. VI, 27 novembre 1996 n. 1641, in *Rep. GI*, 1996).

<sup>10</sup> V. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e orizzontale*, Giuffrè, 2001, p. 57 ss.

<sup>11</sup> Infatti, “in materia di assunzione, inquadramento e sviluppo professionale del personale scolastico i dirigenti preposti alle singole istituzioni scolastiche devono qualificarsi come organi del Ministero della pubblica istruzione, come tali deputati al compimento di atti esterni” (v. Trib. Pescara 11 ottobre 2016, in *Rep. GI*, 2016), sia pure con una certa sottostima delle implicazioni dell'autonomia delle istituzioni scolastiche.

<sup>12</sup> V. Trib. Milano 12 gennaio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>13</sup> V. NAVILLI, “La buona scuola”: dal precariato all'attuazione e potenziamento dell'autonomia scolastica, in *LPA*, 2016, p. 613 ss.

<sup>14</sup> V. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 240/15, p. 7 ss.

<sup>15</sup> Sull'ultima evoluzione delle controversie sul lavoro pubblico, v. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, 2013, p. 49 ss.; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 844 ss.; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *LG*, 2013, p. 17 ss.; GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 220 ss.; MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *GI*, 2014, p. 2 ss.

<sup>16</sup> V. GISSI, *Il nuovo precariato nella scuola pubblica*, in CERRETA-RIOMMI (a cura di), *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Giappichelli, 2016, p. 105 ss.

delle trasformazioni ha portato a ulteriori azioni in giudizio, come se queste dovessero trovare il punto di equilibrio fra interessi contrapposti e così divaricati da non raggiungere mai una sintesi pacifica<sup>17</sup>.

A leggere le opere letterarie della fine del diciannovesimo e dell'inizio del ventesimo secolo, l'idea ottocentesca dell'insegnamento e del suo valore sociale aveva collocato i docenti in una posizione di prestigio, di riconoscimento culturale e di relativo benessere economico, se sono stati talora immaginati come i portavoce dello Stato unitario. La battaglia contro l'analfabetismo e la diffusione della presenza pubblica sull'intero territorio nazionale hanno visto negli insegnanti i motori di una apertura verso la cultura e la sua divulgazione fra tutte le classi sociali, con la risposta a un esteso bisogno. Il processo è stato coerente con il vecchio disegno amministrativo dell'impiego pubblico<sup>18</sup>, a protezione dell'immagine, degli interessi economici e del risalto dei funzionari, in una Italia nella quale chi volesse dedicarsi a professioni intellettuali reperiva scarse occasioni nelle aziende, come ricorda in modo indiretto Italo Svevo all'inizio di "Senilità". Proprio in quegli anni, stava cominciando un drastico cambiamento, colto con spirito profetico da Max Weber, sia per l'estensione enorme dell'attività impiegatizia nelle imprese, sia per la modificazione completa delle istituzioni destinate ad agire in tema di cultura.

La cosiddetta privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico<sup>19</sup> ha trovato gli insegnanti in una condizione quasi opposta a quella immaginata dal "Libro cuore", nella situazione (se non ci si adonta per una citazione assai poco scientifica) delineata da ... Alberto Sordi in una delle sue opere più riuscite, sul "maestro" di Vigevano<sup>20</sup>, impegnato a chiedersi come mai le promesse desunte dalla tradizione non fossero state mantenute (e, compito assai più difficile e destinato all'insuccesso, a raddonire la moglie, la quale sull'adempimento di tali promesse aveva confidato senza esitazione e con scarso senso storico). Fra le opere dell'ultimo ottocento e l'Italia degli anni sessanta

<sup>17</sup> V. MISCIONE, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola*, in *LG*, 2016, p. 745 ss.

<sup>18</sup> V. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole*, in *GDA*, 2011, p. 243 ss.

<sup>19</sup> Per una posizione sconsolata e, forse, più problematica, v. ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT - 168/13, p. 5 ss.

<sup>20</sup> Forse, più del *film*, dovrei citare il bel libro di Mastronardi, tanto apprezzato da Italo Calvino. Ma, nella diversa vocazione delle due opere, quella di Alberto Sordi è funzionale in via più diretta agli obbiettivi del mio ragionamento, perché riguarda la condizione professionale del maestro, in luogo di spaziare su un ragionamento generale sulla condizione umana.

non vi era stata solo una completa trasformazione del sistema produttivo, con l'incremento enorme del lavoro intellettuale privato. Nonostante la benevolenza dell'ordinamento corporativo per gli apparati statali e i loro dipendenti, si era registrata per i pubblici impiegati la diminuzione delle retribuzioni, in proporzione di quelle dei lavoratori delle imprese, con una sorta di appannamento costante dell'immagine e del ruolo civile delle istituzioni, in specie di quelle scolastiche, e con una reazione normativa non pari alla sfida<sup>21</sup>, nel secondo dopoguerra.

La legge n. 93 del 1983 ha colto la necessità di regolare da sé il corpo docente, ma tale esatta soluzione non è stata sufficiente a lenire la disaffezione verso una professione di accreditamento sempre minore, per le scarse soddisfazioni economiche e la limitata garanzia di prestigio<sup>22</sup>. Ci si può domandare se ai docenti universitari non stia toccando il medesimo destino del maestro di Vigevano, di fronte alla sostanziale crisi del nostro Paese e del suo modello educativo, con diagnosi improvvisate sui suoi mali, con ogni probabilità molto minori di quanto siamo tutti portati a pensare (a tacere di quanto sia difficile e poco convincente una analisi statistica oggettiva sui risultati dell'istruzione). L'idea della legge n. 93 del 1983 sulla necessità di una regolazione apposita del rapporto degli insegnanti, all'interno dell'intero lavoro pubblico, è stata condivisa dal decreto n. 29 del 1993, seppure nella visione opposta della "privatizzazione", poiché, ancora una volta, non è stata messa in discussione la previsione di un distinto comparto<sup>23</sup> e questa scelta è stata superata per la prima volta con l'intesa del 19 aprile 2018. Proprio il decreto n. 29 del 1993 ha fondato il sistema attuale<sup>24</sup>, con i suoi difetti, resi palesi dal

<sup>21</sup> V. GIGANTE, *L'istruzione*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 805 ss.

<sup>22</sup> Del resto, il rapido superamento del modello della legge n. 93 del 1983 e del relativo recepimento degli accordi sindacali in decreti del Presidente della Repubblica ha comportato l'abbandono di questo modello e anche di quella parte inerente alla scuola, con un apposito comparto; per tutti, v. GRANDI, *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, in *LD*, 1987, p. 30 ss.

<sup>23</sup> Sul senso profondo della stessa "privatizzazione", con particolare riguardo al sistema della contrattazione collettiva, v. CARINCI F., *Una riforma in itinere: la cosiddetta privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, 1998, p. 180 ss.; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in questa rivista, 1998, p. 52 ss.; BARBIERI M., *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1999, p. 213 ss.

<sup>24</sup> V. DELL'OLIO, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro: linee e problemi della riforma, senso della ricerca*, in *QDLRI*, 1995, n. 16, p. 14 ss.; RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *DLRI*, 1989, p. 149 ss.

proliferare della mediazione giudiziale, e bisogna tornare ai suoi principi per chiedersi dove stia la causa dell'insuccesso degli ultimi trenta anni.

2. *Il rapporto di lavoro degli insegnanti nel sistema della cosiddetta privatizzazione del lavoro pubblico*

Se il decreto n. 29 del 1993 e quello n. 165 del 2001 si sono prefissi estese modificazioni, un obiettivo è stato raggiunto. La demarcazione fra l'attività gestoria e quella di indirizzo politico è un esito consolidato e il principio ha ampia applicazione<sup>25</sup>. Non è questa la sede per chiedersi se tale complessivo orientamento abbia portato gli auspicati benefici di efficienza e se sia stata superata la completa sfiducia maturata negli anni '90 sulle capacità e sull'integrità del sistema politico o, comunque, se tale diffidenza debba trovare motivo di consolazione nella maggiore rilevanza delle determinazioni dei dirigenti. Altro è descrivere il nuovo canone fondativo dell'organizzazione e, cioè, la demarcazione fra politica e gestione, altro è esprimere una valutazione di merito, sul soddisfacimento dell'interesse pubblico<sup>26</sup>.

Non è neppure il caso di domandarsi se si debba parlare di separazione o di distinzione a proposito della nuova distribuzione dei compiti<sup>27</sup>. Il punto centrale è la trasformazione di una consolidata struttura sia dello Stato, sia degli enti pubblici, struttura che era all'insegna di una sostanziale continuità

<sup>25</sup> V. ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, 2000, p. 25 ss.; GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003, p. 57 ss.; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 35 ss.; MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010, p. 27 ss.; MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, 2006, p. 132 ss.; D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999, p. 29 ss.; RAIMONDI, *Dirigenza*, in *EGT*, XI, p. 4 (dell'estratto); D'ORTA, *La sopraordinazione dei Ministri secondo il decreto legislativo 3 febbraio 1992, n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dirigenti*, in *FA*, 1994, p. 1329 ss.

<sup>26</sup> Sulle ragioni storiche e culturali della demarcazione fra politica ed amministrazioni, v. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Giappichelli, 2005, p. 43 ss.

<sup>27</sup> A favore dell'uso del termine "distinzione di competenze", v. MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione*, cit., p. 136, e, dello stesso A., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale". A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione"*, in *DP*, 1997, p. 319 ss. A dire il vero la contrapposizione fra la categoria della "separazione" e quella della "distinzione" non pare fondata su rilevanti presupposti teorici, così che la disputa assume prevalenti connotazioni terminologiche e descrittive.

fra le attribuzioni degli organi politici e quelle dei dipendenti e dei dirigenti (o, comunque, per le istituzioni più piccole, dei funzionari apicali). La conformazione piramidale dell'amministrazione e la presenza di un vertice politico sia nei ministeri, sia nei comuni e nelle province non sono sopravvissute al decreto n. 29 del 1993, con una innovazione rispetto a logiche ultrasecolari, di colpo riviste anche sulla spinta emotiva di una straordinaria crisi dell'intero sistema politico<sup>28</sup>.

Nel nuovo contesto, si conferma la dialettica fra realizzazione dell'indirizzo e tutela dell'imparzialità del lavoratore<sup>29</sup>, in qualche modo ripresa dalla stessa Costituzione<sup>30</sup>. Già da tempo la Corte costituzionale ha rilevato che la cosiddetta "privatizzazione" non "rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente (...) posto che per questi (dirigente o no) non vi è (...) una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi (...) con una legge attraverso uno stato giuridico particolare". Il legislatore può definire l'assetto del rapporto nell'esercizio della sua discrezionalità, seppure "con il limite (...) dei principi di imparzialità e buon andamento (...) e della non irragionevolezza della disciplina differenziata"<sup>31</sup>.

Tale decisione propone una riflessione complessiva sul decreto n. 29 del 1993<sup>32</sup>; dalla pronuncia si può trarre una "benedizione dei fondamenti della riforma"<sup>33</sup>, con una tendenza confermata da successive sentenze<sup>34</sup>. Quindi,

<sup>28</sup> V. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2000, p. 213 ss.

<sup>29</sup> V. GARDINI, *op.cit.*, p. 142 ss.; ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Il Mulino, 2000, p. 75 ss.; PAGANETTO, *Il potere governativo di nomina*, Jovene, 1994, p. 67 ss.

<sup>30</sup> Cfr. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, 1974, p. 59 ss.

<sup>31</sup> V. C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313, in *GCost*, 1996, p. 2596 ss., con nota di PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del lavoro dirigenziale*.

<sup>32</sup> V. ALES, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti in pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, in *DL*, 1996, II, p. 442 ss.; FALCONE, *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, in *FI*, 1997, I, p. 34 ss.; CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *GDA*, 2004, p. 969 ss.

<sup>33</sup> V. CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 510 ss.

<sup>34</sup> Cfr. C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *LPA*, 1998, p. 140 ss., con nota di BARBIERI M., *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*; C. Cost. 19 luglio 2001 n. 268, in *GCost*, 2001, p. 4141 ss., con nota di TARULLO, *La Consulta e la riforma dell'accesso ai concorsi pubblici: lo ius superveniens tra solidarietà ed efficienza*; C. Cost. 23 luglio 2001 n. 275, *GCost*, p. 2315 ss., con nota di CHIRULLI, *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*; C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 11, ord., in *RIDL*, 2002, II, p. 483 ss., con nota di CERBO, *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*.

la giurisprudenza ha lasciato aperta la dialettica fra il decreto n. 29 del 1993 e la realizzazione degli artt. 97 e 98 Cost., in specie per il tema centrale della demarcazione fra indirizzo e gestione. A ragione, si è detto che “la Corte continua nella sua sottovalutazione della dimensione dello stato giuridico come garanzia di imparzialità. Lo ha fatto con riferimento al pubblico dipendente in generale, lo ha fatto con riferimento alla dirigenza”<sup>35</sup>. Di per sé, il decreto n. 29 del 1993 e quello n. 165 del 2001 non sono in contraddizione con il paradigma desumibile dagli artt. 97 e 98 Cost.; riguardo a una pronuncia<sup>36</sup>, si è affermato che “questa sentenza, considerata nella sequenza (...) cui appartiene, segnala la crescente apertura di credito alla discrezionalità del legislatore: una volta benedetta la riforma, non sembra esserci ragione per intervenire a sindacarne l’estensione, se non laddove emerga una precisa ragione di politica del diritto”<sup>37</sup>.

In tema di scuola, questa trasformazione voluta dal decreto n. 29 del 1993, dalle sue modificazioni e, poi, da quello n. 165 del 2001 ha avuto una portata molto maggiore, perché, a differenza di quanto accaduto in altri contesti e, anzi, nella maggiore parte di essi, la creazione di una figura dirigenziale, necessaria per dare corpo alla “privatizzazione”, ha coinciso con una più articolata trasformazione istituzionale; gli insegnanti sono stati sottratti almeno in parte (ancora piccola) alla collocazione nell’apparato ministeriale e posti nelle singole scuole autonome. Così, seppure dipendenti statali, sono diventati protagonisti di nuove amministrazioni, in collegamento con il potere decisionale centrale, ma in nome della relativa indipendenza di ciascun organismo, in particolare dopo il 1997<sup>38</sup>. Questo percorso è stato inevitabile, poiché il decreto n. 29 del 1993<sup>39</sup> ha voluto un datore di lavoro<sup>40</sup> che potesse esercitare poteri paragonabili a quelli dell’imprenditore<sup>41</sup>. In tema di istru-

<sup>35</sup> Cfr. MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione*, cit., p. 157 ss.; v. anche CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del Tar Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *DA*, 2000, p. 361 ss.

<sup>36</sup> V. C. Cost. 23 luglio 2001, n. 275, cit.

<sup>37</sup> V. CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 521 ss.

<sup>38</sup> V. ZOPPOLI L., *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *LPA*, 2003, p. 751 ss.

<sup>39</sup> Cfr. RUSCIANO, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel “nuovo” pubblico impiego*, in *ADL*, 1997, p. 97 ss.

<sup>40</sup> Sul risalto della posizione dei dirigenti, proprio al confine fra organizzazione del lavoro e degli uffici, v. GARDINI, *op. cit.*, p. 142 ss.

<sup>41</sup> V. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle*

zione, questa innovazione metteva in discussione quella logica piramidale nella quale gli insegnanti erano sempre stati posti, nelle stagioni dei loro successi economici e sociali, ma anche in quella della diminuzione del loro prestigio.

Se il rapporto “privatizzato” affida l’auspicato (e, a dire il vero, non molto percepibile, a distanza di tanti anni) recupero di efficienza alla creazione di figure dirigenziali in grado di sfruttare la pretesa, maggiore autonomia nel governo del rapporto<sup>42</sup>, il Ministero stesso non dava nessuna garanzia in tale prospettiva, prima di tutto per i docenti. La “privatizzazione” avrebbe dovuto coincidere o, comunque, condurre alla trasformazione delle scuole in apparati separati, se non altro perché ciò preludeva all’identificazione dei corrispondenti dirigenti, immaginati come i motori della complessiva innovazione. Del resto, la concezione tradizionale lasciava sperare poco di fronte all’idea sempre più diffusa dell’istruzione come patrimonio di una amministrazione erogativa<sup>43</sup>. Nelle variazioni continue cominciate nel 1993<sup>44</sup>, le scuole sono state protagoniste, perché, prima di tutto, è stata in discussione l’organizzazione ministeriale e si è pensato che la “privatizzazione” potesse avere un senso solo con modificazioni istituzionali in grado di fare emergere nuovi centri decisionali.

fonti, in AA.VV., *La trasformazione dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio, L’Aquila 31 maggio-I giugno 1996, Giuffrè, 1997, p. 69 ss.

<sup>42</sup> V. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal decreto legislativo n. 29 del 1993 alla finanziaria del 1995*. Commentario, Giuffrè, 1995, p. 198 ss.

<sup>43</sup> Sul nesso fra l’amministrazione regolativa e quella erogativa, v. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, 2000, p. 95 ss.; PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in DP, 2001, p. 98 ss.

<sup>44</sup> V. ZOPPOLI L., *Alla ricerca di una razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego*, in LPA, 2002, suppl., p. 158 ss.

### 3. *L'autonomia delle istituzioni scolastiche e la posizione del personale docente*

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 ha avviato una trasformazione delle istituzioni scolastiche, con il conferimento a ciascuna della personalità giuridica, l'ampliamento della loro autonomia, la riduzione del loro numero e una razionalizzazione della loro articolazione e della loro dislocazione (v. il d.P.R. n. 233 del 1998)<sup>45</sup>. In una complessiva riforma<sup>46</sup>, con una generale redistribuzione dei compiti<sup>47</sup> fra i vari apparati coinvolti<sup>48</sup>, l'introduzione dell'innovativa figura del dirigente è dipesa dalla modificazione delle scuole<sup>49</sup>. Sono cambiate le funzioni dello Stato, delle regioni e degli enti locali<sup>50</sup>. Con esatta individuazione dell'obbiettivo dell'art. 25 del decreto n. 165 del 2001, si è rilevato che "il nuovo assetto della dirigenza scolastica vale a rendere operativo il principio di autonomia delle istituzioni (...), introducendo un referente unico" per l'esercizio delle funzioni affidate a esse e per il perseguimento "della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza ed efficacia del servizio"<sup>51</sup>. In sostanza, l'art. 25 citato è parte di una più articolata riforma dell'offerta formativa<sup>52</sup>.

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 non ha inciso tanto sulle attività, quanto sull'assetto organizzativo<sup>53</sup>, conferendo personalità giuridica a ciascuna istituzione, con una ampia autonomia didattica, organizzativa e finanziaria, specificata dal d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, seppure con ovvi limiti

<sup>45</sup> V. PAOLUCCI, *La riforma della dirigenza scolastica: funzione, contenuti e limiti*, in *LPA*, 2000, p. 543 ss.

<sup>46</sup> Sull'assetto tradizionale, v. DANIELE, *L'ordinamento scolastico italiano*, in SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 1988, p. 53 ss.

<sup>47</sup> V. CASSESE S., *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *FI*, 1991, V, p. 214 ss.

<sup>48</sup> V. MARZUOLI, *Commento all'art. 28-bis*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, p. 1228 ss.

<sup>49</sup> V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 543 ss.

<sup>50</sup> V. PAJNO, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche*, in *GDA*, 1997, p. 434 ss., e, dello stesso A., *Commento all'art. 135*, in FALCON (a cura di), *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo primo della legge 15 marzo 1997, n. 59*, in *LR*, 1998, p. 903 ss.

<sup>51</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 27 settembre 2000 n. 1021, in *GC*, 2001, I, p. 3108.

<sup>52</sup> V. MICHELETTI, *I caratteri delle istituzioni scolastiche autonome*, in *FA*, 2001, p. 1062 ss.

<sup>53</sup> V. CARRICATO, *Autonomia scolastica: una riforma possibile*, in *LR*, 1997, p. 365 ss.



proprio nel governo del rapporto di lavoro, a maggiore ragione con i docenti. Se “l'autonomia” è “garanzia di libertà di insegnamento<sup>54</sup> e di pluralismo culturale” (v. l'art. 1, secondo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999)<sup>55</sup>, i nuovi enti pubblici regolano “i tempi dell'insegnamento e dello svolgimento delle singole discipline e attività nel modo più adeguato al tipo di studi e ai ritmi di apprendimento degli alunni” (v. l'art. 4, secondo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999). L'autonomia didattica “si sostanzia nella scelta libera e programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche e in ogni iniziativa che sia espressione di libertà progettuale, compresa l'eventuale offerta di insegnamenti opzionali, facoltativi e aggiuntivi, e nel rispetto delle esigenze formative” (cfr. l'art. 21, comma nono, della legge n. 59 del 1997, con principi che hanno avuto attuazione nel successivo d.P.R. n. 275 del 1999)<sup>56</sup>.

Inoltre, come espressione di discrezionalità, “le istituzioni (...) adottano, anche per quanto riguarda l'impiego dei docenti, ogni modalità organizzativa che (...) sia coerente con gli obbiettivi generali e specifici di ciascun tipo e indirizzo di studio” (cfr. l'art. 5, primo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999); ma, si aggiunge, una “autonomia di ricerca, sperimentazione e sviluppo” (v. l'art. 6 del d.P.R. n. 275 del 1999) può portare alla costituzione di “reti di scuole”, per la cooperazione funzionale al raggiungimento degli scopi di ciascuna, mediante opportuni accordi (cfr. l'art. 7 del d.P.R. n. 275 del 1999). In sostanza, “l'autonomia (...) è finalizzata alla realizzazione della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio (...), all'integrazione e al migliore utilizzo delle risorse e delle strutture, all'introduzione di tecnologie innovative e al coordinamento con il contesto territoriale” (cfr. l'art. 21, comma ottavo, della legge n. 59 del 1997), con poteri amministrativi dei dirigenti<sup>57</sup>, secondo un processo avviato negli anni '90.

L'attribuzione della personalità giuridica presupponeva che le istituzioni raggiungessero i “requisiti dimensionali ottimali”, secondo le procedure re-

<sup>54</sup> V. MOLINARI, *La funzione docente, dirigente e ispettiva nella scuola di Stato*, Giuffrè, 1994, p. 46 ss.; PITRUZZELLA, *Il pluralismo della scuola e nella scuola*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, 1996, vol. III, p. 1373 ss.

<sup>55</sup> V. MATTIONI, *Insegnamento (libertà di)*, in *DDP*, vol. VIII, p. 413 ss.

<sup>56</sup> V. POGGI, *Autonomia delle istituzioni scolastiche e multiculturalismo*, in *QDPC*, 2000, p. 179 ss.

<sup>57</sup> V. MARZUOLI, *Commento all'art. 25-ter*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 1215 ss.

golate dal d.P.R. 18 giugno 1998 n. 233. Così, si è superata la precedente situazione, anomala, in cui solo parte degli istituti aveva personalità, a seconda del rispettivo ordinamento. Ne è derivata una imponente riforma, con una realizzazione contrastata, ma con un rilevante ammodernamento; è stato incentivato lo spazio di iniziativa di ciascuna scuola, con l'aumento delle responsabilità dirigenziali<sup>58</sup>. In tale prospettiva di ampio respiro, seppure di faticosa attuazione, sia l'attribuzione di personalità, sia l'autonomia operativa implicavano la creazione di un ufficio dirigenziale, incaricato della gestione<sup>59</sup>. Tale complesso intervento ha comportato una redistribuzione del personale<sup>60</sup> (governata con delicati accordi collettivi; v. il contratto collettivo 20 gennaio 1998 e quello 20 gennaio 1999) e ha suscitato tensioni fra gli stessi capi di istituto, soprattutto per alcuni episodi di accorpamento di scuole per tradizione diverse<sup>61</sup>.

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 non solo rimarca la tutela della libertà di insegnamento, ma sottolinea la "unicità della funzione" dirigenziale, poiché, con rilevanti responsabilità sul versante amministrativo e finanziario, il dirigente deve assicurare il perseguimento di obiettivi educativi; dunque, l'autonomia organizzativa e quella finanziaria devono permettere il migliore esplicarsi di quella didattica, la razionale pianificazione dei fini e il loro raggiungimento. Se, per un verso, "le competenze attribuite al dirigente (...), riassumibili nei compiti di gestione e nelle connesse responsabilità in ordine ai risultati", corrispondono a "quelle previste in generale come proprie della funzione dirigenziale, con gli adattamenti dovuti alla specificità del settore"<sup>62</sup>, la posizione del dirigente è unitaria, con l'incontro di compiti amministrativi ed educativi, ferma la "doppia veste" di "organo dell'amministrazione dello Stato (...) e (...) dell'istituzione scolastica (...), allorché eserciti le sue competenze nell'ambito delle funzioni statali (...) ovvero di quelle (...) attribuite

<sup>58</sup> V. CARNEROLI, *La scuola del futuro tra Stato e autonomia (locale e funzionale)*, in *PD*, 2000, p. 325 ss.; DONATI E., *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *LR*, 1999, p. 537 ss.

<sup>59</sup> Sulla necessaria tutela della libertà di insegnamento e sul suo raccordo con l'inserimento dell'insegnante in un apparato amministrativo, v. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *GCost.*, 1961, p. 74 ss.; PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *FI*, 1970, V, p. 222 ss.; CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *RDPU*, 1956, p. 60 ss.

<sup>60</sup> V. MARZUOLI, *Commento all'art. 25-ter*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 1215 ss.

<sup>61</sup> V. Pret. Piacenza 31 agosto 1999, ord., in *LPA*, 2000, p. 370; Pret. Piacenza 2 novembre 1999, ord., in *LPA*, p. 370.

<sup>62</sup> V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 543 ss.

alle istituzioni”<sup>63</sup>. Pertanto, la dirigenza è “una diramazione” di quella amministrativa, purché si riconosca la specificità della vocazione educativa<sup>64</sup>. L’innovazione è stata imponente, ma parziale, proprio per i rapporti di lavoro, poiché gli insegnanti sono rimasti dipendenti ministeriali.

Come è facile obbiettare, una opposta soluzione avrebbe richiesto ingenti risorse. La variazione degli anni '90 ha lasciato i docenti nella struttura ministeriale per il governo del rapporto, a cominciare dalla selezione e dalle assunzioni, temi sensibili e forieri di una enorme mole di controversie. Per altro verso, sul versante educativo, il collegamento diretto e, in fondo, quasi esclusivo con i dirigenti è stato in contraddizione con il mantenimento del citato, preesistente modello, anche perché il dinamismo di ciascuna istituzione è stato in contrasto con il ritmo lento e progressivo delle decisioni ministeriali. Anzi, il personale ha talora lamentato una ridotta “privatizzazione”, non tanto perché questa fosse di ostacolo alla valorizzazione della libertà di insegnamento, ma in quanto la regolazione è stata affidata ai testi consueti. La sostituzione del diritto civile alle soluzioni di stampo pubblicistico non ha avuto successo in generale, ma ha posto problemi più intensi per i docenti.

4. *Le ragioni dell’insuccesso della riforma basata sulla “privatizzazione” e sull’autonomia delle istituzioni scolastiche e l’estesa conservazione del modello regolativo pubblicistico*

Neppure il più acceso sostenitore della cosiddetta “privatizzazione” ne potrebbe parlare come di un successo, a tanti anni di distanza, in materia di istruzione, se non altro per l’incapacità del sistema di contenere le controversie e di avviare una razionalizzazione effettiva della selezione dei docenti<sup>65</sup>. Da un lato, la coesistenza di due centri decisionali<sup>66</sup> ha nuociuto alla coerenza

<sup>63</sup> V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 563 ss.

<sup>64</sup> V. MAUCERI, *La dirigenza scolastica*, in CARINCI F., D’ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2000, vol. I, p. 893 ss.

<sup>65</sup> V. COCCONI, *op. cit.*, p. 243 ss.

<sup>66</sup> Sul doppio ruolo del dipendente, quale professionista retribuito per la sua attività e strumento della formazione della volontà dell’istituzione, v. MARONGIU G., *L’ufficio come professione*, Roma, 1981, p. 72, e, dello stesso A., *Funzionari e ufficio nell’organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 391 ss.; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, 1968, p. 416 ss.; PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, 1964, p. 138 ss.

dei comportamenti e ha creato una tensione costante fra le singole istituzioni e i tradizionali apparati ministeriali, se non altro incaricati del reclutamento e di profili fondamentali per la vita professionale di milioni di persone. Dall'altro lato, la timidezza dimostrata dal decreto n. 165 del 2001 e dal suo art. 71 nel superare la pregressa disciplina pubblicistica<sup>67</sup> ha avuto qui una delle sue manifestazioni più chiare, con la conservazione estesa, verrebbe da dire quasi completa, del decreto n. 297 del 1994<sup>68</sup>, ispirato alla disciplina anteriore al decreto n. 29 del 1993, poiché aveva la sua matrice nel diritto amministrativo, in dichiarata distonia da quella logica civilistica da ambientare nel lavoro pubblico, almeno secondo la visione degli anni '90<sup>69</sup>.

Il risultato è stato un intrecciarsi di contraddizioni. A differenza di altre amministrazioni di limitate dimensioni e non sempre con adeguate risorse economiche, come i piccoli comuni, se mai impegnati nel coordinamento degli sforzi e nell'accorpamento, le scuole sono rimaste una sorta di monadi disperse sull'intero territorio, con il compito di inserire in una visione educativa moderna il contributo degli insegnanti, ma senza il governo del loro rapporto, senza la distribuzione completa della capacità di spesa e con l'incombere delle tradizionali strutture piramidali ministeriali. La coabitazione fra i dirigenti e gli apparati statali di livello provinciale e regionale è stata pessima, soprattutto perché né gli uni, né gli altri hanno dimostrato adeguato dominio della "privatizzazione", con il crescere inarrestabile dell'insoddisfazione e degli atti illegittimi e con una capillare mediazione giudiziale.

Ciò è accaduto nonostante il ricorso al diritto comune sia stato parziale, perché, sulla base dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, molte disposizioni anteriori alla "privatizzazione" non solo sono sopravvissute, ma continuano a essere applicate, costituendo uno dei parametri fondamentali per la solu-

<sup>67</sup> V. Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2004 n. 6191, in *Rep. GI*, 2004.

<sup>68</sup> Ispirato da un'attenta revisione della disciplina pubblicistica tradizionale, il decreto legislativo n. 297 del 1994 è stato caratterizzato da un singolare destino, poiché è stato il frutto di una attenta costruzione sistematica, ma è giunto a compimento dopo l'avvento della cosiddetta "privatizzazione", quando, se mai, si sarebbe posto il problema della revisione e del superamento della disciplina pubblicistica, non del suo riordino.

<sup>69</sup> V. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2004, vol. I, p. 83 ss.; in senso favorevole alla cosiddetta "negoziabilità", in specie in esito a una procedura di partecipazione, v. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *DLRI*, 1994, p. II ss.; VISCOMI, ZOPPOLI L., *La partecipazione alla organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 355 ss.

zione dei conflitti giudiziari. Nel 1993 si era immaginato un passaggio molto più drastico al diritto civile<sup>70</sup> e, se si consente un ricordo autobiografico, resta nella memoria del mio *computer* una sorta di monito al fallimento del decreto n. 29 del 1993, costituito da una bozza di un possibile testo unico del pubblico impiego, proprio sugli insegnanti, per quanto mi riguardava, bozza mai accettata dal Governo dell'epoca, perché basata sulla temeraria idea, condivisa con uno dei Direttori di questa *Rivista*, per cui le disposizioni di passaggio dal sistema amministrativo a quello privatistico dovessero essere applicate nella loro oggettività e nelle loro potenzialità demolitorie. Non è stato così, per la rassegnazione della maggioranza parlamentare della fine del secolo scorso verso qualunque richiesta sindacale, con la conseguente, colpevole, adesione alla conservazione di ogni frammento normativo<sup>71</sup>.

Era indifendibile l'idea per cui la salvaguardia del contesto prescrittivo preesistente in ogni suo rivolo significasse protezione sostanziale dei diritti<sup>72</sup>. Nell'impossibile sintesi fra il decreto n. 297 del 1994 e quello n. 165 del 2001, questa accettazione, insieme, di privato e di pubblico, del regime anteriore al 1993 e di quello successivo, del diritto comune e di quello amministrativo ha portato solo un groviglio interpretativo<sup>73</sup>, che né i dirigenti scolastici, né gli apparati ministeriali sono stati in grado di dipanare. Né alcuno si è candidato a tagliare questo nodo di Gordio, che, al contrario, infinite sentenze hanno dovuto sciogliere con pazienza<sup>74</sup>, tanto grande quanto è stato il dispendio delle risorse pubbliche, impegnate in misura drammatica nel portare sulla scena processuale le controversie determinate dal carattere disarticolato della regolazione, dalla coesistenza di principi opposti e dalla comprensibile ansia dei docenti di ottenere comportamenti razionali del datore di lavoro.

In questa limitata autonomia, con una frammentazione nell'esercizio dei poteri, in parte affidati ai dirigenti, in parte agli apparati più tradizionali, seppure rinnovati nei nomi, ma non nelle prassi, vi è stato poco di privato e

<sup>70</sup> Sul difficile dialogo fra il legislatore e la Corte costituzionale, in qualche modo simbolo della crisi continua nella quale si è dibattuta la "privatizzazione", v. CARINCI E, *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione*, cit., p. 510 ss.

<sup>71</sup> Per una sintesi sull'evoluzione normativa, v. RICCIARDI, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in CARINCI E, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 156 ss.

<sup>72</sup> Sull'impatto dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, v. Cass. 7 novembre 2016 n. 22558, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>73</sup> V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 620 ss.

<sup>74</sup> V. Cass. 6 aprile 2017 n. 8945, in *Rep. GI*, 2017.

ha prevalso la conservazione sull'adozione di modelli più semplici e lineari, per esempio a proposito del reclutamento, senza un serio tentativo di contenere i rapporti a tempo determinato e, soprattutto, di impostare concorsi programmati, dall'espletamento sereno e con cadenze predefinite. Poi, le singole istituzioni hanno fronteggiato motivi costanti di cambiamento, a cominciare da ripetuti accorpamenti, senza una effettiva titolarità del rapporto di lavoro e condividendo le corrispondenti prerogative con le strutture ministeriali provinciali e regionali, per esempio in tema di procedimenti disciplinari<sup>75</sup>. Questa suddivisione delle attribuzioni ha creato un certo disordine.

Si consideri un precedente non troppo noto, per cui, "in tema di progettazione curriculare, extracurriculare, educativa e organizzativa, il piano di offerta formativa è il frutto di un complesso *iter* procedimentale che, pure prevedendo, la partecipazione di tutte le componenti (...), riserva un ruolo particolare al consiglio di istituto, cui spettano sia l'iniziale scelta degli indirizzi generali e dei criteri di gestione e di amministrazione, sia l'approvazione definitiva. Una volta in cui l'atto sia stato elaborato e predisposto dal collegio dei docenti, la mancata formazione di una maggioranza in seno a questo ultimo non può determinare l'arresto del procedimento, soprattutto ove il dissenso riguardi non il piano nel suo complesso, ma un singolo aspetto (...), fermo il fatto che al consiglio rimane la scelta fra le due opzioni a confronto"<sup>76</sup>. La complessità è estrema, come si ricava da questa decisione, peraltro ragionevole, nella sua articolata riflessione. La centralità della singola struttura autonoma nel determinare obiettivi educativi, modalità di espletamento e finalità formative<sup>77</sup> contrasta con il deferimento al suo esterno dell'esercizio di larga parte dei poteri del datore di lavoro<sup>78</sup>, oltre tutto con-

<sup>75</sup> V.App. Milano 16 maggio 2017, in *Rep. GI*, 2017.

<sup>76</sup> V. Cass. 8 maggio 2017 n. 11154, in *Rep. GI*, 2011.

<sup>77</sup> V. Cass. 10 gennaio 2003 n. 173, in *Rep. GI*, 2003.

<sup>78</sup> Per un caso di esercizio dei poteri del datore di lavoro da parte del dirigente della singola istituzione, si consideri la sentenza per cui "l'atto di dispensa dal servizio dell'insegnante, per esito sfavorevole della prova, emanato dal dirigente della scuola non deve essere integrato dall'intervento consultivo del comitato scolastico, correlato all'originaria competenza dell'amministrazione statale periferica, in quanto l'abrogazione implicita della disciplina dell'art. 439 del decreto legislativo n. 297 del 1994 ha comportato il venire meno delle regole procedurali di cui alla detta norma, e tale parere risulterebbe ingiustificato nel momento in cui alle istituzioni scolastiche è stata attribuita autonomia funzionale, della quale è espressione il potere del dirigente di gestione delle risorse e del personale" (v. Cass. 25 gennaio 2017 n. 1915, in *Rep. GI*, 2017).

formati secondo le logiche di matrice amministrativa anteriori al 1993<sup>79</sup>. Non vi è realistica autonomia senza il potere di assumere, di selezionare i docenti e di governare i relativi procedimenti, appunto sulla base di valutazioni espressione di una propria strategia. A tale fine, non difettano solo le risorse, ma la stessa accettazione del completo trasferimento delle funzioni<sup>80</sup>.

##### 5. *Il diritto del lavoro scolastico e la scarsa coerenza con il diritto comune*

La “privatizzazione” avrebbe dovuto rimandare al diritto comune, ma così non è stato, poiché, ormai, si identifica in tema di impiego pubblico un sistema differente rispetto a quello tipico del vero diritto del lavoro. Il nostro Paese presenta almeno due contesti prescrittivi denominati di diritto del lavoro privato, quello che potremmo chiamare “privato privato”, e che riguarda le imprese e i soggetti radicati nell’ordinamento civile, e quello “privato pubblico”, riferibile alle istituzioni. Da un lato, nella nostra civiltà dell’immagine, nessuna maggioranza parlamentare può mettere in discussione la “privatizzazione”. Dall’altro lato, essa è apparante, poiché, ormai, in dichiarato contrasto con il tenore letterale dell’art. 2 del decreto n. 165 del 2001, non si riferiscono alle amministrazioni le più importanti disposizioni introdotte a proposito del vero lavoro privato. Di tale canone la legge n. 92 del 2012 è una semplice attuazione e lo stesso vale per il decreto legislativo n. 23 del 2015.

Ci si potrebbe chiedere che vantaggio ci sia stato a creare due contrapposti diritti del lavoro, se la domanda non fosse sciocca. Non esiste alcuna

<sup>79</sup> V. Cass. 12 dicembre 2007 n. 26084, in *Rep. GI*, 2007.

<sup>80</sup> Non a caso, “sono escluse dalle attribuzioni delle istituzioni scolastiche le funzioni il cui esercizio è legato a un ambito territoriale più ampio di quello di competenza della singola istituzione ovvero richiede garanzie particolari a tutela della libertà di insegnamento, tra le quali figura, tra l’altro, il reclutamento del personale docente, amministrativo tecnico e ausiliario. Il dirigente scolastico ha pertanto poteri di gestione del personale, ma il rapporto di impiego fa capo allo Stato. In sostanza, la situazione attuale non è dissimile, rispetto a quella esistente per alcune istituzioni scolastiche già dotate prima della riforma sulla autonomia scolastica di personalità giuridica e autonomia amministrativa ovvero gli istituti di istruzione tecnica e professionale, di istruzione artistica nonché i convitti nazionali e gli educandi femminili. Con riferimento a detti enti, il personale docente si trova in rapporto organico con l’amministrazione della pubblica istruzione e non con i singoli istituti” (v. Trib. Napoli 3 febbraio 2006, in *Rep. GI*, 2006).

utilità. Lo testimoniano chi non si arrende di fronte al tenore letterale dell'art. 1, comma settimo, della legge n. 92 del 2012 e guarda con motivata preoccupazione a una "improbabile coesistenza di due testi normativi 'paralleli'"<sup>81</sup> e chi reputa applicabile all'impiego pubblico la regolazione processuale della stessa legge n. 92 del 2012<sup>82</sup>. Coesistono modelli opposti da quasi dieci anni, visto il decreto n. 276 del 2003, per tacere di quello n. 167 del 2011 e le opposte discipline sul nesso fra i diversi livelli di negoziato collettivo, sulle conseguenze del licenziamento dei dirigenti, sulle implicazioni della nullità del termine, e così via. Del resto, se non coincide neppure il regime delle fasce di reperibilità in caso di assenza per malattia, si può mai parlare di "un" diritto del lavoro?

A ragione, si lamenta, "l'armonizzazione evocata dal decreto legislativo n. 276 del 2003 non è mai stata realizzata e nulla ancora è stato fatto per l'adeguamento all'ambito pubblico delle nuove regole in materia di apprendistato. Non appare quindi del tutto infondato il timore che la medesima sorte possa spettare alla riforma Fornero, e in particolare alle norme sui licenziamenti"<sup>83</sup>. L'osservazione è ineccepibile, ma deve essere rovesciata. Proprio perché, come accaduto per il decreto n. 276 del 2003, non si ha nessuna sintesi fra i due diritti privati del lavoro, essi devono essere ricostruiti non in nome dell'armonizzazione, ma del loro inarrestabile allontanamento, della separazione completa fra sistemi incompatibili<sup>84</sup>. Occorre riflettere su logiche differenti, per finalità, prospettive, strumenti. I diritti del lavoro appartengono al medesimo alveo<sup>85</sup>, ma, in allontanamento reciproco<sup>86</sup>, non giungono a una sintesi, tanto che occorre sottolineare le differenze<sup>87</sup>. Si deve valorizzare la distinzione irreversibile fra il diritto del lavoro "privato privato" e quello "privato pubblico", fra loro incompatibili<sup>88</sup>. Né le ultime innovazioni ap-

<sup>81</sup> V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 28 ss.

<sup>82</sup> V. Trib. Perugia 9 novembre 2012, ord., in *LPA*, 2012, p. 1117 ss.; Trib. Bari 14 gennaio 2013, ord., in *RIDL*, 2013, II, p. 410 ss.

<sup>83</sup> V. PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 49 ss.

<sup>84</sup> V. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, p. 722 ss.

<sup>85</sup> V. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego*, in *JS*, 2010, p. 449 ss.

<sup>86</sup> V. LUCIANI V., *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, p. 767 ss.

<sup>87</sup> Per una posizione altrettanto sconsolata e, forse, più problematica, v. ZOPPOLI L., *Ben-tornata realtà*, cit., p. 5 ss.

<sup>88</sup> Sull'oggettiva complessità della legge n. 92 del 2012 nel suo riferirsi al lavoro pubblico,



portate al decreto n. 165 del 2001 negli ultimi anni hanno alterato il quadro, se mai confermato, proprio all'insegna della separazione fra due modelli regolativi, quello del lavoro nell'impresa e quello proprio delle pubbliche amministrazioni<sup>89</sup>.

Poco importa che questa divaricazione sia irrazionale, poiché, di fronte alla sovranità della legge, l'ermeneutica si deve arrestare. Per esempio, oggi, vi sono due artt. 18 St. lav.<sup>90</sup>. Come si è obiettato, è singolare la coesistenza di due diverse formule dell'art. 18 St. lav., quasi a volere rilevare la violazione del principio di non contraddizione e l'irrazionalità di un regime differente delle conseguenze sanzionatorie dei licenziamenti illegittimi<sup>91</sup>. L'osservazione è convincente, ma ... una larga parte delle disposizioni del diritto del lavoro "privato privato" non si applica a quello "privato pubblico", a cominciare dal decreto n. 23 del 2015 sul negozio a tutele crescenti.

L'art. 7, comma ottavo, del decreto n. 167 del 2011 a proposito dell'apprendistato fa sorgere dubbi persino maggiori, poiché non può invocare la tradizione del vecchio art. 18 St. lav. Comunque, non vi è nessuna ragione in grado di giustificare un trattamento differente per i lavoratori delle imprese e quelli delle istituzioni, né i secondi vantano una sorta di ancestrale diritto alla massima stabilità dei loro rapporti<sup>92</sup>. A prescindere dal fatto che, in questa prospettiva, la "privatizzazione" nega i valori che ne avevano ispirato l'introduzione nel 1993, non si comprende perché i rari recessi intimati ai dipendenti pubblici dovrebbero invocare un regime derogatorio dell'art. 18 St. lav. rispetto a quello applicato alla maggioranza dei prestatori di opere, a dire il vero come era accaduto a proposito del decreto n. 276 del 2003 e in molte altre contingenze.

Non a caso, la discrasia fra il diritto del lavoro "privato privato" e quello "privato pubblico" ha suggerito da tempo una critica stringente sul concetto

v. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in *LPA*, 2012, p. 1024 ss.

<sup>89</sup> V. ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni dopo il jobs Act*, in *LPA*, 2015, p. 457 ss.; BOSCATI, *La politica del lavoro del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua*, in *LPA*, 2014, p. 210 ss.

<sup>90</sup> Per una ricostruzione del primo dibattito della giurisprudenza, v. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 351 ss.

<sup>91</sup> V. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>92</sup> V. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, p.

di abrogazione e sulla successione di leggi nel tempo, poiché la costruzione di due modelli contrapposti impone una costante rilettura ... modificatrice delle espressioni testuali, in specie dove si parla di abrogazione. A ragione, con una sintesi non solo delle idee del decreto n. 276 del 2003, della legge n. 92 del 2012, ma anche dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, si è detto che traggono in inganno solo i lettori più distratti le formule "a interpretazione", "a integrazione", "in aggiunta", "in sostituzione", con la "abrogazione", contenute nei provvedimenti citati. Infatti, tali locuzioni "suonano di portata generale, cioè tali da dare l'impressione che le norme interessate siano sopravvissute solo così come riviste, o addirittura siano defunte"<sup>93</sup>.

Si è commentato, "suonano, ma non sono così", perché "la terminologia di cui sopra testimonia una sequenza cronologica vista in termini di esistenza, secondo una alternativa fra 'c'è' e 'non c'è'; ma risulta datata rispetto a una sequenza cronologica vissuta in termini di coesistenza, secondo una copresenza di 'c'è' e 'c'è'. Questo comporta la valorizzazione di una terminologia nuova, centrata sull'applicabilità di una norma, che, a prescindere dall'imprecisione e approssimazione della lettera (...), se modificata, non è novellata, e se cancellata, non è abrogata, ma diversificata nella sua sfera di applicazione"<sup>94</sup>. L'Autore di queste brillanti frasi mi attribuisce il merito di essere stato il primo (forse) a introdurre una simile riflessione, a proposito dell'art. 72 del decreto n. 29 del 1993<sup>95</sup>. Però, il problema è ormai diventato generale. In tema di lavoro "privato pubblico", l'abrogazione operata da disposizioni del diritto del lavoro "privato privato" deve essere guardata con sospetto, e non si verifica quasi mai.

Vi sono solo adattamenti, anche cospicui, sull'area di efficacia di precetti trasformati nel loro significato culturale e nel loro impatto, perché inseriti in due sistemi in progressivo allontanamento. L'idea della "abrogazione" o quella della "modificazione" del testo devono essere viste non in assoluto, ma con riguardo alle norme collocate in orizzonti contrapposti, poiché tali devono essere ritenuti quelli del diritto del lavoro nell'impresa e nelle istituzioni. A fronte della stessa formula, si devono immaginare norme che, se anche coincidessero, dovrebbero essere riportate a ordini regolativi differenti,

<sup>93</sup> V. CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, p. 247 ss.

<sup>94</sup> V. CARINCI F., *Art. 18 St. lav.*, cit., p. 251 ss.

<sup>95</sup> V. GRAGNOLI, *Il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro sanità: è valido l'art. 43, secondo e terzo comma, relativo al recupero in via transitoria alla disciplina pattizia delle norme legali, regolamentari e contrattuali prevalenti?*, in *LPA*, 1999, p. 445 ss.

con criteri ispiratori sempre più disomogenei. Il disorientamento è già apparso evidente, per alcuni singolari e non condivisibili atti del Dipartimento della funzione pubblica<sup>96</sup>, i quali hanno lasciato intendere che dovessero essere rispettati in tema di lavoro pubblico i precetti sul contratto a tempo determinato, mentre così non poteva essere. Il problema si accentua per la nascita di aree prescrittive separate per i singoli comparti, prima di tutto per la scuola, dove la tiepida o quasi assente eliminazione delle disposizioni pubblicistiche, richiamate nel decreto n. 297 del 1994, è stata la premessa di una disciplina propria, con una accentuazione negli ultimi anni. Vi è da chiedersi per quali ragioni il decreto n. 297 del 1994 resti il motore dell'intera regolazione e in quale modo sopravviva sia alla "privatizzazione", sia all'autonomia delle istituzioni scolastiche, sia al proliferare delle controversie sulle procedure di selezione e sui rapporti a tempo determinato.

6. *La possibilità di configurare un diritto del lavoro scolastico e la coesistenza fra elementi di matrice privatistica e di tradizione pubblicistica*

Nel diritto del lavoro pubblico, quello scolastico ha suoi tratti compiuti, anche a tacere degli ultimi provvedimenti normativi, volti a contenere consolidate forme di precariato, con interi istituti distonici dal modello complessivo del decreto n. 165 del 2001<sup>97</sup>. Per un verso, questo riferimento alla logica pubblicistica anteriore alla "privatizzazione" comporta principi di favore, poiché, per esempio, "l'obbligo per i dipendenti pubblici di adempiere alle formalità prescritte per il controllo dell'orario, mediante orologi marca-tempo o altri sistemi di registrazione, deve discendere da specifica fonte normativa o contrattuale, così che, nel settore scolastico, ciò riguarda solo il personale amministrativo e tecnico"<sup>98</sup>.

Ritorna lo stesso percorso (la conservazione delle previsioni anteriori al decreto n. 29 del 1993 e, se mai, il loro inserimento in una regolazione di settore, derogatoria rispetto a quella del decreto n. 165 del 2001) per esempio a proposito dell'insegnamento all'estero, poiché "l'art. 2, comma secondo, del decreto n. 165 del 2001, legittima la contrattazione collettiva a derogare a pre-

<sup>96</sup> V. PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 49 ss.

<sup>97</sup> V. Trib. Torino 23 dicembre 2014, in *Rep. GI*, 2014.

<sup>98</sup> V. Cass. 14 ottobre 2016 n. 20812, in *Rep. GI*, 2016.

vigenti disposizioni di legge, salve inderogabilità espresse, così che gli artt. 116 e 117 del contratto del comparto della scuola del 29 novembre 2007, fissando la durata dei periodi di permanenza nelle scuole italiane all'estero e le cause di cessazione, disciplinano la materia derogando al decreto n. 297 del 1994<sup>99</sup>, peraltro rimasto in vigore proprio per l'inesistenza di una compiuta eliminazione delle disposizioni precedenti al 1993 ed espressione del vecchio contesto.

Ancora più significativa è la compatibilità fra l'insegnamento e la libera professione, secondo criteri distonici da quelli generali del decreto n. 165 del 2001 e, se mai, con un avvicinamento al privilegio dei professori universitari, peraltro sottratti alla "privatizzazione", tanto che lo stesso trattamento di favore è stato attribuito agli insegnanti elementari, per evitare ai loro danni una pretesa discriminazione, nell'esclusione dall'applicazione del principio più estensivo<sup>100</sup>. Anzi, il novero delle professioni consentite è assai esteso, al punto da comprendere l'amministrazione dei condomini<sup>101</sup> e, soprattutto, la funzione di medico in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale<sup>102</sup>. L'origine di questi principi è facile da identificare e si collega alla descritta e antica condizione di prestigio dei docenti, a partire dall'unità italiana, con tracce significative rimaste nel decreto n. 297 del 1994 e con la loro sopravvivenza, nonostante l'incoerenza con il decreto n. 165 del 2001.

Non a caso, si è detto, in modo fondato rispetto al quadro vigente, "ai sensi dell'art. 308, comma quindicesimo, del decreto n. 297 del 1994 è consentito al docente l'esercizio di libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti la sua funzione e siano compatibili con l'orario di servizio, previa autorizzazione da parte del preside o del direttore didattico"<sup>103</sup>, e "la compatibilità deve essere accertata sulla base del contenuto effettivo dell'attività extraistituzionale"<sup>104</sup>. Tali pronunce sottoli-

<sup>99</sup> V. Cass. 17 maggio 2016 n. 10064, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>100</sup> Si consideri che, "in tema di professioni legali, nel prevedere in via generale l'incompatibilità tra la professione di avvocato e la sussistenza di un rapporto di pubblici impiego, la legge contempla una eccezione per i professori e gli assistenti delle università e degli altri istituti superiori e i professori degli istituti secondari", ma "l'incompatibilità deve ritenersi esclusa anche per i docenti delle scuole elementari, che godono della medesima libertà di insegnamento stabilita per gli altri docenti. Per tale ragione la loro esclusione dall'eccezione si sarebbe risolta in una discriminazione contrastante con il principio costituzionale di uguaglianza" (v. Cass., sez. un., 28 ottobre 2015 n. 21949, in *Rep. GI*, 2015).

<sup>101</sup> V. C. Conti, sez. II app., 2 agosto 2010 n. 299, in *Rep. GI*, 2010.

<sup>102</sup> V. Cons. St., sez. VI, 27 maggio 2003 n. 2943, in *Rep. GI*, 2003.

<sup>103</sup> Cfr. Tar Sardegna 11 marzo 1997 n. 341, in *Rep. GI*, 1997.

<sup>104</sup> V. Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 12 dicembre 2005 n. 987, in *Rep. GI*, 2005.

neano la prevalente incidenza del decreto n. 297 del 1994 su una questione molto delicata e di sicura rilevanza economica, così mettendo in luce, da un lato, i complessivi tratti derogatori della disciplina e, dall'altro, il percorso mediante il quale opera, vale a dire la conservazione delle norme di matrice pubblicistica, in misura molto maggiore di quanto accade per altre categorie, se non altro per la presenza del decreto n. 297 del 1994.

In primo luogo, è facile comprendere perché siano state disilluse le varie anticipazioni sulla completa trasformazione del decreto n. 297 del 1994, in quanto la sua sostituzione postula, per un verso, un intenso impegno e, per altro verso, la rinuncia alle vecchie logiche pubblicistiche, mantenute sino a ora, ma non più riproponibili, per lo meno nel medesimo modo. Espressione di un passato capace di resistere al venire meno del contesto per il quale era stato pensato e, in primo luogo, alla diversa configurazione delle istituzioni e dei dirigenti, il decreto n. 297 del 1994 è stato finora una sorta di “montagna troppo alta da scalare”, se si consente la citazione “leggera”, peraltro desunta da una canzone dedicata proprio a una scuola. La mediazione fra gli interessi dei docenti e l'idea tradizionale dell'attività didattica offerta dal decreto n. 297 del 1994 ha creato una sintesi forse priva di solide basi teoriche, ma assai resistente.

In secondo luogo, nonostante il mutamento della giurisdizione, per esempio a proposito delle controversie sull'applicazione delle graduatorie<sup>105</sup>, il decreto n. 297 del 1994 rimane centrale, perché espressione di principi sedimentati e calibrati sulla tradizione. A maggiore ragione, il rapporto di lavoro dei docenti è stato retto da regole settoriali, applicate dai giudici con un certo ossequio per le consuete dinamiche<sup>106</sup>. Le trasformazioni, per esempio quelle assai significative dovute alla legge n. 124 del 1999, in tema di graduatorie<sup>107</sup>, si sono inserite nell'impianto del decreto n. 297 del 1994, il quale resta la fonte di massimo rilievo<sup>108</sup>, molto più del decreto n. 165 del 2001 e tanto da opporsi all'iniziativa del legislatore e da rimanere inalterata al dispiegarsi della giurisdizione del giudice ordinario<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> V. Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2012 n. 6063, in *Rep. GI*, 2012.

<sup>106</sup> In tema di mancato superamento della prova, per l'applicazione del decreto legislativo n. 297 del 1994, v. Cass. 27 giugno 2013 n. 16224, in *Rep. GI*, 2013.

<sup>107</sup> V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, in *Rep. GI*, 2012.

<sup>108</sup> In tema di età massima per lo svolgimento dell'attività, v. Cass. 8 giugno 2012 n. 9345, in *Rep. GI*, 2012.

<sup>109</sup> Ciò è riconosciuto da varie decisioni; per esempio, v. Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2012 n. 3639, in *Rep. GI*, 2012.

Se il decreto n. 297 del 1994 codifica una sorta di ultrasecolare esperienza sulla condizione professionale degli insegnanti, si comprende come, pensato nel momento del dominio del sistema pubblicistico, sia sopravvissuto alla sua alterazione e sia stato applicato sia dai giudici amministrativi<sup>110</sup>, sia da quelli ordinari<sup>111</sup>, con molte meno differenze operative di quanto accaduto per altre categorie, non solo per la ragionevolezza delle disposizioni. In questo confronto fra il decreto n. 165 del 2001 e quello n. 297 del 1994, con il prevalere del secondo, lo spazio del negoziato collettivo era destinato a essere assai limitato. Sul versante economico, ciò è stato incoraggiato dall'andamento della finanza pubblica e dalla scarsa capacità degli insegnanti di suscitare interesse nell'opinione collettiva, nonostante il loro accreditamento culturale, con limitato riscontro patrimoniale, come aveva compreso ... Alberto Sordi, anche prima che si parlasse della "giungla retributiva". Sul piano del rapporto e del trattamento di non diretta rilevanza patrimoniale, i contratti sindacali hanno avuto scarsa capacità innovativa, stretti dall'osservanza del decreto n. 297 del 1994 e dall'adesione all'idea consueta della posizione del docente nella scuola. Lo dimostra l'unico accordo del 19 aprile 2018, alquanto conservativo nella sua impostazione e senza sostanziali novità.

Lo conferma la penuria di precedenti, se si eccettua qualche decisione su forme di remunerazione accessoria<sup>112</sup> o su sporadici conflitti sorti durante il negoziato decentrato<sup>113</sup>, a dire il vero in situazioni di ridotta gravità<sup>114</sup>, più che altro dovute all'inesperienza dei dirigenti<sup>115</sup> e a discussioni di non enorme significato economico e organizzativo<sup>116</sup>. Al contrario, il confronto capillare di questi anni in sede giudiziale ha riguardato temi dominati dalla legge e, se mai, inerenti alla sua legittimità e alla sua coerenza con il diritto comunitario, in particolare a proposito di graduatorie, rapporti a tempo determinato e trasferimenti. Se si vuole comprendere quale sia il terreno delle infinite controversie, si devono considerare tali aspetti, sui quali, fra l'altro, la riflessione

<sup>110</sup> V. Cons. St., ad. plen., 12 luglio 2011 n. 11, in *Rep. GI*, 2011, sul riparto di giurisdizione in tema di graduatorie.

<sup>111</sup> V. App. Perugia 8 marzo 2011, in *ADL*, 2011, p. 1037.

<sup>112</sup> V. Cass. 15 luglio 2011 n. 15618, in *Rep. GI*, 2011.

<sup>113</sup> V. Trib. Catanzaro 22 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

<sup>114</sup> V. Trib. Bologna 21 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

<sup>115</sup> V. Trib. Venezia 12 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

<sup>116</sup> V. Trib. Treviso 18 febbraio 2011, in *Rep. GI*, 2011.

è giunta a soluzioni non banali, per cercare di riordinare il dialogo fra le fonti. Al tempo stesso, tale evoluzione ha visto le singole istituzioni e i loro dirigenti quali semplici spettatori delle determinazioni degli apparati ministeriali e delle reazioni degli insegnanti in sede processuale. In fondo, anche questo sviluppo è da ricondurre all'impianto originario del decreto n. 297 del 1994, rimasto al centro delle decisioni, nonostante i tanti interventi legislativi.

### 7. *Il sistema delle graduatorie*

L'accentramento dei criteri di selezione dei docenti rende l'autonomia scolastica illusoria o, se si preferisce, assai parziale, soprattutto in ordine al governo del rapporto e alle sue premesse, vale a dire l'identificazione della persona da assumere. Per altro verso, la tradizionale e forse inspiegabile difficoltà del Ministero nel seguire i procedimenti relativi sposta il baricentro della discussione verso il conflitto giudiziale, con la precisazione, molto meno scontata di quanto potrebbe sembrare, per cui "le due categorie concernenti i docenti provenienti dalle graduatorie di merito di concorso e quelli provenienti dalle graduatorie permanenti sono disciplinate in modo differente dalla legge sotto più profili, così che appare arbitrario estendere a entrambe una disposizione dettata per una sola"<sup>117</sup>.

A proposito del riparto della giurisdizione, si soggiunge, "i provvedimenti concernenti le graduatorie, finalizzati all'assunzione, non assumono veste e qualificazione di atti di diritto pubblico, espressione di esercizio di poteri autoritativi, ma sono compresi tra le determinazioni assunte con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte ai quali sono configurabili solo diritti, in quanto la pretesa ha per oggetto la conformità a legge degli atti della gestione della graduatoria, utile per l'eventuale assunzione. Le relative controversie sono rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario"<sup>118</sup>. Ormai consolidato, il principio corrisponde a evidenti obiettivi pratici, con la distinzione netta fra la sorte delle graduatorie e i concorsi, e con la devoluzione al giudice ordinario del complessivo potere di risolvere i capillari conflitti sulla stipulazione e

<sup>117</sup> V.Trib. Milano 23 giugno 2017, in *Rep. GI*, 2017.

<sup>118</sup> V.Trib. Pordenone 13 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017.

sulla legittimità dei contratti a tempo determinato<sup>119</sup>, del resto con il consenso del giudice amministrativo<sup>120</sup>.

Si obietta che, “con riguardo agli atti regolamentari che definiscono le modalità di accesso alle graduatorie, la giurisdizione è del giudice amministrativo, poiché sono atti di macrorganizzazione”<sup>121</sup>, con una tesi discutibile<sup>122</sup>, poiché l’organizzazione è la definizione dell’assetto degli uffici e ha poco a che vedere con la predeterminazione dei parametri di valutazione comparativa dei diversi aspiranti all’assunzione, in particolare a tempo determinato. Se le graduatorie “presuppongono determinazioni assunte con i poteri del datore di lavoro privato, di fronte alle quali sono configurabili diritti”<sup>123</sup>, proprio per il carattere vincolato dell’atto<sup>124</sup>, lo stesso si deve dire qualora si discuta della legittimità e dell’interpretazione delle indicazioni ministeriali generali<sup>125</sup>, salvo fare dipendere la giurisdizione dalla complessità del tema.

La preferenza per il giudice ordinario<sup>126</sup> non si collega al carattere privatistico degli istituti<sup>127</sup>, se si considera come restino in larga parte (e nei tratti fondamentali) quelli del decreto n. 297 del 1994<sup>128</sup>. Se mai, le graduatorie sono state viste in contrapposizione al concorso, per la mancanza di una valutazione rimessa alla discrezionalità tecnica sulla comparazione dei meriti

<sup>119</sup> Infatti, “in tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l’accertamento del diritto al collocamento in graduatoria, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, poiché vengono in questione determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, in quanto la pretesa ha per oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l’eventuale assunzione; non si può configurare l’inerenza a procedure concorsuali, in quanto trattasi, piuttosto, dell’inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili” (v. Trib. Firenze 9 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017).

<sup>120</sup> V. Tar. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 10 gennaio 2017 n. 395, in *Rep. G.*, 2017.

<sup>121</sup> V. Trib. Velletri 14 febbraio 2018, in *VTDL*, *sito*, 2018.

<sup>122</sup> Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2016 n. 909, in *VTDL*, *sito*, 2016; Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2016 n. 356, in *VTDL*, *sito*, 2016.

<sup>123</sup> V. Trib. Milano 7 giugno 2016, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>124</sup> In questo senso, v. Trib. Pescara 27 gennaio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>125</sup> In senso opposto, v. Tar. Lazio, Roma, sez. III, 29 settembre 2015 n. 11445, in *Rep. GI*, 2015.

<sup>126</sup> V. Cass. 2 aprile 2015 n. 6752, in *Rep. GI*, 2015.

<sup>127</sup> Invece, in questo senso, v. Cass., sez. un., 29 settembre 2014 n. 20453, in *Rep. GI*, 2014.

<sup>128</sup> Sull’origine del sistema delle graduatorie, v. Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2015 n. 5710, in *Rep. GI*, 2015.



individuali<sup>129</sup>. Si può dibattere sul fatto che l'inserimento nelle stesse graduatorie sia un atto "di gestione del rapporto, espressione del potere di organizzazione dell'amministrazione quale datrice di lavoro, al pari del potere direttivo, così che la posizione è di diritto"<sup>130</sup>.

L'identificazione della controparte in un negozio a tempo determinato esula sia dal rapporto, sia dal possibile oggetto del potere direttivo, proprio perché si colloca prima della stipulazione, a maggiore ragione se l'assetto procedurale è espressione della tradizione pubblicistica. Se mai, la conclusione ultima sulla giurisdizione può essere sorretta dal paragone con i concorsi, differenti sia sul piano funzionale, sia su quello strutturale<sup>131</sup>. Fermo il carattere settoriale della disciplina dell'assunzione nelle scuole<sup>132</sup>, è difficile invocare l'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001 per procedimenti compiuti in ambito ministeriale, anteriori alla conclusione dell'accordo individuale, espressione di una originaria visione amministrativa, rivisti dopo il decreto n. 297 del 1994, ma in nulla riconducibili ai poteri del datore di lavoro privato, se non altro perché esercitati prima della stipulazione del negozio e a essa preparatori.

Senza che possano essere invocate le indicazioni del decreto n. 165 del 2001, a torto menzionate, per una sorta di assonanza esteriore, divenuta in breve abituale nelle sentenze, a configurare la giurisdizione del giudice ordinario si sarebbe dovuti giungere in nome del principio generale sul riparto in relazione al *petitum* sostanziale, poiché non vi sono posizioni di interesse legittimo, viste l'assenza di discrezionalità e la necessaria realizzazione dei canoni precostituiti in ogni loro dettaglio. Sebbene la preparazione delle graduatorie e l'adozione degli atti non rientrino nelle materie considerate dall'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001, poiché non si discute di controversie sui rapporti, non si cade neppure nella fattispecie dell'art. 63, quarto comma, poiché non sono concorsi. La compilazione ha diversa natura e, se mai, implica diritti a fronte di atti vincolati in ogni loro aspetto e nei quali non si dibatte del merito, ma dell'esatta attribuzione del punteggio per presupposti noti.

<sup>129</sup> Infatti, si è detto, "le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie del personale docente ed educativo non sono procedure concorsuali, onde non può ritenersi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001" (v. Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2016 n. 1833, in *Rep. GI*, 2016).

<sup>130</sup> V. Trib. Mantova 14 aprile 2016, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>131</sup> V. Trib. Udine 12 febbraio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>132</sup> V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, in *Rep. GI*, 2012.

La tesi opposta è stata sostenuta per un certo periodo<sup>133</sup>, ma il paragone fra concorsi e preparazione delle graduatorie non regge, se si considera il potere esercitato nei due casi. Se né l'uno, né l'altro rimandano a quello direttivo e a quelli del datore di lavoro privato, sono diversi da ogni punto di vista. La giurisdizione del giudice ordinario non dipende dall'operare dell'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001, ma dal fatto che non vi sono concorsi<sup>134</sup> e i potenziali insegnanti possono fare valere diritti. Sebbene il relativo percorso argomentativo non sia persuasivo, la conclusione ultima di questi anni è convincente ed è meritorio il riportare tutte le controversie al giudice ordinario, più risoluto nella tutela dei diritti e più abituato ad applicare rimedi di ordine satisfattivo. Se non ci si inganna, il consolidamento di questi canoni dovrebbe contribuire alla trasparenza e all'effettività delle disposizioni sulle graduatorie, oltre a indurre una semplificazione indiretta, per l'estendersi della giurisdizione del giudice ordinario.

Su un altro piano, la convivenza fra istituti espressione della "privatizzazione" e altri di taglio più tradizionale e di vocazione amministrativa non è smentita dalle citate acquisizioni sul riparto di giurisdizione e, anzi, è confermata, come ha messo in luce chi ha sottolineato il tratto derogatorio della disciplina sul reclutamento degli insegnanti, in distonia dal decreto n. 165 del 2001<sup>135</sup>. L'affiorare di una soluzione pretoria complessiva sulla giurisdizione è la premessa per ricavare i principi elaborati sui contratti a tempo determinato, ancora una volta all'insegna della specialità. Il punto di partenza resta il modello del decreto n. 297 del 1994<sup>136</sup>, il quale continua a stabilire quali docenti siano assunti e attraverso quali percorsi complessivi, con una stabilità passata attraverso la "privatizzazione" e il cambiamento della giurisdizione.

<sup>133</sup> V. Cons. St., ad plen., 24 maggio 2007 n. 8, in *Rep. GI*, 2008.

<sup>134</sup> In senso opposto, v. Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2006 n. 5416, in *Rep. GI*, 2016, per cui si discuterebbe di "una fase procedimentale di natura selettiva agli effetti della graduazione dei docenti interessati, che precede la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la cui cognizione, in relazione alla norma sul riparto di giurisdizione, resta assegnata al giudice amministrativo". Se è vero che si tratta di una fase procedimentale di carattere selettivo, la completa mancanza di elementi di discrezionalità e la completa previsione delle modalità di compilazione porta di per sé alla giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>135</sup> V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, cit.

<sup>136</sup> V. Trib. Milano 23 giugno 2017, cit.

## 8. I rapporti a tempo determinato

Nella consapevolezza del dichiarato carattere settoriale dell'intenso dibattito sui rapporti a tempo determinato<sup>137</sup>, si è a ragione sottolineato che il “contenzioso” si è “concluso solo il 19 novembre 2015 quando a seguito dell’approvazione della legge 13 luglio 2015, n. 107, lo Stato italiano – come richiesto dalla Commissione ai fini dell’archiviazione della procedura – ha disposto l’assunzione ‘in ruolo’ di larga parte del personale precario occupato nelle scuole: una ‘stabilizzazione’ (...), accompagnata dal riconoscimento dei diritti economici propri della nuova posizione, in particolare relativi alle ferie e agli incrementi stipendiali connessi agli scatti di anzianità”<sup>138</sup>. La sintesi è acuta, soprattutto perché mette in luce come la soluzione delle interminabili discussioni abbia trovato riscontro in una regolazione apposita, diversa dal pure travagliato diritto del lavoro pubblico<sup>139</sup>, in nome di una spiccata settorialità, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, per cui, “per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato alla copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell’organico di diritto. Esso è volto a garantire all’intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie a esaurimento (...), permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati)”<sup>140</sup>.

Se non è qui opportuno ripercorrere il lungo itinerario che ha condotto alla legge n. 107 del 2015<sup>141</sup>, sono possibili alcune considerazioni di insieme. Tale disciplina non ha rimosso le condizioni organizzative causative dell’abuso incontrollato dei contratti a tempo determinato, spesso sistema ordinario di impostazione dell’attività, in contrasto non solo con il decreto legislativo n. 368 del 2001<sup>142</sup>, ma persino con l’art. 36 del decreto n. 165 del 2001<sup>143</sup>. Neppure chi sia animato dal più sfrenato ottimismo potrebbe cogliere

<sup>137</sup> V. AIMO, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>138</sup> V. RUSSO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 282 ss.

<sup>139</sup> V. PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 225 ss.

<sup>140</sup> V. C. Cost. 15 giugno 2016 n. 187, in *LG*, 2016, p. 882.

<sup>141</sup> V. AIMO, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>142</sup> V. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, 2010, p. 373 ss.

<sup>143</sup> V. SCARPONI, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, in *LPA*, 2012, p. 983 ss.

nella legge n. 107 del 2015 un impianto non solo destinato a durare, ma in grado di fissare un accettabile raccordo fra rapporti a tempo indeterminato e a termine<sup>144</sup>. Il cuore della legge n. 107 del 2015 è il piano straordinario, intorno al quale l'intera strategia è stata pensata, in un dialogo ragionevole con le istituzioni comunitarie e per il superamento delle meritate critiche della Corte di giustizia<sup>145</sup>.

Non a caso, questa scontata lettura è stata confermata dalla giurisprudenza di legittimità, per cui, “nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine, devono essere qualificate misure proporzionate, effettive, a sufficienza energetiche e idonee a sanzionare l'abuso e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario con la stabilizzazione prevista nella legge n. 107 del 2015 per il personale docente, sia nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo, sia in quello in cui vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie a esaurimento”<sup>146</sup>. L'impostazione è ragionevole, per la comprensione dell'intervento normativo, appunto di “stabilizzazione”, molto più che di impostazione di criteri duraturi, in grado di evitare il ripetersi dei medesimi fenomeni. Né altera il quadro la precisazione per cui “l'immissione in ruolo non impedisce la proponibilità di domande per risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli esclusi dall'immissione in ruolo stessa”, con l'onere di allegazione e di prova addossato al lavoratore<sup>147</sup>. Tale lettura è coerente con la legge n. 107 del 2015 e il principio è di sporadica applicazione, se non altro per la difficoltà di identificare e di dimostrare simili pregiudizi.

Se il nostro sistema scolastico e persino quello giudiziale non potevano fare a meno della legge n. 107 del 2015, per l'impellente necessità di trovare una soluzione a un proliferare di giudizi ormai fuori controllo, le critiche sconsolate alla scelta prescrittiva sono condivisibili, quando si lamenta la sostanziale vanificazione all'abituale giurisprudenza della Corte costituzionale sull'importanza del concorso<sup>148</sup>; l'accettazione unanime<sup>149</sup>, o quasi, dell'esito

<sup>144</sup> V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 613 ss.

<sup>145</sup> V. C. Giust. 26 novembre 2014 C-22/13, *Mascolo c. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*.

<sup>146</sup> V. Cass. 7 novembre 2016 n. 22552, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>147</sup> V. Cass. 29 dicembre 2016 n. 27384, in *Rep. GI*, 2016.

<sup>148</sup> V. RUSSO, *op. cit.*, p. 292 ss.

<sup>149</sup> Come si dice, “il piano straordinario di assunzioni di docenti rappresenta disposizione

in qualche modo compromissorio della legge n. 107 del 2015 non suona solo come il riconoscimento dell'utilità di una composizione del conflitto<sup>150</sup>. Più in profondità, la disciplina è il segnale dell'inesistenza di una sintesi riconducibile al diritto comune e con basi sistematiche più organiche della semplice "stabilizzazione", la quale ha il merito di sedare i contrasti per un qualche lasso di tempo e il maggiore demerito di porre la premessa per il loro probabile ripetersi.

Se non si trova nella legge n. 107 del 2015 una ristrutturazione complessiva del nostro sistema educativo, l'esito è buono per i precari di oggi, non per evitare il rinnovarsi della stessa questione, poiché, nella dialettica alquanto composita, per non dire confusa, fra le istituzioni e gli apparati ministeriali e nella scarsa plausibilità di un espletamento rapido dei concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato, la logica delle supplenze dovrebbe condurre in breve a probabili illegittimità, destinate ad accumularsi. L'unica alternativa, impossibile per l'ordinamento comunitario e contraria a basilari sentimenti di giustizia, sarebbe stata quella di escludere l'operare dei vincoli generali sui rapporti a tempo determinato per il personale docente, ma, per un verso, non vi era nessuna razionale giustificazione e, per altro verso, ciò avrebbe leso in modo irreparabile fondamentali esigenze di giustizia distributiva. Riportata almeno da questo punto di vista a un dialogo con il diritto comune, la scuola pubblica ha dimostrato di non poterne rispettare i criteri.

A conferma del fatto che la legge n. 107 del 2015 è un compromesso provvisorio, si può ricordare che, per la Corte costituzionale, occorre in via transitoria "un bilanciamento delle esigenze di piena realizzazione della professionalità dei docenti di ruolo con quelle volte a consentire il più ampio accesso possibile ai ruoli dell'amministrazione. Che solo i docenti non di ruolo siano inseriti nelle graduatorie è giustificato dalla finalità di tutela del diritto a una occupazione stabile, da riconoscersi con priorità in favore di chi ancora ne sia privo"<sup>151</sup>. Proprio a proposito della legge n. 107 del 2015, si

idonea a sanare l'illegittimo comportamento dello Stato italiano sia per il beneficiario, con una riparazione per equivalente più soddisfacente di quella risarcitoria, sia per il diritto dell'Unione, ferma la possibilità, nel caso di abusiva reiterazione di assunzioni a termine, del risarcimento di eventuali danni ulteriori e diversi, ove allegati e provati" (v. Trib. Milano 27 febbraio 2017, in *Rep. GI*, 2017).

<sup>150</sup> V. Trib. Milano 2 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017.

<sup>151</sup> V. C. Cost. 20 luglio 2016 n. 192, in *Rep. GI*, 2016, per cui "il complessivo quadro normativo non rivela una compressione delle aspettative dei docenti di ruolo alla piena realizzazione

è subito soggiunto che “la disciplina censurata esclude dai concorsi pubblici per il reclutamento (...) coloro che siano stati assunti con contratti a tempo indeterminato nelle scuole statali”<sup>152</sup>, ma non vi sono più le condizioni per l’ulteriore accettazione di questi criteri, in quanto “l’obbiettivo del temporaneo assorbimento del precariato è perseguito dal piano straordinario di assunzioni”, mentre, per quelle cosiddette “a regime”, “la finalità di assorbimento (...), in quanto legata a esigenze di natura straordinaria, non è (...) replicabile in riferimento al sistema ordinario di reclutamento, il quale presuppone il superamento della prospettiva dell’emergenza, attraverso il raggiungimento degli obiettivi programmati”<sup>153</sup>. La provvisorietà della legge n. 107 del 2015 non può essere accettata qualora riguardi i lineamenti di un nuovo modello stabile; però, mentre è riuscita a definire le controversie pregresse, nello stabilire il percorso delle prossime assunzioni manca di una intelaiatura sui temi organizzativi. Nulla può fare immaginare il venire meno delle continue supplenze e del loro ripetersi oltre il limite dei trentasei mesi<sup>154</sup>, quindi in violazione dei diritti dei docenti. La difficile conciliazione fra i vincoli alla stipulazione del contratto a tempo determinato e la struttura scolastica non è stata affatto conseguita.

### 9. *I trasferimenti*

Se si andasse in cerca di segnali di incoraggiamento sul destino del nostro sistema di istruzione e di superamento degli elementi di conflitto e di rigidità organizzativa, sarebbe meglio ignorare il piano straordinario di mobilità territoriale, il quale si è risolto in un ulteriore proliferare delle controversie, viste le pretese ministeriali di spostare gli insegnanti senza un limite, come se fosse indifferente per la produttività individuale rendere la prestazione sull’uno o sull’altro capo del territorio nazionale. Il meccanismo di selezione era così lucido da avere portato una parte della giurisprudenza a

professionale, le quali possono trovare soddisfazione attraverso forme e modalità diverse dalla conservazione dell’inserimento nelle graduatorie, a tal fine venendo in rilievo l’istituto della mobilità professionale e la facoltà del dirigente scolastico di utilizzare, a date condizioni, i docenti in classi di concorso diverse da quelle per le quali sono abilitati”.

<sup>152</sup> V. C. Cost. 6 dicembre 2017 n. 251, in *VTDL*, *sito*, 2018.

<sup>153</sup> V. C. Cost. 6 dicembre 2017 n. 251, *cit.*

<sup>154</sup> V. RUSSO, *op. cit.*, p. 292 ss.

sostenere che, “poiché a ogni docente era chiesto di inserire nella domanda tutti gli ambiti territoriali e la comparazione non è eseguita in ciascuno, in quanto l’assegnazione deve avere luogo sulla base di graduatorie stilate per ogni singola sede con soddisfazione prioritaria degli insegnanti che avevano indicato tale sede come la prima delle proprie preferenze, è possibile che, nella graduatoria di ogni sede, risultino preferite in modo legittimo persone con un punteggio inferiore ad altre posposte”<sup>155</sup>.

Seppure non persuasiva<sup>156</sup>, la conclusione non è affatto distonica dalla lettera della legge n. 107 del 2015 e da successivi accordi sindacali, con il discreto demerito di avere pensato a un sistema di selezione basato sul concetto di ambito territoriale, con il possibile esito ultimo descritto, di assoluta irrazionalità<sup>157</sup>. Con un certo coraggio e con un meritorio disprezzo per il profilo testuale, per altre decisioni, “poiché a ogni docente era chiesto di inserire nella domanda tutti gli ambiti (...), occorre effettuare graduatorie relative a ciascuno, procedendo a scalare sulla base delle preferenze espresse, affinché possa avere luogo una razionale comparazione, basata sul merito, in ogni circoscrizione”<sup>158</sup>. Questo orientamento ridisegna un modello più equo<sup>159</sup>, ma con la sovrapposizione delle scelte pretorie alle indicazioni prescrittive<sup>160</sup>; se non ci si inganna, è questo lo spirito di tali pronunce<sup>161</sup> ed è anche il loro pregio, cioè di non arrestarsi di fronte all’abituale e pervicace irrazionalità normativa.

Se mai, ci si può domandare se il ... maestro di Vigevano avrebbe pensato, pure nel suo sconforto e davanti alle oppressive lamentele coniugali, che sarebbe arrivato a un punto nel quale, per sfuggire al precariato, avrebbe dovuto affrontare un piano straordinario di mobilità, con il rischio di essere spostato in un punto remoto dello Stato. Per altro verso, ci si deve chiedere quale criterio di corretta impostazione della collaborazione abbia in animo

<sup>155</sup> V.Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

<sup>156</sup> Nello stesso senso, cfr. Trib. Milano 10 marzo 2017, in *VTDL*, sito, 2017.

<sup>157</sup> V. Cass., sez. un., 10 aprile 2018 n. 8821, in *VTDL*, sito, 2018, per cui, “con riguardo alle controversie concernenti l’attuazione del piano straordinario di mobilità territoriale previsto dalla legge n. 107 del 2015, la giurisdizione è del giudice ordinario, anche qualora si discuta degli atti generali, come l’ordinanza ministeriale n. 241 del 2016, che può essere disapplicata come atto presupposto”.

<sup>158</sup> V.Trib. Reggio Emilia 9 febbraio 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

<sup>159</sup> Nello stesso senso, v. Trib. Vercelli 3 gennaio 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

<sup>160</sup> In questo senso, v. Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., cit.

<sup>161</sup> V.Trib. Napoli 12 marzo 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

il Ministero se considera opportuno sradicare i suoi docenti dalla loro residenza e ritiene produttivo mandarli in sedi molto lontane, con un procedimento di definizione della destinazione tanto complesso da avere provocato un vivace dibattito. Inoltre, per le decisioni favorevoli alle tesi dello stesso Ministero, “è possibile che, nella graduatoria di ogni sede, risultino preferite in modo legittimo persone con un punteggio inferiore ad altre posposte”<sup>162</sup>, con una soluzione con riscontro nel testo, ma causatrice di una evidente ingiustizia.

Se l’alternativa al precariato è la definizione arbitraria del luogo di lavoro, senza neppure la garanzia del rispetto del merito in ciascuna graduatoria, ci si deve domandare quando mai la nostra scuola avrà pace, nonostante gli auspici della legge n. 107 del 2015, almeno alla fine della fase transitoria<sup>163</sup>. L’allontanamento dai principi del decreto n. 165 del 2001 si accompagna all’oblio delle logiche privatistiche in senso stretto e il sovrapporsi di fonti conduce più al disordine che alla razionalizzazione, soprattutto se si dimentica come, a livelli retributivi modesti, sia più indispensabile che utile lavorare vicino al luogo di residenza. Come avrebbe spiegato il maestro di Vigevano, proprio perché oppresso per decenni da rapporti di lavoro precari, con disponibilità patrimoniali contenute e con alternative professionali limitate, almeno l’insegnante vuole praticare il ruolo del buon genitore, secondo canoni di comportamento e di impostazione della presenza sociale che il legislatore avveduto dovrebbe incoraggiare. L’idea della mobilità territoriale spregiudicata è contraria a qualunque modello organizzativo, se si vuole un rapporto proficuo fra l’istituzione e i suoi insegnanti<sup>164</sup>.

Né si può attendere molto dal dirigente, se non si crea un ragionevole patto sociale fra il sistema pubblico e i protagonisti di qualsiasi prospettiva educativa, vale a dire gli insegnanti<sup>165</sup>. Il chiamare la riforma con il rinvio alla “buona scuola” è stato un esempio dell’autoironia involontaria della quale la precedente maggioranza parlamentare era maestra. L’episodio del piano straordinario di mobilità e le numerose controversie cui ha condotto sono la sintesi di quanto l’istruzione avrebbe dovuto evitare, vale a dire una contrapposizione fra le esigenze personali e morali dei docenti e l’esercizio di

<sup>162</sup> V. Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., cit.

<sup>163</sup> V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 633 ss.

<sup>164</sup> V. ALFIERI, *Luci e ombre della riforma della scuola (legge n. 107 del 2015)*, in *JT*, 2015, p. 429 ss.

<sup>165</sup> V. DAPAS, VIOLA, *Il dirigente scolastico nell’era della “buona scuola”*, in *LPA*, 2015, p. 83 ss.



un potere del datore di lavoro costruito senza considerazione per le basilari necessità dei destinatari. Spostarli per il Paese, oltre tutto sulla base di procedimenti tanto complessi da non garantire neppure il successo dei migliori in ciascun ambito territoriale, almeno per un orientamento giurisprudenziale, è stato il frutto della dimenticanza per l'unica condizione di possibile successo dell'istruzione, l'accreditamento degli insegnanti.

Ciò può essere insufficiente, se non riescono lo stesso a svolgere la loro funzione, per loro carenze culturali ed etiche. Tuttavia, a volere rimanere sul versante organizzativo, non vi può essere scuola, non solo "buona", ma neppure normale, se non si creano condizioni di vita e di lavoro accettabili per chi deve insegnare. Come ha capito il maestro di Vigevano, almeno nel corso della storia, se non quando ha formulato le sue originarie scelte professionali, a partire dagli anni '60 il nostro modello sociale è diventato ostile alla vocazione dei docenti e ai loro criteri ordinari di comportamento. Solo il superamento di questa diffidenza fra Stato e insegnanti può dare qualche speranza alla scuola, con idee opposte a quelle del piano straordinario di mobilità voluto dalla legge n. 107 del 2015. La relativa carenza di personale in alcune regioni non si supera rendendo infelici decine, se non centinaia di dipendenti, e l'opposta convinzione della legge n. 107 del 2015 è il sintomo dell'evidente irrazionalità del legislatore storico, dimentico di quali presupposti di franca collaborazione consentano l'efficienza di qualsiasi struttura, a maggiore ragione di una in cui si creano beni immateriali, come l'amore per la cultura e il senso del dovere individuale, irraggiungibili senza serenità di animo.

#### 10. *Qualche linea prospettica*

Il superamento della forte diffidenza fra lo Stato e i suoi insegnanti richiederebbe gli sforzi di generazioni, lo stesso periodo impiegato per approfondire e dilatare la frattura, oggi messa in luce dal costante ricorso alla mediazione giudiziale. Né aiuta la "stabilizzazione", se mai risposta provvisoria e indotta dalle pronunce giudiziali, poiché sana in parte le contrapposizioni del passato, ma non è la premessa per alcuno stabile patto, in nome della centralità del sistema educativo pubblico. Di scarso rilievo è l'ultimo contratto collettivo nazionale e poco importa il fatto che siano state accorpate categorie prima disciplinate in modo separato, poiché l'accordo sugli insegnanti resta specifico e di modesto rilievo, in una materia nella quale è centrale la legge. Come era stato promesso,

ma non realizzato, sarebbe necessaria, ma non sufficiente una revisione delle fonti legali, a partire dal decreto n. 297 del 1994. La separazione fra la regolazione del rapporto degli insegnanti e quello dei rimanenti impiegati dovrebbe trovare riscontro in un testo apposito, con l'accantonamento del decreto n. 297 del 1994, comunque legato a una inattuale logica pubblicistica.

Una sorta di diritto comune sull'attività degli insegnanti, imperniato sia sulle procedure di selezione, sia sul contratto individuale, può essere codificato con una revisione complessiva del decreto n. 297 del 1994 e delle fonti successive, e con un meritorio riordino, in specie se si eviteranno soluzioni irrazionali sulla mobilità, si accontenterà la più che comprensibile propensione dei docenti alla stabilità sul territorio e si risolverà il problema posto dall'autonomia delle istituzioni. Poiché questa ultima scelta non sembra più modificabile, occorre cambiare l'idea iniziale alla base del decreto n. 297 del 1994 e limitare gli interventi degli apparati ministeriali, con il riconoscimento delle implicazioni della citata autonomia, a partire dall'attribuzione alla singola istituzione del potere e del dovere di provvedere alla sua costituzione in giudizio. Frutto di una visione accentrata della scuola, il decreto n. 297 del 1994 può essere variato con il perfezionamento e l'accrescimento degli ambiti decisionali dei dirigenti e con la fine delle iniziative ministeriali, del resto fra le cause costanti dell'inefficienza del nostro sistema educativo.

Una scuola senza il Ministero può sembrare una novità rilevante e certo imprevedibile; se negli ultimi decenni si sono sovrapposti costanti errori, una qualche svolta deve essere immaginata, e di queste distorsioni continue il Ministero è stato il primo responsabile, senza alcuna realistica speranza di una inversione di tendenza, se non in nome di una tardiva "stabilizzazione". Il recupero di un patto sociale fra lo Stato e i docenti può muovere dalla piena responsabilità dei dirigenti, con una assegnazione di quelle risorse concentrate con pochi benefici negli organismi periferici dell'inefficiente Ministero. Questa pure necessaria trasformazione non è sufficiente, in carenza di una riflessione coraggiosa sui livelli retributivi, premessa di un migliore accreditamento sociale. Però, a tale riguardo, il diritto può poco, poiché vengono in primo piano le compatibilità finanziarie e la tradizionale incapacità del nostro Paese di decidere sulla scorta di una realistica ponderazione dell'utilità pubblica delle singole funzioni. Se quella educativa è cruciale per il nostro destino collettivo, è ... consequenziale, per l'imprevidenza e l'irrazionalità del legislatore, che sia trascurata nell'assegnazione delle opportunità economiche, come è accaduto da molti decenni.

Pagati male e sottoposti alle contumelie dei coniugi, secondo l'esempio del maestro di Vigevano, almeno gli insegnanti dovrebbero essere lasciati in una struttura autonoma, più vicina al modello delle università degli studi che a quello delle attuali istituzioni, in cui le decisioni più rilevanti sono degli apparati ministeriali. Se, poi, si riflettesse su una revisione drastica delle strategie finanziarie, si riconoscerebbe che il docente deve operare come professionista e il suo accreditamento dipende anche da un reddito da avvicinare a quello dei medici, piuttosto che a quello dei bidelli. Sul punto, il giurista non può fare molto di più della *laudatio temporis acti*, cioè di quelle fasi storiche nelle quali l'insegnamento aveva riconoscimento collettivo e attraeva i giovani migliori. Almeno, quando si creano i presupposti per centinaia di trasferimenti di persone da un capo all'altro del Paese con un bizzarro piano straordinario di mobilità, non si dica che si vuole una scuola "buona". Se al legislatore non spettano giudizi etici, tanto meno su se stesso, non compete neppure l'inganno come ordinaria strategia comunicativa.

### Abstract

Il contributo ha ad oggetto alcune considerazioni sul rapporto di lavoro degli insegnanti. L'autore prende le mosse dalla specificità della disciplina del personale docente della scuola sia prima che dopo la privatizzazione del pubblico impiego.

Si tratta di un rapporto di lavoro in cui convivono elementi privatistici ed elementi pubblicistici. Infatti, nonostante la maggiore autonomia che le istituzioni scolastiche hanno ricevuto a seguito della privatizzazione, è da rilevare che i dirigenti non hanno la titolarità di tutti i poteri del datore di lavoro. Questa distonia è alla base del cattivo funzionamento del sistema scolastico che ha determinato l'insorgere di numerose controversie giudiziali.

Nell'ultima parte del saggio l'autore si sofferma sul riparto di giurisdizione in materia di graduatorie; sulla larga diffusione dei contratti a tempo determinato e sulla legge di stabilizzazione del 2015 e sui trasferimenti dei docenti in seguito alle suddette procedure di stabilizzazione.

The essay makes some considerations about the employment relationship of teachers. The author starts his reasoning from the specificity of the law concerning the teaching staff, either before and after the privatization of public employment.

In these employment relationships, there are private and public elements. Indeed, despite the greater autonomy that educational institutions received after their privatization, it is important to point out that senior executives don't have every typical power normally given to an employer. This contradiction is one of the causes of the bad functioning of the educational system, which determined the arise of several judicial disputes.

In the last part of the essay, the author analyses the division of jurisdiction concerning rankings, the spread of fixed – term employment contracts, the law of stabilization of 2015 and the teaching staff transfers as a result of the procedures of stabilization.

### Key words

Rapporto di lavoro degli insegnanti, specialità, sistema delle graduatorie, contratti a tempo determinato, stabilizzazioni, trasferimenti.

Employment relationship of teachers, specificity, ranking system, fixed term employment contracts, stabilizations, transfers.

## Stefano Bellomo

### Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione\*

**Sommario:** **1.** Gli accordi transnazionali di contrasto alla crisi economica, le conseguenti trasformazioni ordinamentali e la loro incidenza sulle decisioni della Corte costituzionale in materia di diritti sociali. **2.** La dimensione previdenzial-lavoristica come naturale terreno di confronto fra le istanze di protezione sociale e il vincolo di finanza pubblica scaturente dal nuovo art. 81 Cost. **3.** La sentenza n. 10 del 2015 e l'iniziale avallo alla tesi del pareggio di bilancio come "superprincipio". **4.** I differenti approcci della Corte alla tematica del raffronto tra vincoli di bilancio e diritti sociali: le sentenze n. 70 del 2015 e 250 del 2017. **5.** (*Segue*) Le tecniche decisorie sperimentate nella giurisprudenza costituzionale del triennio 2015-2017: gradualità, considerazione dei costi, effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità. **6.** La ridefinizione dei termini del bilanciamento nella sentenza n. 275 del 2016: la salvaguardia del "nucleo invalicabile" dei diritti sociali come controlimite rispetto al vincolo dell'equilibrio di bilancio.

#### *1. Gli accordi transnazionali di contrasto alla crisi economica, le conseguenti trasformazioni ordinamentali e la loro incidenza sulle decisioni della Corte costituzionale in materia di diritti sociali*

La ragione che ha indotto gli organizzatori di questo convegno, dedicato ma dovrebbe forse dirsi (anche se il termine rischia di apparire enfatico) consacrato – anche simbolicamente, considerata la data in cui è stato organizzato il nostro incontro – al patrimonio ideale e al complesso di valori etici e giuridici condensati nella nostra Costituzione, a rivolgere lo sguardo verso i recenti apporti della Corte costituzionale volti all'armonizzazione tra

\*Testo rielaborato dalla relazione svolta nell'ambito dell'incontro di studio in Attuazione della Carta e giurisprudenza della Corte costituzionale – quattro casi esemplari, organizzato presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro il 22 dicembre 2017, nel quadro delle celebrazioni per il 70° anniversario dell'approvazione della Costituzione.

i due generali predicati di senso, formale e materiale, della Carta, è facilmente intuibile.

Questo perché appare del tutto evidente come chiunque intenda approcciare i temi dell'attualità e della vitalità dei valori costituzionali con lo sguardo della contemporaneità non possa esimersi dal prendere in considerazione il contributo fondamentale costantemente apportato dalla Corte costituzionale come primo interprete ed insostituibile fautore della modernità di una Costituzione la cui contestualizzazione storica (circoscritta o meno che sia al fatidico pomeriggio del 22 dicembre di settant'anni fa) continua ad apparire per molti versi come una possibile *deminutio* di significato, stante la ben più marcata vocazione della nostra Carta fondamentale a connettersi alla "cultura del futuro"<sup>1</sup> anche grazie alla sua spiccata elasticità testuale<sup>2</sup>. Si tornerà tra poco sul punto, con riferimento alle generali connessioni tra giurisprudenza costituzionale ed evoluzione (sia interpretativa sia normativa) del diritto del lavoro.

Ciò che, al momento, appare più utile rimarcare, al fine di rendere manifeste da subito le linee generali lungo le quali ci si indirizzerà nello sviluppo di questo contributo, è la crescente importanza del ruolo attualmente svolto dalla Corte Costituzionale, più ancora che come garante della conformità delle leggi a singole e specifiche disposizioni costituzionali, quale principale artefice del corretto bilanciamento, da parte del legislatore, tra diversi principi e valori costituzionali, in primo luogo di quelli espressi dall'ordinamento interno e che in esso dovrebbero trovare un'armonica ed equilibrata composizione.

La puntualizzazione non appare pleonastica. Come rammentato da Luigi Mengoni nella relazione al Convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei per un precedente anniversario, il cinquantesimo, della Carta costituzionale, "costituzionalizzare un catalogo organico e dettagliato di diritti sociali significa trasformare la realizzazione dello Stato sociale, per la quale è prioritaria la decisione circa le risorse finanziarie disponibili, da questione di valutazione politica in una questione di interpretazione costituzionale e di bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti, tra loro in concreto

<sup>1</sup> Per usare le parole di BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, p. 7; cfr. anche, in argomento, OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte Costituzionale. Percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Giuffrè, 2010, sul punto, p. 41 ss.

<sup>2</sup> Evidenziata, recentemente, da PASTORE, *Costituzione e tempo*, in DPE, gennaio 2015, [www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/costituzione-pastore.pdf](http://www.edizioniesi.it/dperonline/data/uploads/articoli/costituzione-pastore.pdf).

collidenti; significa, dunque, spostare in parte la competenza dal Parlamento al potere giudiziario e, in definitiva, al giudice delle leggi”<sup>3</sup>.

Il quadro ordinamentale preso a riferimento da Mengoni, rispondente nei suoi principali tratti strutturali a quello attuale, ha tuttavia subito alcuni significativi cambiamenti<sup>4</sup> soprattutto laddove, nei periodi più recenti, la Corte ha finito nella sostanza per operare anche, in via mediata, come stanza di compensazione delle tensioni ordinamentali generate dall’assoggettamento del nostro Paese ai condizionamenti della discrezionalità legislativa in tema di spesa pubblica derivanti dalle limitazioni pattizie intervenute a livello sovranazionale al fine di fronteggiare gli effetti della crisi economica globale; mi riferisco ovviamente alle restrizioni derivanti dal *Fiscal Compact* del 2012. Strumenti che trovano la loro dimensione applicativa nell’ancor imperfetta e non pienamente allineata giustapposizione di piani riscontrabile nella struttura multilivello dello spazio giuridico europeo<sup>5</sup>.

Questo perché, per venire al risolto più immediato e rispondente agli schemi operativi consueti di tale influenza, la Corte è stata ripetutamente chiamata negli ultimi anni a tener conto dell’impatto di questi vincoli, oggi ben più stringenti che nel passato, sui tradizionali impianti argomentativi sperimentati nel corso degli anni.

L’estensione dei *significanti* giuridicamente rilevanti, il cui più visibile punto di intersezione, nella prospettiva del giudizio di costituzionalità, trova il suo punto di confluenza nell’attuale testo dell’art. 81 Cost. ed in particolare nel principio dell’equilibrio di bilancio sancito nei commi primo, secondo e sesto di tale articolo e più circostanziatamente declinato dalla legge “rinforzata” n. 243 del 24 dicembre 2012, ha inciso in maniera particolarmente profonda sul bilanciamento sottostante al riconoscimento di quelle posizioni giuridiche riconducibili alla vasta area dei diritti sociali<sup>6</sup> e soprattutto a quelle

<sup>3</sup> La relazione è stata pubblicata in *ADL*, 1998/1, p. 1 ss., con il titolo *I diritti sociali*. La citazione riportata nel testo è a p. 40.

<sup>4</sup> Cfr. in argomento, LIETO, PASQUINO, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *QC*, n. 2/2015, p. 351 ss.

<sup>5</sup> Sulle problematiche connesse alla tutela multilivello dei diritti fondamentali “alla prova della crisi” cfr., da ultimo, SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al XXVIII Convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *RAIC*, n. 4/2013, [www.rivistaaic.it/relazione-al-xxviii-convegno-annuale-dell-aic-crisi-economica-e-diritti-fondamentali.html](http://www.rivistaaic.it/relazione-al-xxviii-convegno-annuale-dell-aic-crisi-economica-e-diritti-fondamentali.html), spec. par. n. 6. V. anche la ricerca elaborata nel 2015 dal Servizio Studi della Corte Costituzionale su *Diritti sociali e vincoli di bilancio* ed ivi l’introduzione di MARCHESE, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU\\_272.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_272.pdf).

<sup>6</sup> Per un primo quadro generale dei contenuti e delle problematiche scaturenti dalla mo-

collocabili all'interno della più circoscritta sottocategoria dei diritti finanziariamente condizionati – come vengono denominati a partire dalla sentenza n. 455 del 16 ottobre 1990: ossia di quei diritti, prevalentemente ma non esclusivamente connessi ai sistemi di *Welfare*, il cui “costo” ed in particolare il cui impatto sulle finanze pubbliche è ineludibilmente non solo suscettibile, ma fisiologicamente bisognoso di misurazione *a priori* ed il cui esercizio e la cui promozione sono più direttamente connessi all'effettivo e per così dire proattivo allestimento della relativa e concreta “strumentazione” attuativa<sup>7</sup>; la quale a sua volta, per il proprio funzionamento, necessita dell'appostamento delle relative risorse, prevalentemente poste a carico del bilancio statale e di quello degli enti locali<sup>8</sup>.

2. *La dimensione previdenzial-lavoristica come naturale terreno di confronto fra le istanze di protezione sociale e il vincolo di finanza pubblica scaturente dal nuovo art. 81 Cost.*

Le ricadute di questa necessaria ridefinizione da parte della Corte delle generali coordinate del bilanciamento tra diritti sociali e vincoli di bilancio appaiono a maggior ragione significative in un settore dell'ordinamento quale quello delle norme lavoristiche e previdenziali, nel quale la giurisprudenza costituzionale, così come quella ordinaria, hanno storicamente ed in-

difica costituzionale v. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *LD*, 2013, p. 357 ss., spec. p. 377 ss. nonché, ancor più differenziato, CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, *Aracne*, 2012, spec. pp. 95 ss.

<sup>7</sup> In senso conforme BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *EGT*, 1989, vol. XI, p. 30 ss.

<sup>8</sup> Sull'autonomia concettuale, nell'ambito della categoria generale dei diritti sociali, dei diritti a prestazione, cfr., in particolare, LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Manlio Mazzioffi di Celso*, Cedam, 1995, p. 97 ss., sul punto, pp. 118-121. La tematica è stata recentemente ripresa dall'autore nello scritto su *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, rielaborazione della relazione svolta al Convegno “Per i sessant'anni della Corte costituzionale”, in *RAIC*, 2016, n. 3, [www.rivistaaic.it/diritti-sociali-e-livelli-essenziali-delle-prestazioni-pubbliche-nei-sessant-anni-della-corte-costituzionale-631.html](http://www.rivistaaic.it/diritti-sociali-e-livelli-essenziali-delle-prestazioni-pubbliche-nei-sessant-anni-della-corte-costituzionale-631.html), sul punto, p. 6. Sulla connessione tra diritti sociali a prestazione e principio di necessaria copertura della spesa derivante dall'art. 81 nella formulazione anteriore alla riforma del 2012, PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giappichelli, 1994, p. 548 ss.



cisivamente operato, seguendo l'ormai classica impostazione teorica di Rodolfo Sacco, come formanti dotati di un pronunciato carattere di prevalenza, alle cui manifestazioni è stato costantemente attribuito valore determinante non solo in chiave risolutiva di cruciali contrasti interpretativi, ma anche ai fini della stessa costruzione dei relativi istituti giuridici.

Considerazione a conferma della quale possono essere richiamati molteplici e significativi esempi, i quali spaziano dalle numerose pronunce volte alla definizione dei connotati giuridici dello sciopero succedutesi nel tempo a partire dai primi anni sessanta del secolo scorso<sup>9</sup> alle fondamentali sentenze additive in tema di salvaguardia dei crediti retributivi mediante l'applicazione di un regime speciale di prescrizione dei relativi diritti (problematica, per inciso, tornata prepotentemente in auge dopo le modifiche introdotte dalle riforme del 2012-2015 ed in particolare con il ridimensionamento dell'area di stabilità "reale" e sulla quale, a seguito di tali novità legislative, la Corte potrebbe essere di qui a poco nuovamente chiamata a pronunciarsi<sup>10</sup>), di imprescindibili garanzie procedurali da riconoscere nell'ipotesi di licenziamento causalmente ricollegato a mancanze disciplinari<sup>11</sup>; per giungere, più recentemente, al decisivo intervento del 2013 sulla valorizzazione dell'oggettivo potenziale di rappresentatività espresso dai soggetti sindacali ai fini dell'accesso alle prerogative accordate dallo Statuto dei lavoratori anche nei casi in cui l'attività di promozione degli interessi collettivi, pur tradottasi in oggettive dimostrazioni del possesso di un'adeguata capacità negoziale, non sia culminata nella stipulazione di un accordo, non potendo la meritevolezza dell'azione sindacale dipendere dall'elemento in parte esogeno del consenso datoriale<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Pionieristica, in questa prospettiva, la trattazione di CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1971.

<sup>10</sup> Per lo stato attuale di tale problematica si veda, da ultimo, GADALETA, *La prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore subordinato e gli "equivoci" della giurisprudenza*, in *DRI*, 2017, p. 851 ss. e, in precedenza, MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, I, p. 546 ss.

<sup>11</sup> Per un quadro d'insieme v. AMBROSO, FALCUCCI (a cura di), *Lavoro - la Giurisprudenza costituzionale*, Ediz. Poligrafico e Zecca dello Stato, nelle due edizioni del 1986 (aggiornata poi al 1989) e del 2006.

<sup>12</sup> Il riferimento è rivolto alla nota e commentatissima sentenza additiva che ha dichiarato parzialmente incostituzionale per contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost. l'art. 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300, "nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negozia-

La specificità, definizione che risulta più appropriata potendo apparire eccessivo parlare di una vera e propria originalità prospettica, della dimensione giuslavoristica, ha trovato diverse occasioni di conferma, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, anche e proprio nella giurisprudenza costituzionale che nell'ultimo triennio ha iniziato a confrontarsi con le ricadute sistematiche dell'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio nell'art. 81 Cost. ed alla rilevanza di tale principio nei giudizi di costituzionalità, tanto di quelli proposti in via principale quanto di quelli introdotti in via incidentale (con l'avvertenza che in questa sede si assumerà quale punto di osservazione esclusivamente il secondo di questi due versanti).

Non pare revocabile in dubbio, infatti, che con riferimento a tali ricadute e con particolare riguardo all'incidenza di questo principio sulle motivazioni della Corte, soprattutto nell'ambito del sindacato di ragionevolezza delle misure di contenimento dei costi derivanti dall'esercizio di determinati diritti sociali, la "valutazione di impatto" di questa innovazione legislativa si sia considerevolmente arricchita di risvolti e contenuti, in buona misura problematici, nel momento in cui i giudizi di costituzionalità hanno riguardato disposizioni legislative vertenti su diritti previdenziali e retributivi dei lavoratori subordinati; sicché le relative pronunce, a partire dalla sentenza n. 70 del 30 aprile 2015, rappresentano indubbiamente il momento di svolta di un dibattito che al momento ha trovato il suo momento conclusivo, per una singolare circolarità, proprio con la pronuncia che si è espressa in merito al provvedimento legislativo emanato per fronteggiare gli effetti della pronuncia del 2015, ossia la sentenza n. 250 del 2017, la cui motivazione è stata depositata lo scorso 1 dicembre.

### 3. *La sentenza n. 10 del 2015 e l'iniziale avallo alla tesi del pareggio di bilancio come "superprincipio"*

Faccio personalmente ammenda se, per economia espositiva e mercé la mia posizione di osservatore esterno del dibattito giuscostituzionalista, ricorro all'espedito di riassumere a mò di antefatto la fase iniziale di un itinerario assai complesso ed ancora ben lontano da un approdo finale. Pur

zione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda" (C. Cost. 23 luglio 2013 n. 231).

considerando la strutturale e fisiologica inidoneità dell'art. 81 Cost., in linea generale, ad assumere una connotazione di immediata giustiziabilità, ad operare cioè in via diretta come parametro dei giudizi di legittimità costituzionale (ipotesi che in ipotesi assolutamente astratta potrebbe concretizzarsi con assoluta certezza solo con riferimento alla legge di approvazione del bilancio previsionale)<sup>13</sup>, all'indomani della modifica del 2012 molti interpreti<sup>14</sup> hanno posto in evidenza la pregnanza potenzialmente assai più elevata che nel passato del principio dell'equilibrio (non del pareggio) di bilancio, configurandone una sorta di *upgrade* al livello di "elemento attivo del bilanciamento"<sup>15</sup> e non più di limite esterno dello stesso<sup>16</sup>, con conseguenti e significativi riflessi limitativi dei concreti poteri di intervento della Corte; ciò con particolare riguardo all'eventuale pronuncia di sentenze additive di prestazione, peraltro da sempre al centro di un intenso dibattito tra gli studiosi di giustizia costituzionale proprio in ragione della loro incidenza sulla spesa pubblica.

Ha iniziato, in termini più espliciti, a farsi strada l'idea e per alcuni la preoccupazione che rispetto ad un passato anche recente nel quale il tema dell'incidenza delle decisioni di accoglimento sul fabbisogno dello Stato veniva sì avvertito dalla Corte costituzionale, ma sul piano ed a livello di valutazioni generali e di una complessiva "attenzione"<sup>17</sup>, la costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio potesse venire a tradursi in un vincolo ordinamentale e quindi motivazionale maggiormente cogente/stringente rispetto ai consolidati trascorsi di giurisprudenza costituzionale.

Pur in assenza di dirette connessioni che non siano quelle della comune

<sup>13</sup> In argomento, MADAU, *L'incidenza del nuovo articolo 81 Cost. sui giudizi di legittimità costituzionale: prime osservazioni*, in <http://www.contabilita-pubblica.it>.

<sup>14</sup> In particolare v. AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svolto in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Giuffrè, 2014, con contributi di Silvestri, Luciani M., Mare e Sarcinelli, Tosato, Onida, nonché AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Quaderno de *Il Filangieri*, 2011 (edito a fine 2012), con contributi di Brancasi, Perna, De Ioanna, Tosato, Lupo, Salerno, Cabras, Goretti, Scaccia, Bifulco, Decaro.

<sup>15</sup> CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *FQC*, n. 5/2015, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>16</sup> Sebbene la qualificazione di tale vincolo come limite esterno al bilanciamento non fosse generalmente condivisa anche prima della riforma del 2012. In argomento, si veda CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *GCost*, 1998, p. 1170 ss. (spec. p. 1178 ss.).

<sup>17</sup> Come ricordato da POLITI, *Il "costo" delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di L. Paladin*, Jovene, 2004, IV, p. 1753 ss., sul punto, p. 1757.

matrice europea delle rispettive dinamiche di riforma<sup>18</sup>, nondimeno appare significativa, quanto meno sul piano delle generali linee evolutive dei rispettivi sistemi giuridici, la simultaneità tra l'introduzione di tale principio e l'avvio di un ciclo di riforma della legislazione del lavoro che, a partire dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 ed ancor più incisivamente con la legge 10 dicembre 2014 n. 183 e la sua copiosa legislazione attuativa, ha assunto le sembianze di una profonda rivisitazione di alcuni componenti e tratti fondamentali del diritto del lavoro (alla quale alcuni interpreti hanno ritenuto di annettere il significato di un vero e proprio cambio di paradigma<sup>19</sup> ovvero di mutamento genetico<sup>20</sup> di questo settore dell'ordinamento). Una sostanziosa riscrittura che ha comportato una decisa riparametrazione del preesistente apparato di tutele con l'obiettivo, per usare il lessico del *Jobs Act*, di renderlo maggiormente coerente con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale ed in ultima analisi con l'accresciuta rilevanza delle caratteristiche e delle tendenze del substrato economico quali necessarie premesse di ogni sviluppo quali-quantitativo dell'occupazione<sup>21</sup>.

Tornando alle conseguenze della modifica costituzionale, è stata prospettata, quale conseguenza ultima e concreta di questa elevazione del principio bilancistico a "limite attuativo" di qualsivoglia pronuncia della Corte costituzionale, quella della sua ascesa al rango di super principio<sup>22</sup> o super-norma costituzionale, per usare le parole di Gustavo Zagrebelsky<sup>23</sup>. Espres-

<sup>18</sup> Da un lato tali impulsi si sono concretizzati negli obblighi promananti dal *Fiscal Compact*, dall'altro nell'implementazione delle riforme indicate dai vertici della Banca Centrale Europea, Jean-Claude Trichet e Mario Draghi, nella nota lettera riservata inviata il 5 agosto 2011 al Governo italiano al fine di arginare l'allora preoccupante perdita di valore sui mercati dei titoli di Stato italiani.

<sup>19</sup> PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *LD*, 2016, p. 17 ss.

<sup>20</sup> Cfr. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 322/2017*.

<sup>21</sup> Per indicazioni puntuali sull'attuale congiuntura occupazionale favorevole (senza entrare nel merito dell'acceso dibattito sul più o meno intenso collegamento eziologico tra l'odierna fase di crescita e le recenti riforme), cfr., da ultimo, la Nota trimestrale sulle tendenze dell'occupazione redatta in forma congiunta dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Istat, Inps, Inail ed Anpal riferita al III trimestre 2017, pubblicata lo scorso 19 dicembre.

<sup>22</sup> CIOLLI, *op. cit.*, alla nota n. 9. In argomento cfr. anche BRANCASI, voce *Bilancio (equilibrio di)*, in *ED*, *Annali VII*, 2014, p. 167 ss., spec. p. 178 ss.

<sup>23</sup> *Dalla Corte scelta difficile ma l'equilibrio di bilancio non può essere lasciata all'arbitrio della politica*, intervista a *La Repubblica* del 9 maggio 2015.

sioni, queste ultime, con le quali si è voluto alludere, si può aver ragione di ritenere, ad una sopravvenuta attribuzione di priorità se non ancor più recisamente di decisività, da parte dell'ordinamento, a quei "limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione [dei diritti costituzionali condizionati] in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento" (così la sentenza n. 455 del 1990). Laddove, viceversa, con riferimento ai percorsi argomentativi seguiti dalla Corte sino alla riscrittura della disposizione costituzionale, era stato acutamente osservato come "proprio nel momento in cui vi si è richiamata, la Corte ha in realtà escluso che le disponibilità di bilancio configurino un argomento insuperabile in sede di giurisdizione costituzionale"<sup>24</sup>.

Un primo e profondamente innovativo intervento della Corte in materia tributaria, la sentenza n. 10 dell'11 febbraio 2015, aveva in larga parte dato corpo e sostanza a tali predizioni, nella parte in cui, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che sancivano un appesantimento del prelievo fiscale nei confronti delle imprese petrolifere (ossia della c.d. *Robin tax* introdotta dall'art. 81, co. 16, 17 e 18 del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133) per contrasto con il principio di ragionevolezza e con quello di progressività, la Corte costituzionale ha tuttavia statuito l'irretroattività degli effetti della propria decisione: l'adozione di questa soluzione è stata giustificata con la considerazione secondo la quale l'adozione di una decorrenza temporale diversa avrebbe dato luogo ad "una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.", determinando "uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime" (paragrafo 8 del "Considerato in diritto")<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> PINELLI, *op. cit.*, p. 552.

<sup>25</sup> I commenti a questa sentenza sono stati innumerevoli, sicché il corredo dei richiami non può che essere parziale. Dato atto di tale incompletezza, possono essere richiamati gli scritti di CIOLLI, *op. cit.*; POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), aprile 2015; LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *RAIC*, n. 2/2015; MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge*

Ora, è facile intuire che la prospettata anteposizione di tale limite anche con riferimento alla tematica dei diritti sociali darebbe luogo alla duplice, inedita conseguenza, da un lato, di un forte irrigidimento della graduazione, almeno a livello di vertice, del complesso di principi e valori costituzionali di cui la Corte è chiamata a tener conto nello scrutinio di legittimità costituzionale; laddove la fissità di tale graduazione è stata tradizionalmente ritenuta non plausibile, stante “la non predeterminabilità in assoluto, una volta per tutte, dei loro rapporti reciproci di sovra o sotto ordinazione” (così C. Cost. 1 aprile 1992 n. 149).

Come rimarcato, del resto, dalla stessa sentenza n. 10 del 2015, “la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”; così come sono numerose ed ancor più ampio il loro seguito, le tesi argomentate in sede scientifica a dimostrazione della improponibilità di distinzioni tra i diritti enunciati dalla Costituzione che non si limitino al piano descrittivo della loro diversa origine storica<sup>26</sup>; impostazione che riecheggia per alcuni versi l’insegnamento di Norberto Bobbio, da taluni ritenuto definibile come espressione di “relativismo sociologico”<sup>27</sup>, sull’impossibilità di rinvenire un fondamento assoluto dei diritti umani (inclusi alcuni diritti sociali quali quelli riconducibili all’area della previdenza sociale) diverso da quello della loro contingente sostenibilità sociale, politica, tecnico/tecnologica ed economica<sup>28</sup>.

Ed ancora, come evidenziato in un importante precedente della Corte frequentemente richiamato nelle motivazioni delle sentenze più recenti, nella vigenza del precedente testo dell’art. 81 e con riguardo alla sua valenza di

*e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiu-risidionalismo costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, n. 1; PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *CO*, n. 1/2015, p. 220 ss.; SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore “Senzaterra”*, *ivi*, 2015, n. 1, p. 232 ss.

<sup>26</sup> Per tutti, LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, cit., p. 116; RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, 1997, spec. p. 54 ss.; per l’affermazione, nella giurisprudenza costituzionale, dell’inesistenza di una rigida gerarchia tra diritti fondamentali, la recente quanto nota sentenza sul “caso Ilva” (Corte cost. n. 85 del 2013, paragrafo 9 del *Considerato in diritto*).

<sup>27</sup> Cfr. la recente rassegna critica di ZEZZA, *Il fondamento dei diritti umani nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *www.dialetticae filosofia.it*.

<sup>28</sup> BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, 1997, III ed., pp. XVIII-XXIV.

tendenziale principio di equilibrio finanziario, “ritenere che quel principio sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte. In altri termini, non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio dello Stato o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale” (C. Cost. 25 maggio 1990 n. 260 e si veda altresì l’altrettanto importante C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85, entrambe richiamate dalla sentenza n. 10 del 2015)<sup>29</sup>.

Per altro verso e in termini ancor più dirompenti, il conferimento del rango di argomento principe al principio dell’equilibrio di bilancio, della conseguente (relativa? Sino a che punto?) intangibilità di quest’ultimo, abbinato al già consolidato argomento della temporanea comprimibilità dei diritti sociali in ragione della contingente situazione di crisi, frequentemente utilizzato dalla Corte a supporto della valutazione di ragionevolezza delle relative misure (cfr. tra le altre C. Cost. 18 luglio 2014 n. 219; C. Cost. 17 dicembre 2013 n. 310) avrebbe potuto implicare delle generali ricadute sistematiche ben più ampie, sostanzialmente legittimando la sostanziale traslazione (parziale ma tendenzialmente illimitata e potenzialmente inarrestabile) dei diritti finanziariamente condizionati nell’area delle norme programmatiche, la cui effettiva attuazione finirebbe per dipendere esclusivamente dalla discrezionalità del legislatore esercitabile nella allocazione delle poste di bilancio<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Evidente l’assonanza con il pensiero di Pinelli riportato in precedenza nel testo e alla nota 23. Sull’importanza di tale richiamo alla sentenza n. 260/90, da ultimo, RIVOSECCHI, *L’equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *RAIC*, n. 3/2016, sul punto, p. 22.

<sup>30</sup> Sul punto, recentemente, il contributo, sul quale si tornerà, di CIOLLI, *I diritti sociali “condizionati” di fronte alla Corte Costituzionale*, in *RGL*, 2017, II, p. 353 ss., sul punto, p. 357. Più in generale, per l’incompatibilità con il disegno costituzionale di un riconoscimento di diritti “che sono diritti fondamentali solo se e quando le risorse disponibili o la situazione economica lo consente”, CARLASSARE, *Diritto di prestazione e vincoli di bilancio*, in *COS*, n. 3/2015, p. 139, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

4. *I differenti approcci della Corte alla tematica del raffronto tra vincoli di bilancio e diritti sociali: le sentenze n. 70 del 2015 e 250 del 2017*

Rispetto al descritto quadro di argomenti, tutti convergenti verso il primato del principio dell'equilibrio di bilancio, tuttavia, la successiva giurisprudenza costituzionale che è stata direttamente chiamata, entrando nello specifico previdenzial-lavoristico, a pronunciarsi su leggi limitative delle risorse destinate al finanziamento di prestazioni ricollegabili a diritti sociali non ha proseguito lungo linee di così radicale discontinuità rispetto al passato come quelle che erano state ritenute ricavabili dalla sentenza n. 10 del 2015.

Al contrario e come si dirà meglio più avanti, si è registrato un graduale incremento di attenzione e di sensibilità verso l'impostazione favorevole alla salvaguardia di quello che, mutuando l'espressione usata dalla Corte costituzionale nel più significativo di questi recenti interventi ossia la sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016, appare definibile come il "nucleo invalicabile" dei diritti sociali, inteso come soglia intangibile di prestazioni che in ossequio alle distinte previsioni costituzionali che li riconoscono, l'ordinamento deve in ogni caso garantire ai rispettivi titolari.

Questa sequenza di pronunce ha avuto inizio, come è noto, con la sentenza n. 70 del 2015, che ha dichiarato incostituzionale la norma di legge del 2011 (art. 24, co. 25, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, conv. dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214) che aveva disposto il blocco dei meccanismi di rivalutazione automatica delle pensioni, anche di quelle di importo significativamente ridotto (a partire da 1.405 euro lordi mensili nel 2011) per gli anni 2012 e 2013 per irragionevole contrasto con il principio di proporzionalità e sufficienza retributiva e soprattutto con l'altro principio costituzionale di adeguatezza delle prestazioni previdenziali.

La sentenza n. 70 si colloca in posizione eccentrica entro un filone che aveva sempre visto respinte le impugnazioni sollevate verso precedenti provvedimenti di contenuto analogo<sup>31</sup>, anche perché o proprio perché si trattava, va evidenziato, di provvedimenti meno o per nulla incisivi, per così dire, sui trattamenti pensionistici di più ridotto importo; aspetto, quest'ultimo, che ha assunto rilevanza decisiva nella valutazione della Corte e che ha indotto

<sup>31</sup> Per una completa ed attenta disamina dei trascorsi della giurisprudenza costituzionale con riferimento all'intero spettro delle tematiche previdenziali, D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, spec. cap. II, p. 79 ss.



un autorevole studioso di diritto previdenziale a parlare di una decisione annunciata<sup>32</sup>.

Il riferimento è rivolto principalmente al raffronto con la motivazione della precedente sentenza n. 316 dell'11 novembre 2010, nella quale era stato formulato il monito, a mente del quale “la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità, perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta”<sup>33</sup>. Notazione, quest'ultima, significativa ma non risolutiva ed anzi rivelatrice di un limite argomentativo della sentenza del 2015, laddove nel precedente del 2010, appena prima del capo di sentenza evocato a supporto della declaratoria di incostituzionalità, la Corte precisava che “la garanzia costituzionale della adeguatezza e della proporzionalità del trattamento pensionistico, cui lo strumento della perequazione automatica è certamente finalizzato, incontra il limite delle risorse disponibili. A tale limite il Governo e il Parlamento devono uniformare la legislazione di spesa, con particolare rigore a presidio degli equilibri del sistema previdenziale”. Ma ogni valutazione relativa a questo “controlimite” è stata omessa dalla Corte nella motivazione della sentenza n. 70 grazie al *non liquet* di cui si dirà di qui a poco.

Al di là della contrapposizione con la precedente sentenza n. 10, secondo molti più apparente che reale (stante la profonda eterogeneità tra le posizioni giuridiche coinvolte nelle due differenti fattispecie), la sentenza n. 70 ha suscitato reazioni contrastanti ed in particolare è stata sottoposta a critica sotto diversi aspetti: oltre ai profili già richiamati, sono stati ritenuti non condivi-

<sup>32</sup> SANDULLI, *La “telenovela” costituzionale della perequazione pensionistica (Corte cost. n. 70/2015)*, in [www.mefop.it](http://www.mefop.it); per un diffuso e puntuale commento alla sentenza si vedano altresì gli articoli di BOZZAO, *L'“adeguatezza retributiva” delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015; D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, in *RDSS*, 2015, p. 319 ss.; si veda, altresì, il volume collettivo BARBIERI, D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, pubblicato tra i *Collective volumes* (n. 4/2015) dei *Working Papers CSDLE “Massimo D'Antona”*, consultabile in <http://csdle.lex.unict.it>, con interventi di Balboni, Bozzao, Cinelli, De Ioanna, Pessi, Sandulli, Sgroi.

<sup>33</sup> L'assunto della consequenzialità tra le motivazioni della sentenza n. 316 del 2010 e la n. 70 del 2015 viene sottoposto a serrate critiche da MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, anch'esso apparso in *Federalismi.it*, n. 10/2015.

sibili, tra gli altri, il mancato esame della questione di costituzionalità della norma scrutinata in rapporto agli artt. 2, 3 23 e 53 Cost., in contrasto con diversi precedenti in tema di natura tributaria delle decurtazioni dei trattamenti pensionistici<sup>34</sup>, così come è apparsa a vari commentatori non troppo solidamente argomentata la tesi della “necessarietà costituzionale”<sup>35</sup> dei meccanismi di adeguamento automatico delle pensioni come implicazione inevitabilmente discendente dalla connessione tra gli artt. 36 e 38 Cost.; tesi che da un lato sorvola sulla differenziazione strutturale tra la retribuzione-corrispettivo e la natura pubblicistica, permeata di venature solidaristiche, dei trattamenti previdenziali, dall’altra mal si concilia con il riconoscimento da parte della stessa Corte costituzionale della modificabilità *pro futuro* della disciplina pensionistica a salvaguardia dell’equilibrio di bilancio<sup>36</sup>.

Non è andata esente da critiche nemmeno la posizione assunta dalla sentenza con riferimento alla questione qui esaminata del rapporto tra i diritti previdenziali e la loro incidenza sul bilancio pubblico.

Su questo punto la Corte costituzionale ha molto perentoriamente ritenuto non meritevole di esame il profilo connesso alle esigenze di bilancio sottostanti al provvedimento di temporanea limitazione del meccanismo perequativo muovendo al legislatore, potrebbe dirsi, un addebito non di merito ma di metodo: rilevando, cioè, come il generico riferimento della legge alla “contingente situazione finanziaria” quale ragione determinante della misura contenitiva non consentisse di trarre con chiarezza dal suo “disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento”.

Affermazione, quest’ultima, che già di per sé non si concilia agevolmente con il precedente *iter* argomentativo della sentenza, in apparenza più radicalmente orientato in direzione dell’inammissibilità di interventi di forte contenimento della perequazione. Questo perché, pur non reputando di adentrarsi in un esame di merito, la Corte ha lasciato intravedere margini per l’ipotetico raggiungimento di conclusioni di segno contrario (cioè nel senso

<sup>34</sup> Da ultimo C. Cost. 5 giugno 2013 n. 116 e 11 ottobre 2012 n. 223: in argomento cfr., in particolare, ZUCCHELLI, *Corte costituzionale 10 marzo 2015, n. 70 - Illegittimità costituzionale dell’articolo 24, comma 25 del decreto legge 6 giugno 2011, n. 201, convertito con modificazioni dall’articolo 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214*, in *Federalismi.it*, n. 21/2015.

<sup>35</sup> Per l’esclusione dell’avvenuta “costituzionalizzazione” della perequazione automatica si veda, invece, Cass. 9 agosto 2003 n. 12055.

<sup>36</sup> Cfr. C. Cost. 27 dicembre 1996 n. 417, 2 luglio 1997 n. 211 e, sulle medesime posizioni, Cass. 12 agosto 2014 n. 17892.

della legittimità costituzionale della compressione dei diritti pensionistici) laddove tale prevalenza fosse stata “argomentativamente” corroborata da una più circostanziata “giustificazione contabile”<sup>37</sup>.

Ma va soprattutto osservato come su questo versante il ragionamento svolto dalla Corte è parso caratterizzato da una certa incompiutezza. Ciò in quanto la sentenza si è limitata a considerare il *prius*, ossia la formulazione della norma scrutinata, ma ha ommesso ogni considerazione e valutazione in merito al *posterius*, ossia alle conseguenze della sua declaratoria di incostituzionalità sul versante delle finanze pubbliche, con particolare riferimento alla sua potenziale incidenza sul saldo di bilancio.

In merito a questo aspetto e nella scia di numerose opinioni espresse in tal senso negli ultimi anni, è stato osservato, proprio con riferimento a tale sentenza, come “l’introduzione in Costituzione del principio dell’equilibrio di bilancio e la scelta di tener conto dei costi delle sentenze (non già al fine dell’applicazione alle stesse dell’art. 81 Cost., che sarebbe un grave errore bensì) al fine di conciliare al meglio multiple esigenze di protezione di beni costituzionali impone non solo che si abbia certezza sui dati economico-finanziari, ma anche che questa emerga in modo trasparente nella motivazione delle pronunce”<sup>38</sup>.

Nel recente passato, del resto, la Corte si era rivelata maggiormente sensibile a questa esigenza, dapprima attraverso l’emanazione di ordinanze istruttorie aventi lo scopo di acquisire informazioni sugli oneri finanziari conseguenti ad eventuali pronunce di accoglimento e successivamente con l’istituzione nel 1995 di un ufficio apposito, che è stato però successivamente soppresso<sup>39</sup>.

Con riferimento alla tematica dei costi è altresì necessario svolgere un’altra considerazione, sempre connessa alla problematica dell’impatto di questa pronuncia sulle finanze pubbliche.

<sup>37</sup> Coglie il punto ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 458 ss., quando evidenzia che “nel caso in cui un provvedimento di ridimensionamento (in riallocazione) della spesa pubblica risultasse razionale ovvero coerente rispetto a un disegno complessivo, il legislatore tornerebbe padrone di determinare, all’esito del processo democratico parlamentare, la propria razionalità, nel merito sottratta al giudizio della Corte” (*ivi*, p. 471).

<sup>38</sup> LUCIANI M., *Diritti sociali*, cit., p. 11.

<sup>39</sup> PINELLI, *op. cit.*, p. 552; cfr. anche, sul punto, SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, parlamento e corte costituzionale*, Giuffrè, 2006, p. 250. Per l’ammissione che anche nel caso esaminato dalla Corte e deciso con la sentenza n. 70/15 sarebbe apparso opportuno l’utilizzo dello strumento dell’ordinanza istruttorie, SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *CO*, n. 2/2015, p. 516 ss., sul punto, p. 521.

Anche a prescindere dal sostanziale agnosticismo espresso dalla Corte in merito alla giustificazione della misura di contenimento che è stata dichiarata incostituzionale, la constatazione dell'irragionevole, ad avviso della Corte, sacrificio imposto ai titolari di pensioni di importo più ridotto avrebbe imposto, secondo alcune opinioni, l'adozione di un provvedimento decisorio di tipo diverso, come un'additiva di principio.

Si è, invece, addivenuti ad una generale declaratoria di incostituzionalità dei provvedimenti limitativi mediante l'emanazione di una sentenza di spesa che, azzerando per tutti i potenziali destinatari gli effetti del provvedimento legislativo di contenimento della perequazione, ha non solo generato un onere potenziale di 21 miliardi di euro a fronte del quale il Governo si è comunque trovato a dover immediatamente predisporre delle contromisure, ma che per di più, sul piano sistematico, si è risolta nella fagocitazione della rilevanza accordata al principio di uguaglianza sostanziale nel profilo dell'uguaglianza formale<sup>40</sup>, stante la generale estensione, a *tutti* i trattamenti pensionistici ed indipendentemente dal loro importo, della rimozione del blocco perequativo (estensione scongiurata solo *a posteriori* giusta l'assunzione di responsabilità "riparatrice" da parte del legislatore).

Una ulteriore conseguenza pratica di questo appiattimento degli effetti della pronuncia di incostituzionalità è stata scorta nell'assoluta marginalizzazione di un profilo come quello della solidarietà intergenerazionale (posto che gli oneri aggiuntivi derivanti dalla sentenza non avrebbero potuto che essere posti a carico dei futuri esercizi e dunque, soprattutto, delle nuove generazioni<sup>41</sup> di lavoratori ancora non pensionati); profilo il cui carico di responsabilità è stato integralmente posto a carico di un legislatore "dell'emergenza finanziaria" che è stato peraltro lasciato esposto alle critiche di chi ha ritenuto inaccettabile il tentativo di recupero *ex post* di tale coerenza solidaristica, assumendo che qualunque intervento di contenimento degli effetti della sentenza si sarebbe tradotto in una "deliberata elusione" della decisione della Corte costituzionale<sup>42</sup>.

I motivi dominanti della sentenza n. 70 sono stati ripresi, necessaria-

<sup>40</sup> Nello stesso senso i rilievi critici di FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *DRI*, 2015, p. 840 ss. (sul punto, p. 843).

<sup>41</sup> Tra gli altri, per questa notazione, STERPA, *Una "lettura intergenerazionale" della sent. n. 70 del 2015*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015.

<sup>42</sup> Così ESPOSITO, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *www.osservatorioaic.it*, maggio 2015.

mente, nella motivazione della recentissima sentenza n. 250/17, depositata lo scorso 1 dicembre, nella quale la Corte ha esaminato le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti del provvedimento “rimediabile” (ossia dell’art. 1 del d.l. 21 maggio 2015 n. 65, conv., con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2015 n. 109) che, proprio al fine di fronteggiare le conseguenze economiche della sentenza n. 70, aveva operato una riscrittura delle disposizioni dichiarate incostituzionali con lo specifico intento di rendere maggiormente graduale il sacrificio economico della limitazione dei meccanismi di adeguamento, introducendo una sua conservazione parziale per i trattamenti pensionistici fino a sei volte il trattamento minimo. Gradualità che è stata oggi considerata favorevolmente dalla Corte costituzionale con una motivazione che riflette in termini speculari e ribalta l’addebito di opacità (a sua volta tutt’altro che limpido, per le ragioni già illustrate), mosso al legislatore nella sentenza del 2015, proprio facendo leva sulla ragionevole giustificazione dell’intervento contenitivo ricavabile dalle relazioni contabili allegate al disegno di legge, soprattutto al fine di comprovare il contemporaneo con i principi dell’equilibrio di bilancio e con gli obiettivi di finanza pubblica<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Nella motivazione della sentenza n. 250 del 2017 si legge, in particolare “lo scopo dell’intervento è di ‘dare attuazione ai principi enunciati nella sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015, nel rispetto del principio dell’equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica, assicurando la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale’ (alinea dell’art. 1, comma 1, del d.l. n. 65 del 2015). Le disposizioni citate trovano dettagliata illustrazione nella ‘Relazione’, nella ‘Relazione tecnica’ e nella ‘Verifica delle quantificazioni’ relative al disegno di legge di conversione di tale decreto (A.C. n. 3134). In tali atti parlamentari sono riferiti i dati contabili che confermano l’impostazione seguita dal legislatore, nel quadro delle regole nazionali e europee. Alla luce di tali elementi, deve ritenersi che, diversamente dalla disciplina oggetto della sentenza n. 70 del 2015, dal disegno complessivo dei denunciati commi 25 e 25-bis emergono con evidenza le esigenze finanziarie di cui il legislatore ha tenuto conto nell’esercizio della sua discrezionalità. Nell’attuazione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità dei trattamenti pensionistici tali esigenze sono preservate attraverso un sacrificio parziale e temporaneo dell’interesse dei pensionati a tutelare il potere di acquisto dei propri trattamenti. L’osservanza di tali principi trova conferma nella scelta non irragionevole di riconoscere la perequazione in misure percentuali decrescenti all’aumentare dell’importo complessivo del trattamento pensionistico, sino a escluderla per i trattamenti superiori a sei volte il minimo INPS. Il legislatore ha dunque destinato le limitate risorse finanziarie disponibili in via prioritaria alle categorie di pensionati con i trattamenti pensionistici più bassi”.

5. (Segue) *Le tecniche decisorie sperimentate nella giurisprudenza costituzionale del triennio 2015-2017: gradualità, considerazione dei costi, effetti temporali della declaratoria di incostituzionalità*

Gradualità e considerazione dei costi, per riprendere la tassonomia recentemente sviluppata proprio con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali<sup>44</sup>, vanno quindi profilandosi, almeno a livello tendenziale e come si è veduto non senza seri incidenti di percorso, come le tecniche decisorie mediante le quali la Corte sta procedendo ad assimilare il nuovo art. 81 Cost. nel sistema dei valori costituzionali e conseguentemente nell'insieme dei parametri di giudizio: tecniche che hanno trovato nuove e diverse occasioni di applicazione, ad esempio, nella pronuncia che è pervenuta al riconoscimento della legittimità costituzionale dell'ulteriore misura contenitiva del contributo di solidarietà introdotta dalla legge di stabilità 2014 a carico dei titolari di trattamenti pensionistici di importo più elevato. Tale misura è stata ritenuta, da un lato, rispettosa dei criteri di progressività e proporzionalità<sup>45</sup>, dall'altro, è stata valutata come ragionevole in considerazione della sua giustificatezza, stante l'effettività delle condizioni di crisi del sistema previdenziale (sentenza n. 173 del 13 luglio 2016<sup>46</sup>).

Appare espressione della medesima logica anche la più recente sentenza n. 124 del 26 maggio 2017 che collocandosi sul crinale tra diritti retributivi e tutele previdenziali e nella prospettiva della "tutela sistemica" delle esigenze di vita del lavoratore approntata dall'ordinamento attraverso la disciplina del cumulo tra pensione e retribuzione, ha dichiarato la legittimità costituzionale del limite massimo di cumulo tra pensioni e retribuzioni a carico di enti pubblici al di sopra del tetto annuo di 240.000 euro, corrispondente alla retribuzione del Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Accanto a queste tecniche ha continuato ad essere coltivata quella che,

<sup>44</sup> LUCIANI M., *Diritti sociali*, cit., p. 9 ss.

<sup>45</sup> Per un'applicazione di tali criteri nella giurisprudenza costituzionale portoghese, con la sentenza n. 187/2013 che ha dichiarato la parziale incostituzionalità (con riferimento alle norme di riduzione dei salari per i dipendenti pubblici e di sospensione delle mensilità aggiuntive per i titolari di pensioni) MONTEIRO FERNANDES, *L'austerità e l'“uguaglianza proporzionale”*. *Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *LD*, 2013, p. 339 ss.

<sup>46</sup> Anche in questo caso la Corte ha omesso l'esame dell'eccezione di costituzionalità della norma impugnata per contrasto con l'art. 81 Cost. sulla base dell'inconferenza di tale parametro, "disciplinando la disposizione censurata non già una nuova spesa o maggiori oneri, ma un'entrata".

come già visto, era stata utilizzata in via esclusiva e con valenza determinante nella sentenza n. 10 del 2015, incentrata sugli effetti temporali dell'eventuale accoglimento delle questioni di costituzionalità. Tecnica nuovamente sperimentata nella pronuncia del 2015 che ha dichiarato l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 39 Cost. delle norme che a partire dal 2010 avevano determinato la sospensione delle procedure di contrattazione collettiva per i lavoratori dipendenti dalle pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, con un conseguente blocco protrattosi *ex lege* per cinque anni e destinato nei fatti a prolungarsi sino ai nostri giorni (sino, in particolare, alla sottoscrizione il 23 dicembre 2017 del nuovo CCNL del personale del comparto funzioni centrali).

Il *vulnus* delle prerogative sindacali ha costituito l'unico, decisivo, motivo di accoglimento, mentre con riguardo alla lamentata violazione dell'art. 36 Cost. la Corte ha ritenuto non persuasive le ordinanze di rimessione, soprattutto in considerazione della durata temporale comunque delimitata della sospensione, nonché alla luce della "pregressa dinamica delle retribuzioni nel lavoro pubblico, che, attestandosi su valori più elevati di quelli riscontrati in altri settori, ha poi richiesto misure di contenimento della spesa pubblica" (valutazione che a questo fine la Corte ha ritenuto di poter operare autonomamente, a differenza di quella relativa all'incidenza del "blocco", ovvero della sua rimozione, sui conti pubblici, come si dirà meglio tra poco).

Nel qualificare come irragionevole il bilanciamento tra le esigenze di contenimento della spesa retributiva a carico del bilancio statale<sup>47</sup> e la compressione eccessivamente prolungata del diritto fondamentale all'esercizio dell'autonomia collettiva quale fisiologica concretizzazione della libertà di organizzazione sindacale garantita dall'art. 39 Cost. oltre che dalle numerose convenzioni e dai trattati internazionali richiamati dalla sentenza, la Corte è infatti addivenuta ad una declaratoria di incostituzionalità *ex nunc*, ossia con effetto a partire dalla data di pubblicazione della stessa sentenza. Rispetto alla decisione n. 10 del 2015.

Tale posticipazione degli effetti non è stata motivata, questa volta, dall'esigenza di rispetto degli equilibri di bilancio: diversamente, la Corte si è

<sup>47</sup> Esigenza che pur potrebbe in astratto giustificare provvedimenti di temporanea sospensione delle procedure contrattuali e dei connessi incrementi retributivi, come puntualizzato dalla Corte nella sentenza n. 178 del 23 luglio 2015 e già ammesso nella precedente sentenza n. 189 del 16 luglio 2012, relativa ad analogo provvedimento di contenimento della spesa pubblica adottato dalla Provincia autonoma di Bolzano con riferimento al proprio personale.

limitata a statuire laconicamente come tale illegittimità costituzionale si fosse “palesata appieno” solo al momento della decisione, senza esplicitare il fondamento logico-giuridico di tale asserzione.

La relativa imperscrutabilità di tale passaggio della motivazione non è stata considerata dai commentatori come un passaggio marginale del complessivo impianto argomentativo della sentenza. È stato, al contrario rilevato che la Corte, avendo ritenuto di qualificare incostituzionale solo *pro futuro* il blocco della contrattazione collettiva avendo constatato un ridimensionamento dell'intensità della crisi economica tale da non giustificarne più la protrazione, avrebbe dovuto quanto meno esplicitare gli elementi e gli argomenti posti a fondamento di tale constatazione così come gli elementi a sostegno della stessa, sulla base della stessa logica seguita nella sentenza n. 70 del 2015<sup>48</sup>.

Non è mancato però chi, come Sabino Cassese, ha ritenuto pragmaticamente condivisibile questa soluzione offrendone una lettura “orientata alle conseguenze”<sup>49</sup>, ossia reinterpremandola proprio alla luce del “sottotesto” ricavabile dal principio dell'equilibrio di bilancio; una rilettura che ha indotto questo autore, si diceva, a valutare favorevolmente la pronuncia “perché mostra che la Corte è consapevole dei limiti degli effetti distributivi delle proprie decisioni. Se la Corte, con sentenze che hanno grande impatto sulla spesa pubblica, obbliga il Parlamento a riallocare grandi quantità di risorse, non solo produce squilibri di bilancio, ma priva di tutela altri titolari di diritti”<sup>50</sup>.

Per altro verso e sempre privilegiando la prospettiva degli effetti sostanziali della pronuncia, occorre anche considerare come – avendo la Corte escluso, come già rammentato, che la pur prolungata sospensione delle procedure contrattuali abbia determinato una discesa dei trattamenti retributivi al di sotto della soglia di sufficienza e proporzionalità qualificata come invalicabile dall'art. 36<sup>51</sup>, primo comma, Cost. – qualunque ipotetica decorrenza

<sup>48</sup> Cfr. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, in *QG*, 27 luglio 2015; PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta?»*, in *FQC*, n. 8/2015; MOCHEGGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, *ibidem*.

<sup>49</sup> Sull'argomento consequenzialista è doveroso, di nuovo, il richiamo a MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Giuffrè, 1996, p. 91 ss.

<sup>50</sup> CASSESE, *Una corte che rispetta i vincoli di bilancio*, commento pubblicato dal *Corriere della sera* del 25 giugno 2015.

<sup>51</sup> Nello stesso senso si è espresso recentemente il Tribunale di Roma con una sentenza



retroattiva avrebbe potuto avere un'incidenza pratica ridotta se non nulla. Ciò tanto sul fronte dei trattamenti economici, dal momento che dall'inizio del "blocco" fino al 2016 nessuno stanziamento è stato a tal fine previsto nelle leggi di stabilità (come previsto, a regime, dall'art. 48, co. 1, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165) e che, quindi, la relativa contrattazione non avrebbe potuto riguardare, come di fatto è stato, gli esercizi successivi al 2015, quanto sul versante dei trattamenti normativi, riferiti a prestazioni del resto già svolte (e comunque, per le ragioni già illustrate, non suscettibili di "riapprezzamento" economico neppure in via retroattiva, dal momento che la sentenza n. 178 non ha riscontrato alcun pregiudizio di danno dei lavoratori pubblici sul fronte della garanzia costituzionale di sufficienza e proporzionalità della retribuzione)<sup>52</sup>.

Di qui l'ineludibile operatività *pro futuro* dello "sblocco" della contrattazione, i cui effetti concreti hanno iniziato a manifestarsi solo dal 1 gennaio 2016, a seguito dell'inserimento in bilancio delle relative poste economiche, successivamente incrementate per l'anno 2017<sup>53</sup>.

depositata lo scorso 24 luglio, a fronte di analoga contestazione sollevata anche con riferimento al periodo successivo all'emanazione della sentenza ed alla luce del successivo lungo intervallo di tempo intercorso prima della sottoscrizione del primo contratto collettivo successivo alla declaratoria di incostituzionalità (intervenuta, per il personale dello Stato, ossia del comparto funzioni centrali, solo il 23 dicembre 2017).

<sup>52</sup> A conferma, la recente sentenza del Tribunale di Roma, Sezione lavoro, n. 6577 del 24 luglio 2017, pronunciandosi tra l'altro sulla domanda di adeguamento del trattamento economico e normativo dei dipendenti dei comparti pubblici anche con riferimento al periodo intercorrente tra il deposito della sentenza n. 178/15 ed il 31 dicembre 2015, ha respinto in blocco tale domanda rilevando come in ogni caso il *dies a quo* della riattivazione delle procedure di contrattazione collettiva e della decorrenza dei relativi avrebbe necessariamente dovuto essere fissato al 1 gennaio 2016, in conseguenza dell'avvenuto stanziamento delle risorse destinate al rinnovo dei contratti collettivi nazionali dei comparti pubblici per il triennio 2016-2018.

<sup>53</sup> È stata a tal proposito osservato come "la Corte ha sollecitato il legislatore statale a svolgere il suo compito di dare nuovo impulso all'ordinaria dialettica contrattuale...in quanto il carattere essenzialmente dinamico e procedurale della contrattazione collettiva non può che essere ridefinito dal legislatore, nel rispetto dei vincoli di spesa, lasciando impregiudicati, per il periodo già trascorso, gli effetti economici derivanti dalla disciplina esaminata": così TROJSI, *Diritto alla retribuzione (e alla contrattazione collettiva) ed esigenze di finanza pubblica*, in AA.VV., *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Atti delle giornate di studio AIDLASS di diritto del lavoro, Foggia, 28-30 maggio 2015, Giuffrè, 2016, p. 332 ss., sul punto, p. 340.

6. *La ridefinizione dei termini del bilanciamento nella sentenza n. 275 del 2016: la salvaguardia del “nucleo invalicabile” dei diritti sociali come controlimito rispetto al vincolo dell’equilibrio di bilancio*

Come già evidenziato, la motivazione della sentenza n. 178 del 2015, prescindendo del tutto dalla tematica della valutazione dei costi e dall’incidenza delle limitazioni bilancistiche, si incanala con decisione sul versante delle tecniche di bilanciamento, terreno sul quale, anche alla luce dei successivi sviluppi giurisprudenziali, occorre orientarsi nella parte conclusiva di questa disamina.

È probabilmente questo, infatti, il terreno sul quale, quasi per un naturale moto oscillatorio del pendolo interpretativo che vede posizionato ad un estremo il limite finanziario ricavabile dall’art. 81 e su quello opposto i controlimiti riconducibili alla necessaria effettività dei diritti sociali, si sono registrate nel periodo più recente le novità di maggiore interesse.

La metafora può essere sviluppata esplicitando le questioni corrispondenti ai due moti opposti del pendolo, così traducibili. Nella conduzione di questo bilanciamento, a quali condizioni e soprattutto in quale misura può essere riconosciuta la prevalenza dei diritti sociali (riconosciuta dalle sentenze nn. 70 e 178 del 2015) sulle esigenze di stabilità finanziaria? Ovvero, rovesciando il quesito e assumendo il punto di vista di chi obietta come le generali ricadute finanziarie delle sentenze additive di prestazione finiscano per penalizzare la generalità dei cittadini a vantaggio di gruppi più circoscritti di beneficiari delle prestazioni medesime, sino a che punto l’esigenza di rispetto dei vincoli di stabilità di bilancio può autorizzare interventi riduttivi del contenuto dei diritti sociali senza sconfinare nell’irragionevolezza per violazione delle singole disposizioni costituzionali che li riconoscono, oltre che per lesione del principio di uguaglianza sostanziale?

Su questi interrogativi e in particolare sul secondo di essi è tornata la recente sentenza n. 275 del 2016 che ha esaminato per così dire *in vitro* una fattispecie esemplare con riferimento ai temi qui trattati, ossia quella di una legge (più specificamente una legge regionale) la quale aveva previsto che il cofinanziamento di un servizio sociale quale il servizio di trasporto degli studenti disabili potesse essere attribuito all’ente locale diretto erogatore del servizio solo “nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio”.

Prendendo le mosse dalla natura fondamentale del diritto all’istruzione

del disabile sancito dal terzo e dal quarto comma dell'art. 38 Cost., la Corte ha rilevato la contraddittorietà tra l'inclusione di tale servizio nel nucleo invalicabile di garanzie minime correlate al diritto allo studio dei disabili e l'irrimediabile pregiudizio all'effettività dello stesso scaturente dall'incertezza delle disponibilità finanziarie destinare all'erogazione di tale servizio.

Né tale contraddittorietà appare superabile dal richiamo al principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio. A tal proposito la Corte rileva che "sebbene il legislatore goda di discrezionalità nell'individuazione delle misure per la tutela dei diritti delle persone disabili, detto potere discrezionale trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati. Dunque il livello delle prestazioni dovute, mentre appare salvaguardato dalla legge regionale nel suo complesso... risulta poi vanificato dalla prescrizione contraddittoria che subordina il finanziamento da parte regionale degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente".

Nel punto centrale della motivazione, conseguentemente, viene evidenziato come "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio.. [in quanto] È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

Al di là dell'efficace ed icastica formulazione, non si tratta di principi argomentativi completamente nuovi, essendo già stata evidenziata in passato dalla Corte, anche con riferimento alla specifica materia del diritto all'istruzione dei disabili, la necessaria ed irrinunciabile salvaguardia del "nucleo indefettibile" di garanzie degli interessati (sentenze n. 80 del 26 febbraio 2010, n. 251 del 4 luglio 2008 e n. 226 del 22 giugno 2000).

Ad essere inedito è, piuttosto, il contesto, contrassegnato da una maggiore rigidità formale dell'elemento condizionale di natura economica conseguente alla riscrittura dell'art. 81 Cost. e dalla conseguente incertezza sull'attuale assetto del bilanciamento.

Con riferimento a questa problematica, le conclusioni ai cui la Corte è approdata nella sentenza n. 275/16 sono state lette da vari interpreti come

un sostanziale accoglimento della tesi del c.d. bilanciamento ineguale che implica la prevalenza, in caso di contrasto, delle ragioni dei diritti sociali su quelle giustificative delle misure di contenimento finanziario<sup>54</sup>.

Per chiarire più puntualmente la portata effettiva di questa affermazione occorre tuttavia sottolineare nuovamente come in numerosi passaggi la sentenza specifichi come tale prevalenza sia necessariamente circoscritta al nucleo incompressibile del diritto, soglia al di sopra della quale, per riprendere l'immagine, il bilanciamento con il limite delle risorse disponibili da ineguale potrebbe (il condizionale è d'obbligo) tornare paritario.

Protagonista e motivo ricorrente della giurisprudenza passata in rassegna ed autentico deuteragonista del principio dell'equilibrio di bilancio diviene, quindi, l'idea (*rectius*, il limite) del nucleo essenziale del diritto a prestazione, quale irrinunciabile punto di equilibrio tra il formale riconoscimento e la concreta attuazione dei diritti di prestazione sociale. Più che un concetto unitario<sup>55</sup>, forse, una direttrice ermeneutica, posto che la sua concretizzazione non sembra realizzabile se non in forma empirica, dovendosene desumere i connotati da ciascuno specifico contesto normativo non potendosi escludere influenze valutative promananti dalla coscienza sociale.

È quindi, dunque, quest'idea di nucleo essenziale dei diritti, così sfidante sul piano teorico, che si posiziona il più delicato e decisivo snodo della dialettica ordinamentale di cui sono stati sin qui descritti alcuni recenti episodi e le cui materializzazioni giuridiche, da declinare necessariamente al plurale, si pongono indubbiamente come uno dei più gravosi carichi di responsabilità dai quali la Corte costituzionale è attualmente gravata.

Ciò in quanto tale idea evoca il confronto, che la Corte appare ineludibilmente chiamata a comporre, tra le posizioni che scorgono nella valorizzazione di tale nucleo “una licenza per il legislatore ad attestare le prestazioni sul livello più basso”<sup>56</sup>, con implicito depotenziamento della stessa

<sup>54</sup> In particolare, si vedano i commenti di CIOLLI, *I diritti sociali “condizionati”*, cit., p. 359; FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini della recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in CO, n. 1/2017, pp. 105 ss., sul punto, p. 122. Per la compiuta formulazione dell'impostazione del bilanciamento ineguale, cfr. LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, cit., pp. 126 ss.; ID., *Diritti sociali*, cit., p. 13. Cfr. anche, in argomento, MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2012, spec. p. 150 ss.

<sup>55</sup> La cui essenza come tale, stante l'eterogeneità delle situazioni in cui appare suscettibile di applicazione, non potrebbe che apparire “sfuggente” e “inafferrabile”, come la definisce SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., p. 10.

<sup>56</sup> CIOLLI, *I diritti sociali “condizionati”*, cit., p. 360. In precedenza, per critiche di segno

idea di uguaglianza sostanziale, e l'altra impostazione che, facendo salva la non negoziabilità di "ciò che s'impone al legislatore, a qualsiasi maggioranza"<sup>57</sup>, attribuisce al principio dell'equilibrio di bilancio una funzione di promozione dei diritti di cittadinanza inclusiva nel momento in cui permette (e nella misura in cui, soggiungerei, effettivamente realizza) una riallocazione in chiave solidaristica di risorse anche a coloro che sono fuori o ai margini del rapporto di lavoro o del sistema di protezione sociale.

Una tensione, questa, costante e ineliminabile che induce a collocare il concetto (dinamico) di nucleo essenziale non nel perimetro della dogmatica costituzionale, quanto piuttosto nella più animata arena della dialettica tra i valori (alcuni eterogenei tra loro) espressi dalla stessa Costituzione. Vero, in quest'ottica, che la realizzazione degli interventi sociali previsti dalla Carta non può che soggiacere alla "misura" (e al limite) del "possibile", anche suscettibile di aggiustamenti in senso riduttivo che appaiano corroborati da adeguate giustificazioni congiunturali o redistributive. Ma il necessario raccordo tra dimensionamento quantitativo e corrispondenza qualitativa sconta imprescindibilmente il limite deontico della salvaguardia di tale nucleo (connesso alle finalità perseguite dalle rispettive previsioni costituzionali), al di fuori, ossia al di sotto del quale appare radicalmente esclusa ogni possibilità di bilanciamento, con conseguente sconfinamento nella patologia dell'incostituzionalità<sup>58</sup>.

Questo certamente importante sviluppo argomentativo segna, quindi, l'odierno "stato dell'arte", il punto di avanzamento (non certo quello di arrivo) nell'interminabile tragitto verso la realizzazione dei valori enunciati e degli obiettivi fissati dalla Carta in un ambito come quello dei diritti sociali che rappresenta il più importante tratto caratterizzante delle costituzioni democratiche ed il più sostanzioso elemento differenziale rispetto ai modelli

analogo, GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999, spec. p. 171 ss.

<sup>57</sup> MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio*, cit., p. 8.

<sup>58</sup> In senso conforme, da ultimo, ANDREONI, *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in *RGL*, 2017, II, p. 207 ss., sul punto, p. 211, con rinvio di questo autore a BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992, p. 64. Si veda anche, a tal proposito, la recente C. Cost. 29 gennaio 2016 n. 10, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del complesso di leggi della Regione Piemonte che hanno provveduto alla quantificazione delle risorse attribuite per l'anno 2014 alle province in misura palesemente insufficiente (non essendo tali somme nemmeno necessaria alla copertura dei costi retributivi del personale) rispetto al complesso di servizi sociali tuttora rientranti nella competenza di tali enti territoriali, così da determinarne il sostanziale azzeramento.

del costituzionalismo liberale, soprattutto in ragione dell'intima connessione del riconoscimento di tali diritti con il principio di uguaglianza sostanziale e con la dinamica progressivo/progressista che tale principio evoca<sup>59</sup>.

Come rimarcato (con spiccati accenti lirici certo giustificati dalla solennità della ricorrenza) da Michele Ainis nell'articolo dedicato a questo anniversario apparso su *Repubblica* dello scorso 18 dicembre, "nessuna società umana sarà mai davvero giusta, davvero libera ed eguale. È impossibile, perché la vita stessa propone ogni minuto nuove costrizioni, nuove disuguaglianze cui occorre rimediare. Perciò la nostra condizione riecheggia la fatica di Sifiso, ciascuno con un masso sulle spalle che rotola giù quando l'hai portato in cima. E allora devi ricominciare daccapo la salita. Conta lo sforzo, insomma, non il risultato. Conta la tensione verso i valori indicati dalla Carta costituzionale. E a sua volta quest'ultima è come l'orizzonte che ci sovrasta: nessuno può toccarlo con le dita, però nessuno può fare a meno di guardarlo".

E, dunque, l'odierno omaggio alla Costituzione non può che includere un tributo alla prima vedetta puntata verso questo orizzonte, quella Corte che attraverso gli impegni e gli sforzi di cui si è cercato in termini veramente sommari di dar conto, profusi nelle sempre più frequenti occasione in cui è chiamata a sperimentare nuove tecniche di composizione di sempre più intense tensioni giuridiche e sociali, continua ad assolvere il proprio ruolo di garante essenziale del complesso di valori espressi dalla Carta che oggi torniamo a celebrare.

<sup>59</sup> Ovviamente, ogni tentativo di sintesi della sterminata letteratura in argomento risulterebbe approssimativo ed incompleto: cfr., recentemente, anche per richiami, il contributo di GAMBINO, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, n. 24/2012.

## Abstract

L'articolo, redatto in occasione della celebrazione dei settanta anni dall'approvazione e dall'entrata in vigore della Costituzione, esamina i più recenti interventi della Corte Costituzionale riguardanti le tematiche dei diritti previdenziali e retributivi dei lavoratori (con riferimento alla seconda categoria di diritti, prendendo in considerazione in particolare la situazione dei lavoratori pubblici); ciò con particolare riferimento alla valutazione di costituzionalità in rapporto al parametro offerto dall'art. 81 Cost. nella sua attuale formulazione e più specificamente con riguardo all'incidenza del principio dell'equilibrio di bilancio sulla concreta attuazione dei diritti sociali finanziariamente condizionati.

Vengono evidenziati diversi punti di discontinuità nell'applicazione delle tecniche di bilanciamento fra tali diritti ed il generale vincolo di bilancio, con il conseguente avvicinarsi di pronunce e soluzioni di segno divergente. Viene, infine, analizzato uno dei più interessanti momenti di avanzamento di questa giurisprudenza costituzionale, caratterizzato dalla valorizzazione del concetto del nucleo essenziale e incompressibile dei diritti a prestazione quale linea di confine oltre la quale le politiche e gli interventi di contenimento della spesa pubblica non possono giustificare, ad avviso della Corte Costituzionale, la compressione sproporzionata o il sostanziale svuotamento di tali diritti.

The essay, which has been prepared within the celebrations of 70th anniversary of the approval and of the entry in force of the Italian Constitution, examines some recent rulings of the Constitutional Court regarding the issues of social security entitlements and wage rights (the latter with reference to the category of civil servants). More specifically, the author focuses on the aspect of the constitutional review of the laws concerning such rights with respect to the current wording of art. 81 of Constitution, where is laid down the principle of the balanced State budget, and on the impact of such principle on the implementation of social rights which effectiveness is conditional upon the availability of financial resources.

The article outlines some discontinuities in carrying out the balancing test by the Constitutional Court, which result is the oscillation between opposite solutions and verdict. A recent and interesting advancement of such jurisprudence is the enhancing of the concept of the essential and irreducible "core" of social rights which in itself appears as uncompromising: then, this core represents the border that cannot be crossed by any public expenditure restraint, because otherwise would mean admitting each level of compression, up to the complete emptying, of such rights.

## Key words

Costituzione, diritti sociali, principio dell'equilibrio di bilancio, Corte Costituzionale, bilanciamento, nucleo incompressibile.

Constitution, social rights, balanced State budget principle, Constitutional Tribunal, balancing test, irreducible core.



## Michel Martone

### Lo *smart working* nell'ordinamento italiano

**Sommario:** **1.** Prospettive d'indagine. **2.** Agilità come sinonimo di autonomia. **3.** L'autonomia individuale e la disciplina dei poteri del datore di lavoro. **3.1.** I tempi di lavoro, quelli di riposo ed il diritto alla disconnessione. **3.2.** Durata e recesso. **4.** Equivalenza del trattamento economico e apprendimento continuo. **5.** La sicurezza sul lavoro. **6.** Infortuni e malattie professionali. **7.** L'incerto confine tra lavoro agile e telelavoro. **8.** Il lavoro agile nei primi accordi attuativi: alcuni spunti di riflessione. **9.** Subordinazione e lavoro agile.

#### I. *Prospettive d'indagine*

È trascorso appena un anno dall'entrata in vigore della legge n. 81 del 22 maggio 2017 che ha introdotto nell'ordinamento italiano lo *smart working*, altrimenti detto "lavoro agile"<sup>1</sup>.

Si tratta di un'innovazione legislativa importante, che recepisce alcune prassi aziendali<sup>2</sup> e poi fatte proprie dalla contrattazione collettiva naziona-

<sup>1</sup> Non si affronta in questa sede la *querelle* terminologica, relativa all'equivalenza dei due termini linguistici, che secondo parte della dottrina individuano due diverse idee di lavoro del futuro. Può tuttavia essere utile l'opinione espressa dall'Accademia della Crusca, che considera l'espressione italiana "lavoro agile" un "*perfetto equivalente*" del termine inglese *Smart Work* (cfr. Accademia della Crusca – Gruppo Incipit, *Accogliamo con piacere il "lavoro agile"*, Firenze, 1 febbraio 2016).

<sup>2</sup> Si vedano, a questo proposito, gli accordi Barilla del 2 marzo 2015; Zurich del 23 settembre 2015 e Igiugno 2016; Finmeccanica del 2 febbraio 2016; Axa del 12 aprile 2016; Generali del 7 ottobre 2016; Engie del 20 gennaio 2017; Enel del 4 aprile 2017; Ferrovie dello Stato del 2 maggio 2017. Nel settore creditizio si vedano, in particolare, le evoluzioni dei contratti Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014; BNL del 15 luglio 2015; Unicredit del 18 ottobre 2010 e i successivi rinnovi del 20 giugno 2014 e 4 febbraio 2017; BPM del 23 dicembre 2016; Cariparma dell'8 marzo 2016 e 9 marzo 2017; MPS del 29 maggio 2017; Findomestic del 6 giugno 2017.

le<sup>3</sup>, che già manifesta una *vis* espansiva dall'impiego privato a quello pubblico con l'approvazione della direttiva Madia<sup>4</sup>.

Con questa nuova disciplina, infatti, il legislatore, raccogliendo la sfida che il telelavoro aveva clamorosamente mancato, tenta di modernizzare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato per dare risposta alle nuove esigenze imposte dai nuovi modelli di organizzazione del lavoro che si sono affermati nel corso della cd. *Fourth Industrial Revolution*<sup>5</sup>.

Così il legislatore, in linea di continuità con le più recenti riforme legislative a cominciare dal *Jobs Act*, sceglie di affrontare quella che Massimo D'Antona definiva la "*mutazione genetica*"<sup>6</sup> del diritto del lavoro senza stra-

<sup>3</sup> Tra i contratti collettivi nazionali che hanno disciplinato lo *smart working* vedi: ccnl Agrindustria del 23 marzo 2016; ccnl del settore alimentare del 5 febbraio 2016; Multiservizi del 15 marzo 2016 e Federculture del 12 maggio 2016; ccnl del settore gas-acqua del 18 maggio 2017 e in precedenza già l'accordo ABI del 19 aprile 2013.

<sup>4</sup> Si tratta della direttiva emanata il 1 giugno 2017, in attuazione dei commi 1 e 2 della legge delega n. 124 del 2015, attraverso cui vengono dettate delle linee guida per la sperimentazione dello *smart working* all'interno delle pubbliche amministrazioni con l'obiettivo di permettere, entro tre anni, ad almeno il 10% dei dipendenti che ne facciano richiesta, di svolgere la prestazione in modalità agile. In attuazione della predetta direttiva, in data 6 marzo 2018 il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha adottato il decreto dipartimentale n. 12 per avviare all'interno del Ministero la sperimentazione del lavoro agile. Con successiva nota n. 487 del 29 marzo 2018 il Miur ha pubblicato il bando per avviare le procedure di *smart working* (in attuazione del decreto ministeriale n. 12 del 6 marzo 2018). La prima fase di sperimentazione riguarda un massimo di 26 unità di personale, corrispondente complessivamente al 10% del personale in servizio presso la direzione generale per le risorse umane e finanziarie e presso la direzione generale per i contratti, gli acquisti e per i sistemi informativi e la statistica. La prestazione lavorativa agile potrà essere svolta anche dai dirigenti e dal personale in comando. Come ovvio il dipendente che rientra nel novero dei destinatari è quello la cui prestazione può essere in parte delocalizzata o per lo svolgimento della stessa non sia necessaria la costante presenza fisica nella sede di lavoro. La partecipazione alla fase pilota avviene su presentazione di una specifica istanza del personale, in cui dovranno essere presenti il progetto individuale di lavoro agile e la scheda di programmazione dell'attività individuale. Il progetto può avere una durata massima di due mesi e deve essere approvato dal superiore gerarchico (nonché predisposto sotto la sua supervisione). Per un inquadramento sistematico del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni vedi TALAMO, *Diversamente agile? Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 275 ss.

<sup>5</sup> Sulla quarta rivoluzione industriale e le possibili ricadute in termini occupazionali vedi, nella letteratura internazionale, SCHAWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016; FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future*, Basic Books, 2016; KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Luiss Press University, 2016; ROSS, *The industries of the future*, Simon & Schuster, 2016.

<sup>6</sup> D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in CARUSO,

volgere le categorie di riferimento, come pure suggerivano in tanti, ma scommettendo ancora una volta sulla fattispecie disciplinata dall'art. 2094 cod. civ., adattandola alle dinamiche della post modernità per renderla, appunto, più *smart*, o agile che dir si voglia<sup>7</sup>

Ecco, allora, affacciarsi all'orizzonte dell'ordinamento il lavoro agile e cioè, ai sensi dell'art. 18, co 1, l. 81/17, quella particolare “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*” che può essere svolta “*senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro... in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno senza una postazione fissa*”.

Così la subordinazione finalmente si affranca dalle tradizionali categorie kantiane dello spazio (all'interno dell'impresa) e del tempo (ovvero la sequenza temporale unica) di lavoro<sup>8</sup>, per poter essere finalmente resa secondo modalità molto più libere nella forma ma non meno vincolate nella sostanza, perché ancorate alla necessità di rendere il risultato atteso dal datore di lavoro<sup>9</sup>.

Scopo del presente contributo è analizzare i tratti distintivi di questa nuova (ma profondamente diversa) modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, al fine di delinearne, ad un anno di distanza dal suo riconoscimento legislativo, il possibile ambito di operatività all'interno di un

SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona Opere*, vol. III, tomo III, p. 1222 il quale, nel ricercare le ragioni socio-economiche che hanno portato alla crisi della tradizionale nozione di subordinazione, osserva che “declina la fabbrica fordista, un modo di organizzazione del lavoro che si collega strettamente ad un'idea di subordinazione che abbiamo profondamente interiorizzato, la subordinazione come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione, la subordinazione come etero direzione fondata su elementi di gerarchia e autocrazia imprenditoriale, l'altra faccia di un modello di organizzazione che non è stato mai l'unico, ma che era caratterizzante”. Prendendo spunto dai rapidi cambiamenti in atto nel sistema economico MONTUSCHI, *Un “nuovo” diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, II, Cacucci, 1999, p. 723 ss., ha definito il diritto del lavoro “anagraficamente giovane, ma precocemente invecchiato nel volgere di pochi anni”.

<sup>7</sup> In questo senso vedi PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Cedam, 2018, p. 13 ss.

<sup>8</sup> In questo senso cfr. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *ADL*, 2005, I, p. 1; dello stesso avviso anche DELL'OLIO, *Le “nuove” tipologie e la subordinazione*, in *Aa.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, p. 21 ss.

<sup>9</sup> Per dirla con GIUGNI, *Il diritto del lavoro ieri, oggi e domani*, in *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, p. 117 ss. il diritto del lavoro per tutto il secolo scorso ha ruotato attorno a tre “assi portanti”, costituiti dal rapporto di lavoro all'interno dell'impresa, a tempo pieno, esclusivo.

ordinamento del lavoro che, per quanto profondamente modificato dalle riforme degli ultimi due decenni, continua ancora a considerare il lavoro subordinato come l'architrave su cui poggiare l'ordinamento del lavoro<sup>10</sup>.

## 2. *Agilità come sinonimo di autonomia*

Nonostante gli ampi dibattiti dottrinali, il lavoro agile non rappresenta un'autonoma tipologia contrattuale ma, più semplicemente, come precisato dall'art. 18, l. 81/17, una particolare “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*”<sup>11</sup>.

Ciononostante, si tratta pur sempre di un modello di lavoro profondamente diverso da quello contemplato nell'art. 2094 cod. civ.<sup>12</sup> in cui, in una logica di de-materializzazione dell'impresa, assumono una rilevanza del tutto diversa le variabili di tempo e luogo di lavoro tradizionalmente intese<sup>13</sup>.

Il tempo di lavoro, normalmente cadenzato dall'orario aziendale, cede il passo ad una gestione cronologica del lavoro che, ove concordato, può essere variabilmente collocata all'interno della giornata lavorativa in funzione delle esigenze del dipendente, sempre se compatibili con l'organizzazione aziendale, “*entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*”, come specificato dall'art. 18, co.1, l. 81/17.

Allo stesso modo, ai sensi del successivo periodo del primo comma dell'art. 18, l. 81/17, anche la collocazione spaziale della prestazione lavorativa, in assenza di “*precisi vincoli di luogo di lavoro*”, potrà essere liberamente determinata dalle parti.

<sup>10</sup> Al riguardo, osserva PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 179, come “la linea di tendenza dell'ordinamento, in altri termini, è ancora quella non della detipicizzazione della fattispecie fondante il diritto del lavoro, bensì quella della destandardizzazione della disciplina applicabile”.

<sup>11</sup> Così facendo, dunque, il legislatore ha scelto di non aderire alla diversa impostazione del d.d.l. n. 2229 del 2016 che proponeva di ricondurre il lavoro in modalità agile sia a forme di lavoro autonomo che subordinato.

<sup>12</sup> Con specifico riferimento alla costruzione dell'art. 2094 cod. civ. vedi per tutti DELL'OLIO, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Utet, 1986, p. 3 ss.

<sup>13</sup> In questo senso vedi PROSPERETTI, *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in *ADL*, 2017, 2, p. 303 ss., secondo cui nel lavoro agile “i connotati del lavoro subordinato sfumano non essendo più correlati al tempo e al luogo di lavoro”.

Peraltro, questa rinnovata flessibilità della prestazione risulta ulteriormente rafforzata, nell'ambito dell'accordo, anche dall'introduzione della possibilità di gestire il lavoro “*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*”, secondo una definizione che inevitabilmente assegna una rinnovata centralità al risultato atteso della prestazione di attività lavorativa<sup>14</sup>.

Ma, a ben vedere, il carattere realmente innovativo di questo particolare declinazione del lavoro subordinato risiede non solo e non tanto nell'eliminazione della necessaria collocazione spazio temporale della prestazione lavorativa all'interno dell'impresa, che era già stata sperimentata con l'introduzione della fattispecie del telelavoro, quanto più nella valorizzazione dell'autonomia delle parti.

Prevedendo, infatti, che la prestazione di lavoro in modalità agile possa essere “*stabilita mediante accordo tra le parti*”<sup>15</sup>, il legislatore ha indubbiamente restituito un importante ruolo all'autonomia individuale nella definizione delle modalità di svolgimento della prestazione di lavoro.

Viene così ribaltata, quanto meno con riferimento al breve momento in cui è possibile rendere la prestazione di lavoro agile, la considerazione del lavoratore subordinato come “*contraente debole*”<sup>16</sup> del rapporto, bisognoso di un apparato normativo eteronomo in grado di proteggerlo dallo squilibrio connaturato alla necessità di “*dover dipendere da altri per poter lavorare*”<sup>17</sup>.

Si può dire che con riferimento al lavoro agile il legislatore prenda le distanze da una concezione dell'ordinamento del lavoro ipergarantista per lasciare spazio ad un nuovo modello di disciplina<sup>18</sup> che, valorizzando l'autonomia delle parti, mira a adeguare la subordinazione alle nuove esigenze derivanti dal mutato contesto di organizzazione del lavoro<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>15</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>16</sup> Al riguardo vedi BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Società editrice libraria, 1915, I, p. I-XLVI e p. 838. E più recentemente anche MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *DLRI*, 2000, p. 192 ss.

<sup>17</sup> Così SCOGNAMIGLIO, voce *Lavoro subordinato*, in *EGT*, 1999, p. 1 ss.

<sup>18</sup> Al riguardo, tra i primi commentatori, MARESCA, *Smart working; subordinazione soft*, *Il sole 24 Ore*, 26 luglio 2017, ha osservato come “il lavoratore subordinato diventa più autonomo proprio quando lo stesso legislatore impone l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni continuative, come conseguenza dell'esercizio del potere del committente di organizzare la prestazione del collaboratore quanto ai tempi e al luogo di lavoro”.

<sup>19</sup> In questo senso vedi PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2017, I, p. 367, per il quale

Ciò a scapito della disciplina legislativa ma anche, almeno formalmente, della contrattazione collettiva, a cui pur si deve riconoscere il merito di aver anticipato il legislatore nella regolazione delle ipotesi di prestazione svolta, almeno in parte, all'esterno dei locali aziendali attraverso il supporto della strumentazione informatica, contribuendo per questa via alla “*esatta messa a fuoco del perimetro normativo di operatività del lavoro agile e dei connessi aspetti definitivi e di struttura*”<sup>20</sup>.

Una scelta che, per quanto possa apparentemente sembrare coerente con l'attuale tendenza a comprimere, quando possibile, l'autonomia collettiva, in questo caso sembra piuttosto doversi ricondurre alla precisa volontà di individualizzare la disciplina della prestazione di lavoro svolta in modalità agile in funzione delle specifiche esigenze del singolo lavoratore (per quanto concerne la conciliazione dei tempi di vita e lavoro) nonché della stessa organizzazione aziendale, quasi fosse un abito sartoriale<sup>21</sup>.

### 3. *L'autonomia individuale e la disciplina dei poteri del datore di lavoro*

Nell'affidare all'autonomia contrattuale la regolazione della prestazione lavorativa svolta in modalità agile, il legislatore si è limitato a dettare alcune caratteristiche di carattere formale e sostanziale dell'accordo individuale<sup>22</sup>,

lo svolgimento del lavoro all'interno dell'impresa è solo manifestazione socialmente tipica della subordinazione, che “rende quest'ultima visibile e riconoscibile sul piano pratico”.

<sup>20</sup> TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 375/2017.

<sup>21</sup> Al riguardo è stato osservato come la crescente diversificazione delle realtà imprenditoriali da un lato, e delle prestazioni lavorative dall'altro, impongono l'adozione di un modello di disciplina “le cui regole debbono quindi potersi adattare, come un vestito fatto su misura, ad una molteplicità di caratteristiche e situazioni differenti”: così DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 33 ss. ricalcando le posizioni portate avanti dal Presidente dei Giovani imprenditori di Confindustria Federica Guidi che, aprendo l'annuale convegno di Santa Margherita Ligure del 6 giugno 2008, aveva già sottolineato che “il contratto dovrebbe essere sempre meno collettivo e sempre più *tailor made*, fatto su misura, tagliato attorno al singolo individuo”.

<sup>22</sup> Al riguardo, l'art. 19, co. 1, l. 81/17, sotto il profilo formale, prevede che il patto di lavoro agile sia “stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova”, con la conseguenza che l'eventuale mancanza di forma scritta non ne determina la nullità, ma unicamente una limitazione dei mezzi istruttori volti a dimostrare che il rapporto di lavoro si è strutturato nella forma del lavoro agile, con tutte le ricadute, in termini processuali, che la mancanza di

lasciando le parti libere di regolamentare, *in primis*, l'esercizio dei poteri datoriali.

In particolare, l'art. 21, co. 2, l. 81/17 apre la via alla procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare, laddove prevede che “*l'accordo individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*”.

Una scelta che denota, anche sotto questo profilo, una rinnovata considerazione dell'autonomia del lavoratore subordinato e che si giustifica con la necessità di individuare e cristallizzare specifiche condotte connesse allo svolgimento di una prestazione che richiede discipline specifiche in relazione al luogo in cui dovrà essere resa, non essendo più coincidente con l'impresa<sup>23</sup>.

Tanto è vero che all'accordo individuale è affidata l'individuazione delle sole condotte, rilevanti sul piano disciplinare, suscettibili di essere tenute dal lavoratore agile al di fuori del perimetro aziendale, dettando una disciplina aggiuntiva, ma non sostitutiva, né derogatoria, rispetto a quella già vigente in azienda e cristallizzata nel codice disciplinare.

Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al potere di controllo, il cui esercizio, limitatamente alla “*prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali*” è anch'esso affidato alla disciplina dell'accordo individuale<sup>24</sup>.

In questa prospettiva, il potere di controllo sulla prestazione resa in mo-

forma scritta potrà determinare in ordine all'impossibilità delle parti di dimostrare per testi il contenuto dell'accordo, salve le eccezioni previste dall'art. 2725 cod. civ. Sotto il profilo sostanziale, l'accordo individuale è destinato a disciplinare “l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore”.

<sup>23</sup> Osserva al riguardo SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RGL*, 2017, 3, p. 388 come “questa previsione potrebbe acquisire notevole importanza perché sulla base del diverso luogo di esecuzione della prestazione, l'autonomia individuale verrebbe *ex lege* abilitata a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, come la tipizzazione delle fattispecie disciplinarmente rilevanti”. Costituisce, viceversa “una anomalia” il rinvio alla fonte dell'accordo per la definizione di poteri unilaterali del datore di lavoro secondo MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 216.

<sup>24</sup> Secondo BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 627, la “novità” della disposizione risiede proprio nel fatto che “il legislatore, preso atto della forte flessibilità spazio-temporale del lavoro agile, ritiene razionale una partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo, ma anche alla definizione delle eventualmente connesse infrazioni disciplinari, in forza del comma 2 della stessa disposizione”.

dalità agile si tradurrà, verosimilmente, in una verifica incentrata più sul risultato che sul rispetto di regole organizzative e di esecuzione del lavoro, che si giustificano solo in relazione ad una prestazione resa all'interno dei locali aziendali.

All'ampia disponibilità riconosciuta alle parti nella definizione delle modalità di controllo sulla prestazione resa in modalità agile fa da contrappeso il richiamo espresso all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, il cui necessario rispetto rimane un limite generale all'autonomia individuale nella regolamentazione dei poteri datoriali.

In particolare, sebbene sia pacifico che gli strumenti attraverso cui viene svolta la prestazione in modalità agile sono sottratti all'ambito di applicazione della disciplina limitativa dell'art. 4, co. 1, è in ogni caso indispensabile, ai fini del legittimo esercizio del potere di controllo datoriale, la predisposizione di *policy* o informative sul trattamento dei dati personali e, più in generale, sulla tutela della riservatezza, che nel lavoro agile necessita di una protezione adeguata in considerazione della maggiore facilità di accesso ai dati personali del dipendente attraverso gli strumenti tecnologici necessariamente utilizzati nello svolgimento della prestazione da remoto.

### 3.1. I tempi di lavoro, quelli di riposo ed il diritto alla disconnessione

Sempre nell'ottica di arginare il potenziale controllo datoriale derivante dall'utilizzo di strumenti tecnologici ed evitare che esso sconfini in un'illegitima ingerenza sulla vita personale del dipendente<sup>25</sup>, il legislatore all'art. 19, ultimo comma, l. 81/17 demanda all'accordo individuale l'individuazione dei “*tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*”.

La portata innovativa della norma risiede non solo e non tanto nella

<sup>25</sup> Ingerenza che, nella letteratura internazionale, viene identificata nel concetto di “*time porosity*” elaborato prendendo spunto dalle infiltrazioni cui è soggetto un materiale o un corpo poroso per indicare tutte le possibili forme di interferenza tra ciò che è considerato tempo di lavoro e ciò che è considerato tempo personale e che sono suscettibili di aumentare esponenzialmente in considerazione degli attuali trend dell'organizzazione del lavoro, influenzati dal crescente progresso tecnologico e della maggiore richiesta di flessibilità oraria. Al riguardo vedi GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJLL*, 2016, vol. 32, n. 3.



necessità di stabilire nell'accordo individuale i “*tempi di riposo*”<sup>26</sup> quanto più nel riconoscimento al lavoratore agile del c. d. “*diritto alla disconnessione*”<sup>27</sup>, e cioè il diritto di scollegarsi dalle strumentazioni tecnologiche utilizzate per lo svolgimento della prestazione da remoto che, a ben vedere, costituisce il limite obiettivo per l'assunzione da parte del lavoratore di un obbligo di reperibilità svincolato dall'orario di lavoro.

Per quanto tale diritto avrebbe potuto indirettamente ricavarsi dal necessario rispetto del d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 che renderebbe inesigibile ogni prestazione resa al di fuori dell'orario di lavoro concordato, la scelta di affidarne la regolamentazione all'accordo individuale lo rende lo strumento più adatto ad assicurare quella flessibilità della prestazione lavorativa che il lavoro agile si propone di realizzare.

Perché solo attraverso una negoziazione individuale specifica, i tempi di disconnessione potranno essere calibrati su ogni singola posizione lavorativa, con la conseguenza che all'interno della stessa impresa potranno essere previsti tempi di “disconnessione” differenti, ma in ogni caso tutti funzionali ad una migliore organizzazione aziendale, nell'ottica di incremento della produttività e, al tempo stesso, di salvaguardia del tempo *offline* del lavoratore agile<sup>28</sup>.

In definitiva il legislatore, nel dettare la disciplina del lavoro agile, ha tratteggiato un quadro regolativo fedele al carattere subordinato della pre-

<sup>26</sup> Che sarebbero stati comunque garantiti dall'espreso richiamo alle disposizioni legislative in materia di orario di lavoro, e quindi anche al d.lgs. 66/03, che impongono, già di per sé, il riconoscimento delle “*undici ore di riposo consecutive ogni ventiquattro ore*”, secondo quanto previsto dall'art. 7, co.1, d.lgs. 66/03.

<sup>27</sup> Il diritto alla disconnessione previsto dalla l. 81/17 è già stato introdotto in Francia dalla recente *Loi Travail* dell'8 agosto 2016 (*Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*), entrata in vigore il 1° gennaio 2017. In particolare, mentre il legislatore italiano ha affidato la disciplina del diritto alla disconnessione all'accordo individuale, escludendo la contrattazione collettiva, la legge francese stabilisce che essa debba essere oggetto di negoziazione collettiva, e, soltanto in assenza di questa, degli accordi individuali (*Charte*), ma comunque con l'obbligo di regolamentarne le condizioni di utilizzo negli accordi aziendali.

<sup>28</sup> Osserva al riguardo LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 211, che “la partita si gioca, dunque, con riferimento al diritto alla disconnessione, al tavolo individuale, nel quale il lavoratore agile dovrà prestare attenzione alle disposizioni volte a contemperare il suo “scollegamento” dalle strumentazioni di lavoro con l'orario di lavoro prefissato, soprattutto allorché la prestazione in modalità di lavoro agile venga svolta al di fuori dei locali aziendali e non in un *hub* aziendale, ed ancor più qualora risulti declinata secondo la massima flessibilità organizzativa consentita”.

stazione, in cui le prerogative ed i poteri datoriali vengono plasmati dall'autonomia delle parti per garantirne il corretto esercizio anche al di fuori del perimetro aziendale.

### 3.2. Durata e recesso

Per espressa previsione dell'art. 19, co. 2, l. 81/17, l'accordo individuale relativo allo svolgimento della prestazione in modalità agile “*può essere a termine o a tempo indeterminato*”, ma solo in tale ultimo caso è prevista la facoltà di recesso libero, ossia *ad nutum*, salvo il rispetto di un preavviso non inferiore a trenta giorni<sup>29</sup>.

Altrimenti, ai sensi della medesima disposizione, il recesso potrà essere esercitato, senza obbligo di preavviso, quando ricorra un “*giustificato motivo*”, sia nel caso di accordo a tempo indeterminato, sia nel caso di accordo a tempo determinato prima della sua scadenza.

Per quanto piuttosto generico, il riferimento al “*giustificato motivo*” sembra legittimare il ricorso ai concetti di giustificato motivo elaborati dall'art. 3, l. 604/66 in tema di licenziamento e che, in questo caso, dovrebbero comunque essere letti in relazione allo svolgimento della prestazione in modalità agile.

In questa prospettiva, dunque, il recesso datoriale sarebbe legittimo quando, per esigenze aziendali o per motivi collegati alla persona del lavoratore (ma in ogni caso non tali da giustificare il licenziamento) il lavoro agile non risulta più giustificato, giustificabile o comunque funzionale all'organizzazione aziendale.

A sua volta, il lavoratore potrebbe legittimamente recedere *ante tempus* dall'accordo individuale qualora sussistano difficoltà oggettive o soggettive (anche legate a comportamenti del datore di lavoro) che non consentano la prosecuzione del rapporto in modalità agile.

Non si esclude che le parti possano tipizzare all'interno dell'accordo stesso le ipotesi (anche solo alcune di esse) in cui ricorra un giustificato motivo di recesso.

<sup>29</sup> Il termine di preavviso è elevato fino a novanta per i lavoratori disabili ai sensi della l. 68/99, ai quali il legislatore ha inteso assicurare un maggiore periodo di tempo utile per “*consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore*”.

In ogni caso, il recesso dall'accordo individuale determina la prosecuzione del rapporto di lavoro secondo le ordinarie modalità di svolgimento della prestazione di lavoro all'interno dell'azienda.

Anche se non può essere scongiurato il rischio che, se la prestazione svolta in modalità agile si sia rivelata particolarmente funzionale all'organizzazione aziendale, il ripristino delle normali condizioni di lavoro preesistenti all'accordo possa risultare particolarmente problematico, fino al punto da rendere impossibile, o non più proficua, la prosecuzione del rapporto di lavoro stesso e legittimare, questa via, il recesso dal contratto di lavoro.

#### 4. *Equivalenza del trattamento economico e apprendimento continuo*

Al fine di neutralizzare possibili intenti discriminatori, l'art. 20, co. 1, l. 81/17 riconosce al lavoratore agile *“il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”*.

Il legislatore ha dunque voluto ancorare il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili a quello percepito dagli altri dipendenti che svolgano le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda, precludendo, per questa via, qualsiasi strategia di esternalizzazione degli organici aziendali collegata ad un risparmio economico.

Una scelta che, tuttavia, solleva alcuni problemi di carattere applicativo laddove si consideri che potrebbe essere non presente nell'organico aziendale un dipendente che svolga le medesime mansioni del lavoratore agile.

In tal caso si potrebbe determinare il trattamento economico del lavoratore agile parametrandolo a quello percepito da un lavoratore inquadrato nel medesimo livello contrattuale.

Al riguardo, infatti, il riferimento normativo alle medesime mansioni quale criterio di determinazione del trattamento economico del lavoratore agile appare improprio perché non considera le modifiche in tema di mansioni di recente apportate all'art. 2103 cod. civ. da parte dell'art. 3, d.lgs. 81/15, che imporrebbe di quantificare il trattamento economico e normativo non già con riferimento alle *“medesime mansioni”*, bensì a *“mansioni di pari livello e categoria legale”*, oppure adottando il criterio della *“parità di mansioni svolte”*.

In questo contesto, di fronte a questa incertezza normativa, solo parzialmente superabile per effetto delle disposizioni della contrattazione collettiva, sarebbe auspicabile precisare gli aspetti inerenti il trattamento economico e normativo del lavoratore agile all'interno dell'accordo individuale.

Anche il riferimento ai “*contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*” pone alcuni dubbi di carattere applicativo, perché individua nei soli contratti stipulati dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative il parametro di riferimento per la determinazione del trattamento economico e normativo del lavoratore agile<sup>30</sup>.

Una simile scelta, per quanto condivisibilmente legata all'esigenza di scongiurare il rischio che possa essere attribuito rilievo ad eventuali intese collettive sottoscritte da associazioni sindacali prive del requisito della maggiore rappresentatività (c.d. contratti pirata), non tiene conto delle problematiche legate alle ipotesi in cui all'interno dell'azienda non venga applicato alcun contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

In tali casi, infatti, non essendo possibile parametrare il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili sui lavoratori che prestano la loro attività in azienda, risulterebbe inapplicabile l'intera disciplina del lavoro agile.

A meno di non voler ritenere possibile far riferimento al contratto collettivo maggiormente rappresentativo riferito a quel determinato contesto produttivo, prescindendo dalla sua concreta applicazione all'interno dell'azienda.

Si tratta, tuttavia, di un'opzione difficilmente realizzabile perché, anziché assicurare il rispetto della parità di trattamento tra lavoratori agili e lavoratori presenti in azienda che svolgano le medesime mansioni, determinerebbe una vera e propria disparità di trattamento, a svantaggio dei secondi.

Proprio per tale ragione, sembra potersi ritenere che, limitatamente a tali realtà aziendali, il lavoro agile non possa trovare applicazione.

Né sarebbe possibile superare *l'impasse* attraverso una regolazione specifica di tali aspetti all'interno dell'accordo individuale, al quale è attribuita

<sup>30</sup> Come noto, l'art. 51, d.lgs. 81/15 “*Norme di rinvio ai contratti collettivi*” testualmente dispone che: “Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

la funzione di specificare, adattandola, la disciplina del rapporto dettata, sul piano generale, da altre fonti normative (siano esse legislative o collettive), ma non anche di determinare autonomamente aspetti privi di regolamentazione.

Sempre nell'ottica di evitare che il lavoratore agile, nel prestare la propria attività al di fuori del perimetro aziendale, possa essere penalizzato dall'eventuale esclusione dalle dinamiche che garantiscono l'aggiornamento e l'arricchimento del bagaglio professionale, deve essere interpretata la previsione da parte dell'art. 20, co. 2, l. 81/17, in base alla quale al lavoratore agile "*può essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'articolo 19, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze*".

Si tratta senza dubbio di un aspetto di originalità rispetto alla disciplina sullo *smart working* disegnata nei numerosi contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore della legge in commento, i quali, nella maggior parte dei casi, non avevano mostrato sensibilità alla problematica del rischio di estraniamento alle dinamiche aziendali connaturate allo svolgimento della prestazione da remoto<sup>31</sup>.

Ma allo stesso tempo sarebbe improprio configurarlo come un diritto in termini assoluti perché il suo riconoscimento è comunque subordinato all'espressa previsione all'interno dell'accordo individuale.

Con la conseguenza che, in assenza di una specifica pattuizione al riguardo, il lavoratore agile non avrà alcuna garanzia in ordine all'aggiornamento delle proprie competenze, né alla relativa certificazione, con il concreto rischio che le proprie conoscenze non siano allineate con quelle in evoluzione all'interno dell'azienda.

<sup>31</sup> In materia di formazione merita di essere segnalato quanto previsto dall'Accordo nazionale Ferrovie dello Stato Italiane in materia di lavoro agile del 2 maggio 2017, il quale, oltre a prevedere una specifica formazione nei confronti dei lavoratori agili finalizzata a "chiarire gli obiettivi e le modalità tecniche di svolgimento della prestazione in regime di *smart-working*", altresì stabilisce che "Durante lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità *smart-working* le lavoratrici/i lavoratori continueranno ad essere inseriti nei percorsi formativi e di sviluppo professionale rivolti alla generalità dei dipendenti" (punti 17. e 18.).

### 5. *La sicurezza sul lavoro*

La disarticolazione spazio-temporale che caratterizza la prestazione svolta in modalità agile impone necessariamente un adattamento dei tradizionali obblighi datoriali in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro anche in ragione dei moderni strumenti tecnologici utilizzati nello svolgimento dell'attività da remoto.

Per questo motivo il legislatore si è limitato a dettare i profili essenziali, per non dire minimali, della tutela prevenzionistica in favore del lavoratore agile, demandando all'accordo individuale la specificazione di tutti quegli aspetti connessi al luogo in cui viene svolta la prestazione da remoto, nonché agli strumenti in concreto utilizzati dal dipendente.

Al riguardo, il secondo comma dell'art. 18, l. 81/17, stabilisce che il “*datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa*”.

La norma, a ben vedere, si atteggia come una specificazione del più generale obbligo di tutela gravante sul datore di lavoro previsto dall'art. 2087 cod. civ., secondo cui il datore di lavoro è tenuto “*ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*”.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che il lavoro agile è pur sempre una particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato a cui, salvo espressa esclusione legislativa, si applicano le vigenti disposizioni in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Una conferma in tal senso sembra potersi desumere dalla circolare n. 48 del 2017 emanata il 2 novembre 2017 dall'INAIL in relazione agli aspetti assicurativi legati alla prestazione di lavoro svolta in modalità agile. In tale circolare, infatti, viene incidentalmente accennata anche la questione dell'individuazione della disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile, con particolare riferimento alla parte di prestazione resa al di fuori dell'azienda. In particolare, nella circolare è dato leggere che “a parità di rischio deve necessariamente corrispondere una identica classificazione ai fini tariffari, in attuazione del principio alla stregua del quale il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori “agili” rispetto ai loro colleghi operanti in azienda deve essere il medesimo, ivi compresa l'adozione delle norme di sicurezza sul lavoro”. Con tale inciso sembra si sia voluto intervenire proprio al fine di chiarire ai datori di lavoro che l'unica interpretazione possibile della normativa sul lavoro agile è quella secondo cui restano perfettamente applicabili alla fattispecie anche le disposizioni prevenzionistiche di valenza generale.

La generica formulazione, tuttavia, potrebbe portare a ritenere configurabile una responsabilità datoriale per tutti i possibili danni agli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore, e dunque anche se causati da terzi estranei al rapporto lavorativo.

Tuttavia appare ragionevole circoscrivere la responsabilità datoriale nei limiti dei principi generali in termini di responsabilità civile, anche e soprattutto in considerazione della fisiologica attenuazione del potere di controllo del datore di lavoro durante lo svolgimento dell'attività in modalità agile.

Per le stesse ragioni, la responsabilità datoriale deve ritenersi limitata ai soli strumenti aziendali assegnati in dotazione al dipendente, ma non anche a quelli di proprietà del lavoratore, rispetto ai quali una verifica datoriale sarebbe oltremodo difficoltosa.

Gli ulteriori profili di responsabilità datoriale sono tracciati dal successivo articolo 22 della legge in commento, a norma del quale *“Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un’informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro”*.

Si tratta anch'essa di una disposizione di non facile interpretazione perché, nel tentativo di garantire al lavoratore agile un'adeguata tutela, sembrerebbe configurare una responsabilità del datore di lavoro non solo per quanto riguarda la salute e la sicurezza del lavoratore all'interno dell'azienda ma anche durante lo svolgimento della prestazione al di fuori del perimetro aziendale.

Ciò è vero, a ben vedere, solo nel caso in cui le parti abbiano indicato all'interno dell'accordo individuale il luogo esterno in cui viene resa la prestazione in modalità agile, essendo possibile, in tal caso, per il datore di lavoro verificare che il luogo e la postazione concordati siano idonei a garantire la tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Diversamente, in assenza di una specifica pattuizione delle parti in tal senso, la responsabilità datoriale non si ritiene possa estendersi al di fuori dei confini aziendali, perché si ricadrebbe nelle maglie di una responsabilità oggettiva, imponendo alla parte datoriale un controllo su un luogo esterno che potrebbe essere non solo a lui ignoto, ma addirittura variare costantemente, anche nell'arco di un'unica giornata lavorativa.

## 6. Infortuni e malattie professionali

Sempre nell'ottica di circoscrivere la responsabilità datoriale che, se eccessivamente dilatata, potrebbe scoraggiare il ricorso al lavoro agile, oltre che per garantire un'adeguata protezione al lavoratore, il legislatore ha riconosciuto, con l'art. 23, co. 2, l. 81/17, il “*diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali*”.

Così facendo, una volta assolto l'onere assicurativo da parte del datore di lavoro, il rischio di risarcimento dei danni connessi ad eventi occorsi al fuori del perimetro aziendale grava sull'Inail.

La tutela prevenzionistica accordata al lavoratore agile si completa con riconoscimento del c.d. “*infortunio in itinere*”, intendendo per tale, ai sensi art. 23, co. 2, l. 81/17, quello occorso al lavoratore “*durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali...quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza*”.

La norma, così come congegnata, condiziona l'indennizzo dell'infortunio *in itinere* ad una preventiva individuazione, in base a criteri di ragionevolezza, del luogo di svolgimento della prestazione agile dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o necessità personali del lavoratore.

In questa prospettiva, è chiara l'esclusione dall'area dell'indennizzabilità degli infortuni occorsi al lavoratore agile che non abbia individuato in accordo con il datore di lavoro il luogo esterno all'azienda in cui svolgere la prestazione in modalità agile, ma lo stesso non può dirsi per le ipotesi in cui le parti abbiano preventivamente stabilito il luogo di svolgimento della prestazione.

La formulazione della norma, infatti, è generica e di una ampiezza tale da poter astrattamente giustificare ogni scelta del lavoratore agile.

Un unico limite potrebbe ravvisarsi nel riferimento al criterio della ragionevolezza, a cui dovrebbe essere informata ogni scelta del luogo di svolgimento della prestazione agile.

Ma si tratta pur sempre di un criterio altrettanto generico, che presenta margini di assoluta incertezza definitoria, che si traduce nell'attribuzione all'INAIL di un'ampia discrezionalità nel riconoscimento dei parametri og-



gettivi di sussistenza della tutela antinfortunistica, con evidenti e probabili riflessi sul piano del contenzioso, in ragione dei contrasti interpretativi che non faranno altro che alimentare ulteriori incertezze.

Certa è invece l'esclusione dall'area dell'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* derivante dal cd. rischio elettivo, e cioè l'esposizione ad un rischio ulteriore ed aggiuntivo riconducibile esclusivamente al lavoratore in ragione delle proprie libere scelte individuali, legate a ragioni familiari o personali, o in ogni caso del tutto estranee alla prestazione lavorativa<sup>33</sup>.

### 7. *L'incerto confine tra lavoro agile e telelavoro*

Se l'inquadramento del lavoro agile all'interno della fattispecie del lavoro subordinato è stato delineato con sufficiente chiarezza dal legislatore, piuttosto incerti, invece, appaiono i confini rispetto a quello che è stato comunemente ribattezzato il suo "antenato", ovvero il telelavoro, quasi a volerne enfatizzare una diversità più apparente che reale.

Vero è che il dato normativo non sembra smentire questa linea interpretativa, laddove definisce il telelavoro "*una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*"<sup>34</sup>.

È evidente infatti, che anche il telelavoro, così come il lavoro agile, è caratterizzato dalla disarticolazione spazio-temporale della prestazione di lavoro, che se nel primo caso viene "*regolarmente svolta al di fuori dei locali* [n.d.r.

<sup>33</sup> Sulla nozione di rischio elettivo elaborata dalla giurisprudenza, cfr. Cass. 7 luglio 2016 n. 13882 secondo cui: "*In materia di delimitazione dell'area di tutelabilità del lavoratore per infortunio in itinere, la nozione di rischio elettivo deve essere intesa come tutto ciò che sia estraneo e non attinente all'attività lavorativa e dovuto a una scelta arbitraria del lavoratore, il quale crei e affronti volutamente, in base a ragioni o a impulsi personali, una situazione diversa da quella inerente all'attività lavorativa, ponendo così in essere una condotta interruttiva di ogni nesso tra lavoro, rischio ed evento*".

<sup>34</sup> Nonostante le molteplici definizioni di telelavoro sia a livello di ordinamento interno che comunitario, il diritto del lavoro privato prende in considerazione quella contenuta nell'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004, che recepisce l'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002 e disciplina l'applicazione di speciali tutele in particolare in materia di salute e sicurezza, di diritto di accesso datoriale e di diritto di richiesta di ispezioni da parte del lavoratore al fine della verifica della conformità a legge dei luoghi di lavoro.

aziendali]”, nel secondo caso “*in parte all’interno dei locali aziendali ed in parte all’esterno senza una postazione fissa*”.

Il confronto delle due disposizioni potrebbe ingenerare l’equivoco che l’assenza di una “*postazione fissa*” assurga a criterio distintivo del lavoro agile rispetto al telelavoro<sup>35</sup>.

Ma si tratta di un equivoco facilmente superabile, perché non è possibile rintracciare, nonostante le plurime definizioni di telelavoro disseminate sia all’interno che all’esterno del nostro ordinamento, neanche una norma che ponga limitazioni alla variabilità del luogo di svolgimento della prestazione.

Né, ad avviso di chi scrive, si potrebbe fondatamente sostenere che il telelavoro “*si avvale delle tecnologie dell’informazione*”, mentre il nel lavoro agile l’“*utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa sarebbe solo “possibile”*”.

Il lungo *iter* parlamentare che ha preceduto l’emanazione della legge in commento evidenzia come l’ausilio delle tecnologie informatiche è un elemento connaturato anche alla prestazione svolta in modalità agile, dovendosi interpretare la possibilità di utilizzo non già in termini di eventualità bensì di utilizzabilità, in considerazione della necessaria alternanza tra la prestazione a distanza e quella resa all’interno dei locali aziendali<sup>36</sup>.

Appare, invece, più convincente il tentativo di rintracciare nella regolarità della prestazione resa all’esterno dei locali aziendali l’elemento qualificante del telelavoro, laddove l’avverbio “*regolarmente*” implicherebbe una necessaria prevalenza della dislocazione spaziale della prestazione rispetto alle attività, anche telematiche, svolte in azienda<sup>37</sup>.

Prevalenza che, se è vero che “*non equivale a esclusività*”<sup>38</sup>, è altrettanto

<sup>35</sup> Anche in considerazione del fatto che la disciplina prevenzionistica del telelavoro prevede alcune disposizioni applicabili solo se il luogo della prestazione a distanza sia predeterminato o predeterminabile.

<sup>36</sup> In questo senso, la scheda di lettura n. 516 del 6 dicembre 2016 che ha accompagnato la redazione dell’attuale disciplina in commento, denominata “*Tutele per il lavoro autonomo e disciplina del lavoro agile*”, definisce il lavoro agile una “*particolare modalità di esecuzione del lavoro... caratterizzata principalmente da una maggiore utilizzazione degli strumenti informatici e telematici e delle possibilità tecnologiche esistenti*”.

<sup>37</sup> Tra i primi commentatori di questo avviso è TIRABOSCHI, *op. cit.*; negli stessi termini si era già espresso MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *LG*, 2009, 7, p. 664 ss.

<sup>38</sup> Cfr. MAIO, *Il telelavoro*, in PERSIANI (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, 2010, p.

vero che evoca comunque una continuità della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, che invece nel lavoro agile sarebbe episodica, o quanto meno, accessoria rispetto a quella svolta in azienda.

Questa ricostruzione, tuttavia, per quanto convincente, non tiene conto del fatto che le disposizioni sul lavoro agile non prevedono alcun limite quantitativo alle ore di lavoro da svolgere al di fuori dell'azienda, riservando all'accordo individuale delle parti la regolamentazione della prestazione di lavoro *“entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”*<sup>39</sup>.

Considerazioni, queste, che inducono a ritenere che le due fattispecie, per molti versi sovrapponibili, si differenziano proprio in ragione dell'ampia autonomia riconosciuta nel lavoro agile ad entrambe le parti nella determinazione di tutti gli aspetti inerenti lo svolgimento della prestazione al di fuori dell'azienda, nell'ottica di diversificare le modalità di esecuzione della prestazione in funzione della specifica realtà imprenditoriale nonché delle esigenze del lavoratore stesso.

Se tutto questo è vero, non possono non condividersi le perplessità in ordine ai possibili problemi applicativi alla nuova figura di lavoro agile delle norme dettate per il telelavoro, soprattutto con riferimento ai profili di tutela della salute e della sicurezza.

## 8. *Il lavoro agile nei primi accordi attuativi: alcuni spunti di riflessione*

Sebbene nelle intenzioni del legislatore, come visto, l'autonomia individuale doveva essere lo strumento attraverso cui rendere la fattispecie del lavoro subordinato più agile, i primi accordi sindacali<sup>40</sup> sottoscritti all'indomani dell'entrata in vigore della l. 81/17 sembrano invece restituire alla contrattazione collettiva quel ruolo da protagonista che la legge le aveva, quanto meno formalmente, sottratto<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>40</sup> Tra i primi accordi sul lavoro agile sottoscritti dopo l'entrata in vigore della l. 81/17 si annoverano gli accordi: Siemens del 6 giugno 2017; PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017; Allianz Bank del 10 ottobre 2017; MPS del 23 febbraio 2018; FCA N.V. del 12 marzo 2018; Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018; Zurich dell'11 aprile 2018 e Unicredit del 13 aprile 2018.

<sup>41</sup> Non può negarsi come la contrattazione collettiva possa riconquistare un proprio spazio

Un ruolo che, dovendosi necessariamente allineare alla disciplina legislativa, è sicuramente più circoscritto, ma comunque fondamentale nella determinazione degli aspetti peculiari della prestazione resa in modalità agile.

Per quanto si tratti di un numero ancora limitato di accordi, essi offrono comunque uno spunto di riflessione sullo stato dell'arte dell'attuale disciplina del lavoro agile, pur senza alcuna pretesa di esaustività rispetto ad un'indagine che sconta necessariamente la mancanza di un numero significativo di contratti cui far riferimento.

In linea generale, in tutti gli accordi analizzati il lavoro agile viene inquadrato come misura volta al miglioramento della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nella convinzione che un più proficuo utilizzo della prestazione lavorativa contribuisca ad un incremento della produttività non solo individuale ma anche aziendale.

In questa prospettiva, è costante nelle premesse degli accordi il riferimento ai concetti di responsabilizzazione, autonomia e efficienza organizzativa, che testimoniano la valorizzazione di una cultura del lavoro sempre più orientata al risultato, anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, qual è quello svolto in modalità agile.

Meno frequente, invece, è il richiamo a ragioni di sostenibilità ambientale, richiamate espressamente solo nelle premesse dell'accordo Leonardo del 10 aprile 2018, nel quale il lavoro agile viene definito “*una buona pratica di responsabilità sociale*” laddove consente di “*dare un contributo fattivo alla gestione degli impatti ambientali sui territori (ad es. riduzione delle emissioni dei gas di scarico)*”<sup>42</sup>.

Altra peculiarità comune agli accordi analizzati è il carattere sperimentale della disciplina del lavoro agile, spesso connessa a più ampi piani di *welfare*

tra le fonti regolative della disciplina del lavoro agile anche alla luce del d.l. 22 settembre 2017 (attuativo dell'art. 25, del d.lgs. n. 80 del 2015) con cui si riconoscono sgravi contributivi a favore dei datori di lavoro che abbiano sottoscritto e depositato contratti collettivi aziendali che introducano misure di conciliazione tra vita privata e professionale, tra i quali è annoverato il lavoro agile (art. 3). Inoltre, potrà verosimilmente contribuire a valorizzare il ruolo della contrattazione collettiva anche la l. 28 dicembre 2015 n. 208 che contempla un regime di tassazione agevolata per i premi di risultato di ammontare variabile, la cui corresponsione è legata a incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione, erogati in esecuzione di contratti aziendali o territoriali di cui all'art. 51 del d.lgs. 81/15. Detti incrementi, precisa il legislatore, devono essere misurabili e verificabili tramite criteri di misurazione fissati dalla contrattazione collettiva tra i quali viene espressamente richiamato il lavoro agile.

<sup>42</sup> Cfr. premesse dell'accordo Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018.

aziendale richiamati negli accordi, con la sola eccezione dell'accordo Siemens del 6 giugno 2017, in cui il lavoro agile viene definito, anche alla luce della sperimentazione avviata in azienda già dal 2011, “*una realtà ormai consolidata*” che mira ad affermarsi come “*modalità abituale vigente in azienda*” di effettuazione della prestazione di lavoro subordinato<sup>43</sup>.

Più in generale, tutte le intese attribuiscono all'accordo collettivo la funzione integratrice della disciplina dettata in sede di accordo individuale, che continua comunque a restare la chiave di accesso al lavoro agile: infatti, la tecnica utilizzata è quella dell'adesione volontaria mediante sottoscrizione di un accordo individuale che, in buona sostanza, si limita a recepire quanto concordato in sede collettiva.

Altro comun denominatore degli accordi analizzati è l'adozione della definizione di lavoro agile dettata dalla legge, ovvero di una prestazione di lavoro subordinato che può essere resa in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno<sup>44</sup>: una simile scelta non pone alcun problema nei casi in cui il luogo esterno in cui effettuare la prestazione non viene individuato ma, come nella maggior parte dei casi, può essere liberamente scelto dal lavoratore purché sia idoneo allo svolgimento dell'attività lavorativa e, solo qualora il dipendente tratti materie particolarmente riservate, non sia un luogo pubblico o aperto al pubblico<sup>45</sup>.

Diversamente, la scelta di identificare il luogo esterno nel c.d. *hub aziendale*<sup>46</sup> ha suscitato alcune perplessità tra i primi commentatori, che tendono a considerarlo comunque una pertinenza aziendale e, pertanto, ad escludere, in tal caso, la configurazione di una prestazione di lavoro agile<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. premesse dell'Accordo Siemens del 6 giugno 2017.

<sup>44</sup> Cfr. art. 18, co. 1, 81/17. A questo riguardo si segnala che l'accordo FCA N.V. del 12 marzo 2018 prevede la possibilità di svolgere fino all'80% della propria prestazione in modalità agile e per il restante 20% presso la propria sede di lavoro, a differenza degli altri accordi che limitano lo svolgimento della prestazione in modalità agile al 40% (PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A.) dell'orario normale di lavoro annuo, o ancora ad un giorno a settimana (Unicredit e MPS), a due o tre giorni a settimana (accordo Allianz Bank) o due giorni al mese non cumulabili o frazionabili (accordo Leonardo).

<sup>45</sup> Allianz Bank del 10 ottobre 2017; Siemens del 6 giugno 2017 PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017; FCA N.V. del 12 marzo 2018 e MPS del 23 febbraio 2018.

<sup>46</sup> In questo senso vedi gli accordi Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 Unicredit del 13 aprile 2018.

<sup>47</sup> Di questo avviso TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 22 secondo cui gli *hub* aziendali “sono da ritenersi fuori dalla fattispecie in esame rendendo superate quelle previsioni dei contratti aziendali,

Ad avviso di chi scrive, una simile interpretazione finirebbe per ostacolare la diffusione del lavoro agile, soprattutto laddove l'*hub aziendale* consenta comunque al dipendente di ridurre il tragitto per raggiungere il luogo di svolgimento della prestazione e, quindi, favorisca la conciliazione dei tempi di vita e lavoro che il lavoro agile mira a realizzare<sup>48</sup>.

In alcuni casi la platea dei destinatari viene selezionata, ora prevedendo un numero limitato di lavoratori<sup>49</sup>, ora escludendo alcune categorie<sup>50</sup>.

In altri casi, pur essendo l'accesso al lavoro agile astrattamente riconosciuto a tutti i dipendenti, esso resta comunque subordinato al previo assenso del responsabile gerarchicamente sovraordinato, nonché alla verifica della compatibilità delle mansioni affidate con lo svolgimento della prestazione da remoto<sup>51</sup>.

Il diritto alla disconnessione, per quanto espressamente sancito dalla legge<sup>52</sup>, non trova un'apposita regolamentazione negli accordi esaminati, i quali si limitano a garantirne l'esercizio attraverso la specificazione dell'orario di lavoro da osservare nello svolgimento della prestazione in modalità agile.

In linea di continuità rispetto al passato<sup>53</sup>, gli accordi sottoscritti dopo

soprattutto del settore bancario e assicurativo, che parlano di lavoro agile con riferimento anche a prestazioni rese da centri aziendali esterni o presso filiali e altre sedi del gruppo”.

<sup>48</sup> Proprio a tal fine l'accordo Zurich dell'11 aprile 2018 ha introdotto anche la possibilità per le future mamme e neo mamme di lavorare fino a tre giorni a settimana in modalità *smart working* fino al compimento del primo anno di età del figlio.

<sup>49</sup> In questo senso vedi gli accordi Allianz Bank del 10 ottobre 2017, Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e Zurich dell'11 aprile 2018.

<sup>50</sup> Al riguardo vedi FCA N.V. del 12 marzo 2018 che limita l'applicazione della disciplina sul lavoro agile ai soli quadri ed impiegati “con contratto di lavoro a tempo pieno, a tempo determinato o a tempo indeterminato”: la scelta di esclusione degli apprendisti presumibilmente risiede nell'assenza di garanzie di fiducia, responsabilizzazione che devono sussistere in caso di prestazione resa al di fuori dei locali aziendali; mentre l'esclusione dei lavoratori part-time è da ricercare nella volontà di evitare un eccessivo isolamento professionale del dipendente che, osservando un orario ridotto, non può garantire una presenza costante in azienda. L'accordo Siemens, invece, esclude la possibilità di svolgere la prestazione in modalità agile “al personale addetto a costante e continua attività di assistenza tecnica presso le sedi di clienti”.

<sup>51</sup> In questo senso vedi gli accordi Siemens del 6 giugno 2017 e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017.

<sup>52</sup> Cfr. all'art. 19, ultimo comma, l. 81/17.

<sup>53</sup> Gli accordi collettivi sottoscritti prima dell'entrata in vigore della l. 22 maggio 2017 n. 81 si caratterizzavano per l'adozione di una linea *soft* nella regolamentazione dei poteri datoriali, limitandosi a rinviare alle norme di legge ed ai codici disciplinari adottati in azienda, coerentemente con i valori di responsabilizzazione e fiducia posti alla base del lavoro agile.

l'entrata in vigore della legge non regolamentano in maniera specifica l'esercizio dei poteri datoriali con riferimento alla prestazione resa in modalità agile. In particolare, per quanto riguarda il potere disciplinare, nella quasi totalità dei casi gli accordi si limitano a richiamare i codici disciplinari e le policy aziendali adottate, mentre solo l'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017 individua specifiche condotte suscettibili di rilevanza disciplinare connesse alle particolari modalità di svolgimento della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali<sup>54</sup>.

Il potere di controllo, invece, in tutti gli accordi viene disciplinato attraverso l'espreso richiamo all'art. 4 della l. n. 300 del 1970 riconoscendo la possibilità per il datore di lavoro di verificare il corretto adempimento della prestazione attraverso gli strumenti informatici concessi in dotazione.

L'approccio *soft* nella regolamentazione del lavoro agile che caratterizza i primi accordi attuativi è stato adottato anche con riferimento alla disciplina del recesso dall'accordo di lavoro agile, che in quasi tutti i casi si limita essenzialmente a richiamare le ipotesi previste dalla legge<sup>55</sup>.

Solamente gli accordi Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017, viceversa, individuano ipotesi specifiche di recesso, riconducibili ad una sopravvenuta incompatibilità delle mansioni svolte con la modalità agile del lavoro, o ad una riscontrata inoperatività del dipendente nell'ambito della prestazione resa da remoto<sup>56</sup>.

Si tratta di una scelta opinabile che, seppur dettata dalla volontà di non appesantire eccessivamente la disciplina, rischia di vanificare l'obiettivo del legislatore di dettare, proprio attraverso l'accordo sul lavoro agile, una regolamentazione specifica che tenga conto delle particolarità connesse alla prestazione svolta da remoto.

<sup>54</sup> Al riguardo l'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017 individua quali condotte disciplinarmente rilevanti nell'ambito della prestazione resa in modalità agile "la reiterata mancata risposta telefonica o a mezzo di personal computer del lavoratore negli orari di lavoro o nelle fasce di reperibilità in tempi ragionevoli; la reiterata disconnessione volontaria, non motivata da comprovate ragioni tecniche o personali di natura contingente; ir-reperibilità del lavoratore nella giornata di lavoro agile; reiterata violazione delle linee guida del lavoro agile".

<sup>55</sup> Cfr. art. 19, l. 81/17. Al riguardo solo l'accordo Unicredit del 13 aprile 2018 prevede che il patto di lavoro agile sia a tempo indeterminato, e non anche a tempo determinato.

<sup>56</sup> In questo senso vedi l'art. 1.3 dell'accordo Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e art. V dell'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017.

In definitiva, la regolamentazione per via legislativa del lavoro agile non sembra, allo stato, aver condizionato la disciplina contrattuale che, al di là dei necessari aggiustamenti di cui si è dato conto, ricalca sostanzialmente quella precedente all'entrata in vigore della legge in commento.

Piuttosto, la scelta di alcune tra le più importanti realtà aziendali di continuare a coinvolgere le organizzazioni sindacali nella regolamentazione del lavoro agile nonostante la delegittimazione legislativa, è indice della consapevolezza che una effettiva diffusione di questo nuovo modello di lavoro non possa prescindere dal contributo delle parti sociali, nella convinzione che gli interessi di tutti i soggetti coinvolti siano meglio tutelati in una dimensione collettiva, anziché individuale<sup>57</sup>.

### 9. Subordinazione e lavoro agile

Di fronte alle nuove sfide imposte dalla quarta rivoluzione industriale, il legislatore, anziché “*fuggire dalla subordinazione*”<sup>58</sup> come pure era stato suggerito in dottrina, ha deciso di restare fedele a quell'idea di subordinazione che sin dalle origini ne ha segnato lo sviluppo.

Per farlo ha dunque scelto di “decongestionare” la fattispecie tracciata dall'art. 2094 cod. civ., per evitare che continui ad essere concepita come “*l'ombra cinese della prestazione di lavoro dedotta nel contratto*”<sup>59</sup>, cercando di recuperare, a precise condizioni ed entro rigorosi limiti, spazi di autonomia all'interno della subordinazione.

Così, la l. 81/17 ci consegna un modello di lavoro subordinato più “leg-

<sup>57</sup> In questa prospettiva, l'accordo Unicredit del 13 aprile 2018, come previsto espressamente nelle premesse, si inserisce all'interno di “un quadro di interventi di valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva di secondo livello, inteso quale strumento ritenuto più idoneo a sviluppare il *welfare* aziendale basato non solo sul risparmio economico ma anche su una filosofia gestionale a più ampio respiro che pone al centro il benessere lavorativo e le persone facenti parte dell'organizzazione”.

<sup>58</sup> L'espressione si deve a LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *IS*, 1992, n. 28, p. 1 ss.

<sup>59</sup> D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *op. cit.*, p. 1206, il quale avanza l'idea del lavoro come “istituto giuridico, come struttura riassuntiva dei fenomeni normativi che riguardano la integrazione del lavoro umano nei processi produttivi e nelle organizzazioni, non solo nel quadro di un contratto tipico, ma nell'intera gamma delle relazioni giuridiche entro le quali si realizza”. Sul punto cfr. anche VALLEBONA, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, in Atti del Congresso tenuto a Roma (27 maggio), Cacucci, 1997.



gero” che, eliminando alcuni elementi di rigidità della fattispecie, consente di plasmarne le modalità esecutive della prestazione in relazione alle esigenze dell'organizzazione aziendale in cui il lavoro s'inserisce.

La centralità riconosciuta all'accordo di lavoro agile diventa per questa via la chiave di ammodernamento di una fattispecie, quella del lavoro subordinato disegnata dall'art. 2094 cod. civ., che ha mostrato una straordinaria capacità di tenuta per tutto il secolo breve<sup>60</sup>.

In questa prospettiva, la valorizzazione dell'autonomia individuale delineata dalla legge non ha determinato, come le prime esperienze applicative dimostrano, una delegittimazione della contrattazione collettiva che, anche dopo l'intervento legislativo, continua a rivestire un ruolo di prim'ordine nella regolamentazione del lavoro agile.

Solo il tempo potrà dirci se tale scelta si dimostrerà vincente, ma ciò dipenderà soprattutto da tutti i soggetti coinvolti e dalla capacità con cui saranno stati in grado di utilizzare in maniera adeguata l'autonomia che è stata loro riconosciuta<sup>61</sup>, e raccogliere questa ambiziosa sfida che potrebbe delineare una nuova frontiera delle relazioni industriali.

<sup>60</sup> Sull'opportunità di difendere la centralità della categoria della subordinazione sia consentito rinviare a MARTONE, *La subordinazione. Una categoria per il nuovo secolo*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, in corso di pubblicazione. Nello stesso senso si era già espresso DELL'OLIO, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *ADL*, 1998, III, p. 697 ss., il quale, analizzando la crisi della categoria della subordinazione disegnata dall'art. 2094 cod. civ., ne ipotizzava il superamento “insieme, e non con la rinunzia, al concetto che ne ha finora, nell'Italia e dell'Italia, costituito la chiave”; analogamente vedi anche DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, II, p. 467 ss., che definisce la subordinazione “il filo conduttore o elemento strutturale dell'impalcatura su cui regge il diritto del lavoro e dal quale è prudente non distaccarsi anche nelle prossime fasi evolutive della materia, pena la perdita di quella coerenza minimale che va salvaguardata anche in epoca di trionfante e progugnato nichilismo giuridico”.

<sup>61</sup> Sulla qualificazione del concetto di organizzazione come funzione propria del contratto di lavoro doveroso è il richiamo a PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 266 ss.

### **Abstract**

L'Autore analizza i tratti distintivi di questa nuova modalità flessibile di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, al fine di evidenziare il suo possibile ambito di operatività in un sistema del lavoro che, anche se profondamente riformato negli ultimi venti anni in conseguenza della crisi economica e delle trasformazioni del sistema produttivo, ancora continua a considerare il lavoro subordinato la sua principale forma lavorativa. In quest'ottica, l'Autore dapprima si sofferma sui singoli aspetti innovativi della disciplina introdotta dalla L. n. 81 del 22 maggio 2017, per poi analizzare se e in che misura la novella legislativa abbia condizionato la regolamentazione del lavoro agile nell'ambito dei contratti collettivi stipulati dopo la sua entrata in vigore.

The Author focuses on analyzing the main and characterizing issues of this new flexible modality to perform the employment activities, in order to highlight its relevant application sphere in a labour market that, even if deeply modified over the last twenty years due to the economic crisis and the processing industry, it still continues to consider employment relationship as its main activity. With this in mind, the Author first of all focuses on the original aspects of the legal framework introduced by Law n. 81 of 22 May 2017, to then analyze whether and how this law has conditioned the smart working regulation in the sphere of the collective agreements which are signed after its entry into force.

### **Key words**

Industria 4.0, subordinazione, agilità, autonomia, accordo, contrattazione collettiva.

Industry 4.0, employment relationship, smart, self employment, agreement, collective bargaining.

## Marie Mercat-Bruns

### Systemic discrimination at work in France and the EU: can antidiscrimination law be transformative?

**Sommario:** **1.** The concept of systemic employment discrimination: its formal construction abroad and emergence in Europe. **2.** Examples of systemic discrimination in EU and French employment law. **3.** Systemic solutions in cases of structural inequality at work: an opportunity to consider discrimination law as transformative? **4.** Conclusion.

#### I. *The concept of systemic employment discrimination: its formal construction abroad and emergence in Europe*

“Systemic discrimination” as a concept cannot be found in the letter of the law in Europe. So our first goal is to show how and why this notion, defined later, has emerged informally in France in a particular legal context drawing from a comparative analysis with countries engaged in a similar process. This analysis of the development of employment discrimination law plays an important role at a time when labor and employment law in EU member states are facing a variety of changes under the impetus of EU flexibility policy<sup>1</sup>. Reflecting on systemic discrimination begs the larger question of whether antidiscrimination law can be seen as an autonomous legal discipline of Law with certain concepts (direct, indirect, multiple and systemic discrimination) based on international and national norms of different value and principles (equality and liberty), specific rules of evidence (shift of burden of proof) and goals (diversity, religious neutrality)<sup>2</sup>. Considering systemic dis-

<sup>1</sup> BEKKER, *Flexicurity in the European Semester: still a relevant policy concept?*, in *JEPP*, 2017, II, p. 175.

<sup>2</sup> MERCAT-BRUNS, *Le droit de la non-discrimination : une nouvelle discipline en droit privé ?*, in *RD*, 2017, p. 224.

crimination might help to provide meaning, coherence, logic and order to antidiscrimination policies, legislation and case law by measuring to what extent it can be truly transformative in employment. Our goal is to show that systemic discrimination focuses both on a new way to uncover and analyze forms of employment discrimination in practice and, eventually, to offer systemic solutions to more structural manifestations of discrimination<sup>3</sup>.

Before dealing with the above mentioned topics, a basic definition of systemic discrimination must be adopted in the context of employment which will be later fleshed out. Systemic discrimination at work can be described as patterns of behavior, policies or practices that are part of the structures of an organization, and which create or perpetuate disadvantage for persons in the workplace. For example, the glass ceiling phenomenon, where women do not experience the same career path and overtime pay than men can reflect systemic discrimination. The glass ceiling cannot be seen only as an illustration of a collective form of sex discrimination but constitutes a structural barrier to equal opportunity in employment resulting from voluntary and involuntary practices. In this perspective, direct and indirect sex discrimination can coexist to produce systemic discrimination.

In this perspective, the first step is to understand how the concept of systemic discrimination emerged in France and abroad in employment. The second stage of the analysis is to show how this research grid can offer a new way to “revisit” French and European case law in employment. Thirdly, it can be useful to consider a new approach to adopting systemic discrimination as a vector to test new tools for equal opportunity in employment.

When discrimination affects a certain number of workers, the reaction to consider should be the sum of a certain number of individual claims. But what if this collective dimension of discrimination reflected a change in the nature of discrimination itself? This question arises from an analysis of the law of countries who have adopted the concept of systemic discrimination itself like the United States and Canada and the law of some European countries which have recently adopted a form of class action to fight collective discrimination such as France.

<sup>3</sup> MERCAT-BRUNS, *Discrimination at work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, 2016, p. 108; also accessible E-Book, <https://www.luminoso.org/site/books/10.1525/luminos.11/>, and MERCAT-BRUNS, *Discrimination au travail: dialogue avec la doctrine américaine*, Dalloz, 2013, p. 269. MERCAT-BRUNS, *Oppenheimer, sartorius, comparative perspective on enforcement and effectiveness of antidiscrimination law*, Springer, 2018.

In the United States systemic discrimination has been determined by using a more quantitative criterion: as described by the Equal Employment Opportunity Commission, “systemic discrimination in employment involves a pattern or practice, policy, or class case where the alleged discrimination has a broad impact on an industry, profession, company or geographic area. Examples of systemic practices include: discriminatory barriers in recruitment and hiring; discriminatorily restricted access to management trainee programs and to high level jobs; exclusion of qualified women from traditionally male dominated fields of work; disability discrimination such as unlawful pre-employment inquiries; age discrimination in reductions in force and retirement benefits; and compliance with customer preferences that result in discriminatory placement or assignments”<sup>4</sup>.

Canada has opted for qualitative criteria to define systemic discrimination uncovered through litigation: as the Ontario Human Rights Commission has explained, “discrimination can result from individual behavior as well as the unintended and often unconscious consequences of a discriminatory system”<sup>5</sup>. As the Supreme Court of Canada has described, “in terms of grounds, it can be described as patterns of behaviour, policies or practices that are part of the structures of an organization, and which create or perpetuate disadvantage in the workplace for persons based on their race” for example<sup>6</sup>. In France, an attempt to define systemic discrimination in employment was made in the national report of the Ministry of Justice prior to the passage of the law of 2016 on class action discrimination suits<sup>7</sup>. The study tried to grasp systemic discrimination in employment as the cause and justification for the class action bill: “systemic discrimination is a discrimination that derives from a system, in other words an established order resulting from

<sup>4</sup> [www.eeoc.gov/eeoc/systemic/](http://www.eeoc.gov/eeoc/systemic/).

<sup>5</sup> [www.ohrc.on.ca/en/racism-and-racial-discrimination-systemic/](http://www.ohrc.on.ca/en/racism-and-racial-discrimination-systemic/).

<sup>6</sup> Supreme Court of Canada, *CN v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Action Travail des Femmes* alleged that CN was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to the Canadian Human Rights Act by denying employment opportunities to women in certain unskilled blue-collar positions. A Human Rights Tribunal studied the complaint, found that the evidence indicated clearly that the recruitment, hiring and promotion policies at CN prevented and discouraged women from working on blue-collar jobs, and concluded that it was essential to impose upon CN a special employment program.

<sup>7</sup> Law n° 2016-1547, Nov. 18 2016 on the modernization of Justice XXI Century, JORF n° 0269 Nov. 19/2016.

practices, voluntary or involuntary, apparently neutral but which produces wage gaps or disparities in career promotions between groups in employment. This systemic discrimination combines four factors: stereotypes linked to certain groups, job segregation in the representation of different groups in employment, an undervaluation of certain jobs and a preference for short term economic goals. Systemic discrimination is not easily detected without an in-depth investigation of situations by categories of employment”<sup>8</sup>.

However, despite this rather elaborate French analysis of systemic discrimination provided before the legislative reform, the new French law on class actions to combat discrimination falls short from adopting a new concept of systemic discrimination and focuses on a much narrower, somewhat uniform, description of the collective discrimination targeted by the new procedural measure, ignoring its complex nature. The new French law covers a rather narrow discriminatory violation perpetrated by the same person, affecting a group in a similar way: under article 62, “The new law seeks to intervene when several persons placed in a *similar* situation who have suffered from a harm committed by the *same* person, caused by a contractual or legal violation of the *same* nature...”<sup>9</sup>.

In this context, it is uncertain whether or not the new French class action suit will help to prevent and combat systemic discrimination often linked to a variety of acts and a variety of authors at different times of a career for example, producing a glass ceiling effect at the end of a professional life. Systemic discrimination can stem from both formal and informal policies, practices and decision-making processes and can result in barriers for and exclusion of persons protected by antidiscrimination employment law. For example, the use of informal or highly discretionary approaches are particularly problematic as there is more room for subjective considerations, differing standards and biases to come into play. Moreover, systemic discrimination in employment can result, for instance, from the design of policies, practices and decision-making processes in a way that uses the dominant culture of the company as the norm (for instance, systematic promotion of a youth culture in a sector to please customers or a clearly gendered workplace through specific dress codes in a company...).

<sup>8</sup> See PECAUT-RIVOLIER, *Lutter contre les discriminations au travail: un défi collectif*, Rapport au Ministère de la Justice, 2013, p. 27.

<sup>9</sup> Law n. 2016-1547, Nov. 18 2016 on the modernization of Justice XXI Century, JORF n. 0269 Nov. 19/2016.

Since individual EU Member states might interpret the concept of systemic discrimination differently according to their legal tradition and their implementation of EU equality law in employment, the notion of systemic discrimination can be used first as a useful instrument to “revisit” how the existing antidiscrimination legal frameworks in European and national legal frameworks have already adopted a systemic lens, notwithstanding the eventual adoption of systemic discrimination in the future as a formal concept in national and EU norms themselves.

## 2. *Examples of systemic discrimination in EU and French employment law*

It is possible to show that, in view of the extensive body of laws and judicial interpretation of notions of direct and indirect discrimination and of grounds of discrimination, litigation and legislative developments have previously dealt implicitly with systemic discrimination in employment. This analysis actually follows a more general trend in antidiscrimination law that can be perceived as transformative to the extent that the causes of discrimination seem more structural in nature.

First the expansion of antidiscrimination law from intentional direct discrimination to indirect discrimination lays the first foundations of this more subtle systemic framework because it shifts the focus on apparently neutral rules having disadvantageous effects on people with a protected characteristic. The idea of subjecting to scrutiny as indirect discrimination an innocuous difference in pay between full-time workers and part-time workers regardless of the quality and the nature of the job to fight absenteeism, encourage productivity and promote full use of machinery, proceeds from the same systemic logic to confront the causes of the persistent gender wage gap<sup>10</sup>.

Similarly, the construction of the standard of equal pay for work of equal value draws from the purpose to combat the often involuntary segregation of jobs according to sex and to allow comparability between, first, identical jobs occupied by men and women than comparable jobs<sup>11</sup>. In particular, when a job classification system from the outset is used to determine pay,

<sup>10</sup> ECJ March 31 1981 *Paula Jenkins* Case C-96/80, ECLI:EU:C:1981:80.

<sup>11</sup> EUCJ April 8 1976 *Defrenne* Case C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56.

such a system must be based on the same criteria for both men and women, for example, stewards and airline stewardesses/hostesses; otherwise, women may suffer from loss in pay and pension even though the men and women of the same air crew perform identical duties. In both cases, in a company, more generally, wage disparities can be perpetuated over time because of past direct discrimination in pay detrimental to women that have been consolidated in the distribution of jobs increasing the risk of indirect sex discrimination. It is more generally the combination of direct and indirect sex discrimination that produces systemic wage discrimination in a particular sector of activity as the ECJ Court recognized early on: “it is impossible not to recognize that the complete implementation of the aim pursued by article 119, by means of the elimination of all discrimination, direct or indirect, between men and women workers, not only as regards individual undertakings but also entire branches of industry and even the economic system as a whole, may in certain cases involve the elaboration of criteria whose implementation necessitates the taking of appropriate measures at community and national level”<sup>12</sup>.

This prior judicial recognition of systemic discrimination in promotions has also become over the years an essential requirement to implement equal employment opportunity. In the *Napoli* case, the ECJ promotes institutional systemic change to the extent that it considers the structural effects of maternity leaves on careers of women over time. In that case, national Italian legislation permitted exclusion of Ms Napoli from a training course to become a deputy commissioner in the prison service as a result of her absence from that course for a period of more than 30 days, even though the reason for that absence was compulsory maternity leave. The Court starts with a systemic analysis of the barriers for opportunity to develop career paths and takes into account that this time frame of the training is essential for advancement in this type of work of a civil servant of the penitentiary system: “the vocational training course which forms an *integral* part of [this] employment and which is *compulsory* in order to be able to be appointed *definitively* to a post as a civil servant and *in order to benefit from an improvement in [Napoli’s] employment conditions*, while guaranteeing her the right to participate in the next training course organised, the date of which is nevertheless uncertain”. In other words, Napoli is not refused the training because of her

<sup>12</sup> ECJ *Defrennes* C-43/75, cit., § 19.



absence linked to maternity but she is postponed to a later, uncertain date which will delay her advancement and contaminate indefinitely the progression of her career. Other workers who did not bare children benefited from the training right away and were promoted earlier with a direct positive effect on their wages.

This same structural analysis can be found in examples of laws on the discriminatory nature of pay scales for apprenticeships<sup>13</sup> or on retirement pensions which also perpetuate systemic discrimination. Yet judicial scrutiny seems less stringent for collective bargaining agreement<sup>14</sup> because of the deference generally reserved to collective contracts made by the social partners in Europe<sup>15</sup>. In the *Brachner* case, the question was whether a pension reform, which increased first all pensions except the lowest ones, disproportionately affected women who benefit from these lower retirement benefits: “article 4(1) of Directive 79/7 must be interpreted as meaning that, taking into account the statistical data produced before the referring court and in the absence of evidence to the contrary, that court would be justified in taking the

<sup>13</sup> EUCJ June 18 2009 *Hütter* Case C-88/08, ECLI:EU:C:2009:381: “Articles 1, 2 and 6 of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation must be interpreted as precluding national legislation which, in order not to treat general education less favourably than vocational education and to promote the integration of young apprentices into the labour market, excludes periods of employment completed before the age of 18 from being taken into account for the purpose of determining the incremental step at which contractual public servants of a Member State are graded”.

<sup>14</sup> With regard to age, a collective bargaining agreement based on a national scheme for example can give way to a more lenient argument while applying the proportionality test in application of article 6 Directive 200/78 exception which excludes the presence of age discrimination, ECJ July 5 2012 *Hörnfeldt* Case C-141/11, ECLI:EU:C:2012:421 § 39: “in that regard, it must be pointed out, firstly, that the 67-year rule [of mandatory automatic retirement] makes it possible for the social partners to make use, by means of individual contracts or collective agreements, of the mechanism of automatic termination of employment contracts only from the age of 67, since Paragraph 32a of the LAS prohibits the imposition of a compulsory retirement age lower than 67. That paragraph thus confers on the employee an unconditional right to continue his professional activity until his 67th birthday, in particular in order to augment the income on the basis of which his retirement pension will be calculated and thus to increase the amount of that pension”.

<sup>15</sup> See ECJ Oct. 16 2007 *Palacio* Case C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604, § 68: “It should be recalled in this context that, as Community law stands at present, the Member States and, where appropriate, the social partners at national level enjoy broad discretion in their choice, not only to pursue a particular aim in the field of social and employment policy, but also in the definition of measures capable of achieving it (see, to that effect, ECJ Nov. 2005 *Mangold* Case C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, § 63).

view that that provision precludes a national arrangement which leads to the exclusion, from an exceptional pension increase, of a significantly higher percentage of female pensioners than male pensioners”<sup>16</sup>. Here the collective policy impacts the welfare states since this discrimination affects disproportionately pensions and not employment. So systemic discrimination can have a wider scope than just conditions of employment.

Lastly, systemic direct discrimination has been smoked out by the Court in instances where the cause of discrimination even affects a worker’s personal relationships outside the workplace because of the care given to a child. In *Coleman* case, a mother taking care of her child with a disability did not obtain the same worktime adjustments than workers who were parents of children without disabilities<sup>17</sup>. The Court creates a concept of discrimination by association and so *structurally* the discrimination ban extends the disability ground to the systems of primary “care” providers and unavoidable barriers to employment: “where it is established that an employee in a situation such as that in the present case suffers direct discrimination on grounds of disability, an interpretation of Directive 2000/78 limiting its application only to people who are themselves disabled is liable to deprive that directive of an important element of its effectiveness and to reduce the protection which it is intended to guarantee”<sup>18</sup>. The plaintiff Coleman had also been subject to harassment, insults and humiliation, which is also a sign of a hostile environment, symptomatic of systemic discrimination.

On a national level, France also offers examples of cases where the judges implicitly seem to take a systemic approach to discrimination issues, outside of the observation in previous studies of systemic discrimination through the glass ceiling effect of age, union and sex discrimination in employment<sup>19</sup>. Four cases offer illustrations of how the French Supreme Court seems to grasp the voluntary and involuntary effects of employment practices or of work organization as well as apparently neutral legislation that perpetuate the disadvantage of certain groups at work.

A first case concerns an example of sex segregation of jobs uncovered by the high court<sup>20</sup>. Indirect sex discrimination was used to contest the refusal

<sup>16</sup> ECJ October 20 2011 *Brachner* Case C-123/10, ECLI:EU:C:2011:675.

<sup>17</sup> EUCJ July 17 2008 *Coleman* Case C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

<sup>18</sup> EUCJ July 17 2008 *Coleman* Case C-303/06, cit. § 51.

<sup>19</sup> MERCAT-BRUNS, *Identification de la discrimination systémique*, in *RDT*, 2015, p. 672.

<sup>20</sup> Cour de Cassation Soc. June 6 2012 N° 10-21489.

to affiliate social workers to the pension fund for managers and to affiliate technicians with the same level of qualification to the manager's fund. Social workers were mostly women and technicians mostly men. The Court used a systemic analysis because it showed both that there was a direct effect of this difference of affiliation in the way it devalued the profession of social worker and that the defendant did not give a proportionate justification for this difference of treatment. The objective of this difference could be the coherence of the allocation of benefits according to different professions to ensure the survival of the pension system. But the Court then proceeded to question whether the means to achieve that aim were coherent, namely means that were necessary and appropriate. In other words, the Court exposed the structural incoherency of the evaluation of managerial professions.

First the Court rejected the argument that social workers were not considered managers in other collective bargaining agreements: a circular reasoning which reflects historical systemic discrimination. Second the Court concretely compared the skills and tasks of technicians and social workers and realized that social workers demonstrated more managerial skills, leadership working on guardianship investigations and domestic violence compared to technicians. This case proves that collective bargaining agreements to manage benefits linked to the welfare state, decisions of employers or public authorities can perpetuate past systemic discrimination regarding certain positions devalued and dominated by women.

The second French case concerns systemic discrimination and the ground of race. In this litigation, it was a Court of Appeals and not the Cour de Cassation which revealed how racial harassment can be a source of systemic discrimination at work<sup>21</sup>. In this instance, a cook of maghrebin origin quits his job without giving notice after repeated comments from his supervisor in the kitchen on how work of bad quality was "arab work". The Court of Appeals of Lyon<sup>22</sup> recognizes this as racial discrimination and considers that the employee resignation is constructive discharge and is not justified for just cause. The Court of Appeals implies that this has created a systemic hostile environment discouraging the worker distraught who decides to resign. The Court of Cassation on appeal reverses the judgment of the Court of Appeal, considering that the link between the discrimination and the un-

<sup>21</sup> See Cour de cassation Soc. Sept. 22 2015 N° 14-11563.

<sup>22</sup> Cour d'appel de Lyon Dec. 5 2013.

explained departure of the worker is not explained by the Court of appeals. Outside of the unfortunate outcome, the Court of Appeals probably was not followed because the direct effect of the discrimination on the plaintiff's ulterior conduct was not established. The plaintiff should have alleged systemic racial harassment which is typical in certain professions like sexual harassment and would have proven the causal link between discrimination as harassment and the worker's will to resign without notice<sup>23</sup>.

The third case which reflects a trend towards a systemic approach to discrimination at work concerns a case of multiple discrimination based on the combined effect of origin and sex. Again indirect discrimination serves to combat the recurring exploitation of very vulnerable groups, namely undocumented domestic female workers, subject to systemic discrimination due to the invisibility of their precarious status. This remarkable case of an undocumented worker from Cape Verde went practically unnoticed<sup>24</sup>. The plaintiff had worked nine years as a nanny at a home where she received room and board. She was subsequently dismissed with no severance pay, no housing perspective and no possibility to contest the just cause of the dismissal in front of the labor court in view of her illegal status. The French Supreme Court was determined to condemn this abuse of power, declaring that the existence of discrimination does not always require a comparison with other workers. In other words, as the Court explicitly states: the worker had been the subject of "exploitation" because her employer let her off without remedy, conscious of her illegal status. Her employer knowingly took advantage of her "apparently neutral" status of undocumented worker to dismiss her without any redundancy or justification. The Court relies on a systemic approach to indirect discrimination by concluding that this "exploitation" of her supposedly neutral status created a disadvantage affecting only people of certain nationalities. The Court alludes to the fact that often these foreign women work as illegal domestic workers. The use of indirect discrimination based on a single ground allows the Court to explain that "the worker cannot be compared to other domestic workers who are documented and can contest their unjust dismissal and vindicate their rights".

The key to the judge's reasoning is to show how indirect discrimination

<sup>23</sup> MERCAT-BRUNS, *Racisme au travail: les nouveaux modes de détection et les outils de prévention*, in *DS*, 2017, p. 361.

<sup>24</sup> Cour de Cassation, Soc. Nov. 3 2011, no. 10-20765.

can operate efficiently to expose laws and not just employers' practices which are apparently neutral in principle but arbitrary in application: multiple discrimination can produce a negative impact which is not always apparent. This implicitly shows how direct discrimination is also limited in confronting certain forms of multiple discrimination because of the need for a comparator at the initial stage of proof of discrimination (in this case, no comparability possible with domestic workers who can seek redress in court) whereas indirect discrimination is invoked here in the absence of a comparator to prove direct discrimination. These undocumented workers are both exposed to intersectional bias since they are seen as exploited and vulnerable and they suffer from compounded discrimination because as women in these domestic jobs they can be subject to sexism and racism at the same time or sequentially. Workers subject to multiple discrimination are more often exposed to systemic discrimination because of their more limited opportunities to detect and contest systematic discrimination in court due to their situation of aggravated subordination<sup>25</sup>.

Lastly, the *Bouagnaoui* case of the dismissal of a veiled female engineer<sup>26</sup>, which was handed down after a preliminary ruling of the EUCJ<sup>27</sup> shows the emergence of ways religious discrimination in the workplace can give rise to systemic discrimination. In this instance, Bouagnaoui was wearing her veil inside the company but as a consultant, customers rejected the idea that she could come and work with them with her veil. She contested her dismissal based on her refusal to take off her veil. The EUCJ rejected the idea customer injunctions could justify an essential and determinate requirement for her job and therefore it would be direct discrimination if this justified the dismissal. However, the EUCJ Court considered the company could put into place a neutrality rule for workers in contact with customers and it would not be indirect discrimination if the employer had provided reasonable accommodation and attempted to transfer the employee to another job with no customer interaction before firing her. In light of the EUCJ decision, the Cour de Cassation followed this two step standard and globally embraced a systemic approach to the issue by deciding there was direct discrimination

<sup>25</sup> MERCAT-BRUNS, *Discriminations multiples et identité au travail au croisement des questions d'égalité et liberté*, in *RDT*, 2015, p. 28.

<sup>26</sup> Cour de Cassation Nov. 22 2017 n°13-19855.

<sup>27</sup> EUCJ March 14 2017 *Bouagnaoui* Case C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

in the absence of a neutral dress code in the company. Even though the more global issue of the impact of these neutrality rules over time on highly qualified veiled female workers was not discussed, the Cour of Cassation did consider that, in the future, in the presence of a neutrality rule in other cases, its discriminatory impact could only be discarded if there is an attempt to reasonably accommodate the worker. The judicial introduction in France of a possibility of religious reasonable accommodation, a positive obligation to try to reinstate the worker in another employment, seems to favor a systemic approach to the question of religious discrimination in the event of a neutrality company code, under the impetus of the EUCJ.

3. *Systemic solutions in cases of structural inequality at work: an opportunity to consider discrimination law as transformative?*

This finding of a systemic analysis of discrimination in Europe requires a last phase of reflection intrinsically linked to this structural view of discrimination. One of the main redeeming features of a systemic discrimination approach is that it requires systemic solutions once it is discovered to compensate the structural inequalities exposed<sup>28</sup>. Conversely, the main challenge, generally, with regard to discrimination law, is its variable scope and effect to combat discrimination mostly through litigation, even in civil jurisdictions: the difficulty is to repeatedly have to prove discrimination despite the shift in the burden of proof<sup>29</sup> and rely on the difficult enforcement in countries when the financial remedies awarded for the violation are often rare or limited<sup>30</sup>.

The collective nature of systemic discrimination requires collective and global solutions that can be varied and constitute measures for substantive equality. European law authorizes positive action in the form of flexible quotas<sup>31</sup> and there have been previous European Union attempts to encourage

<sup>28</sup> See CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique: fondement et méthodologie*, Commission des droits de la personne du Québec, éd. Yvon Blais, 1989, p. 85.

<sup>29</sup> Directives 2000/78, Art. 10; 2000/43, Art. 10 and see EUCJ April 19 2012 *Meister* Case C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217.

<sup>30</sup> MERCAT-BRUNS, OPPENHEIMER ET AL. (eds.), *Enforcement and Effectiveness of Discrimination Law in a Global World*, Springer, 2018.

<sup>31</sup> See for example, ECJ Oct 17 1995 *Kalanke* Case C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322; ECJ March 28 2000 *Badeck* Case C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163.

parity rules in executive boards<sup>32</sup>. The occurrence of harassment as a form of discrimination can also be anticipated through training on identifying stereotypes fostered by the company's culture and rules to prevent the risk of a glass ceiling in high level management positions<sup>33</sup>.

In France, the most innovative systemic tool comes out of the act on class action suits to prosecute discrimination claims that has been adopted in 2016<sup>34</sup>. This new act on class action in France provides for compensation for emotional distress and material compensation but also considers the possibility to avoid litigation through a pre-litigation transaction if the employer commits to stop the collective discrimination for the future: a more structural alternative that goes beyond compensation of individual harm<sup>35</sup>. Moreover, if the litigation is pursued, the judge can also order an injunction to stop the discrimination in the future instead of only requiring a financial remedy<sup>36</sup>. This option could allow the implementation in companies of "equity programs, strategies for both promoting equality and preventing discrimination"<sup>37</sup>.

The goal of these systemic solutions is to develop accountability and transparency of companies to promote and recruit more workers from disadvantaged groups in certain sectors at all levels including management positions. Another option is to encourage companies to adopt mechanisms to

<sup>32</sup> File:///C:/Users/MarieMERCAT/Downloads/WomenonBoards.pdf.

<sup>33</sup> BELL, MC LAUGHLIN, SEQUEIRA, *Discrimination, Harassment, and the Glass Ceiling: Women Executives as Change Agents*, in *JBE*, *Journal of Business Ethics*, 2002, pp. 65-76.

<sup>34</sup> See *op. cit.*, note 5.

<sup>35</sup> Art. 64, Law of the modernization of Justice, *cit.*, note 5.

<sup>36</sup> Art. 65, Law of the modernization of Justice, *cit.*, note 5.

<sup>37</sup> Equity programs is a term used in Canada to describe "a broad, proactive strategy for promoting equality and preventing discrimination. It is based on principles of flexibility, accessibility, expansion, innovation and accountability". See in the Saskatchewan Province, equity programs in education and employment: "employment equity plans help Saskatchewan employers and employees experience the benefits of fair, full employment and a diverse workforce.... Equity in employment means: a representative workforce that mirrors the make-up of Saskatchewan's working age population at all levels and in all occupations; and supportive, welcoming work environments that promote the full participation of all groups". The Saskatchewan Human Rights Commission uses Statistics Canada data on the make-up of Saskatchewan's working age population to get a picture of what a representative workforce would look like. Qualitative indicators of success include subjective factors such as job satisfaction and positive working relationships : <http://saskatchewanhumanrights.ca/equity-site/what-is-the-equity-program>.

monitor the concrete measures for inclusive equality<sup>38</sup> and avoid repeated or future liability of undertakings. This could take multiple forms: training on implicit bias awareness for managers, virtual platforms to inform all workers of promotion opportunities, empowering them to apply, implementation of policies to compensate or signal the gender gap, and mentoring proposals between senior managers and lower level workers to avoid the risk of a progressive underrepresentation in managerial positions of certain groups of workers because of their age, origin or sex for example. In sum, the existence of a class action suit can create more impetus for meaningful positive action to prevent or avoid systemic discrimination in the future.

#### 4. *Conclusion*

Revisiting antidiscrimination law at work through the lens of systemic discrimination informs different dimensions of the principle of equality. First, from a pragmatic point of view of the strategic labor law litigator or the human resource manager, the recognition of systemic discrimination helps to understand the articulation between direct and indirect discrimination. Secondly, the existence of systemic discrimination requires enforcement which is a balance between detecting discrimination in employment and implementing compliance mechanisms to cease the structural discrimination in the future. Thirdly, combating systemic discrimination contributes to a more proactive view of social cohesion in Europe where historically legitimate differential treatment to confer social rights through legal categories exist in the welfare systems (maternity, pension, disability...). Understanding the causes and consequences of systemic discrimination can help to organize workers' social rights in a way to avoid structural inequalities taking into account more globally parental rights, intergenerational conflict and access to justice for the most disadvantaged groups in employment such as those subject to multiple discrimination.

<sup>38</sup> See generally SHEPPARD, *Inclusive Equality: the relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, McGill Queens University Press, 2010.



## **Abstract**

In Europe, the concept of systemic discrimination is not found in the letter of the law. It is useful to consider how this notion has developed informally in France and more formally outside of the European Union. Moreover reflecting on systemic discrimination serves as a new framework of analysis of prior French and European case law in employment. Lastly, the collective nature of systemic discrimination, once it is uncovered, requires structural solutions that constitute new measures for substantive equality.

In Europa, il concetto di discriminazione sistemica non trova alcun fondamento nella formulazione della normativa in materia di discriminazione. È utile considerare come in Francia, contrariamente a quanto avvenuto al di fuori dell'Unione europea, questa nozione si sia affermata senza avere formalmente una base giuridica. Il saggio utilizza il concetto di discriminazione sistemica come chiave interpretativa per riconsiderare la giurisprudenza francese ed europea finora sviluppatasi in materia di discriminazioni sul lavoro. Infine, si pone in rilievo che la natura collettiva della discriminazione sistemica, ove questa assuma rilevanza, richiede l'adozione di nuove misure strutturali per promuovere l'uguaglianza sostanziale.

## **Key words**

Systemic discrimination at work, EU Antidiscrimination Law, France.

Discriminazioni sistemiche sul lavoro. diritto antidiscriminatorio europeo, Francia.



**Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15 – Pres. Lenaerts, Rel. Šváby - Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems SpainSL**

**Rinvio pregiudiziale – Articolo 56 TFUE – Articolo 58, paragrafo 1, TFUE – Servizi nel settore dei trasporti – Direttiva 2006/123/CE – Servizi nel mercato interno – Direttiva 2000/31/CE – Direttiva 98/34/CE – Servizi della società dell'informazione – Servizio d'intermediazione che consente, mediante un'applicazione per smartphone, di mettere in contatto dietro retribuzione conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare spostamenti in aerea urbana – Requisito di un'autorizzazione.**

*L'articolo 56 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“Direttiva sul commercio elettronico”), devono essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione, come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana,*

*deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di “servizi nel settore dei trasporti”, ai sensi dell’articolo 58, paragrafo 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall’ambito di applicazione dell’articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31.*

★ ★ ★

## Massimiliano Delfino

### Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso *Uber*\*

**Sommario:** **1.** *Uber* davanti alla Corte di giustizia: servizio d'intermediazione o servizio di trasporto?. **2.** *Segue.* I profili giuslavoristici e il tradizionalismo (relativo) della Corte. **3.** I pronunciamenti dei giudici inglesi: elementi sintonici. **4.** *Uber* e l'Agenda europea per l'economia collaborativa. **5.** La "questione qualificatoria" e i rischi del diritto giurisprudenziale.

#### 1. *Uber* davanti alla Corte di giustizia: servizio d'intermediazione o servizio di trasporto?

Partendo dalla sentenza della Corte di giustizia *Uber* del 20 dicembre 2017 si cercherà di dimostrare come le innovazioni al tempo della *gig economy* o della *collaborative economy*<sup>1</sup> non mutino di molto le questioni di fondo del diritto del lavoro, ma richiedano piuttosto all'interprete un'elevata capacità di adattamento al nuovo contesto digitale.

È opportuno procedere con ordine, scomponendo il caso in oggetto in due profili distinti anche se collegati fra loro.

\* Questo contributo è destinato agli scritti in onore di Roberto Pessi.

<sup>1</sup> Sul punto v. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa* COM(2016) 356 final del 2 giugno 2016. Secondo questa comunicazione, "l'espressione 'economia collaborativa' si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. L'economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale ('pari') sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ('prestatori di servizi professionali'); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma online – i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ('piattaforme di collaborazione'). Le transazioni dell'economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro". In generale, sul lavoro al tempo della *collaborative economy* o della *gig economy* v., *ex multis*, MAGNANI, *Il contratto di lavoro subordinato*, WP CSDL E "Massimo D'Antona". IT - 360/2018; ICHINO P., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in RIDL, 2017, I, p. 525 ss.; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017; DONINI, *Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in DRI, 2016, p. 164 ss. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; v. da ultimo, PAPA, *Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi o vecchie esigenze di tutela*, in DRI, 2018, p. 729 ss.

Il primo profilo, di gran lunga predominante nella sentenza dei giudici di Lussemburgo e sostanzialmente esterno alle logiche giuslavoristiche, è quello concernente gli aspetti legati alla concorrenza, che passano attraverso l'alternativa se classificare Uber come servizio *tout court* o, più precisamente, come servizio informatico d'intermediazione, in quanto tale soggetto agli artt. 56 ss.TFUE e alle direttive sui servizi, oppure come servizio di trasporto, cui si applicano gli artt. 90 ss.TFUE<sup>2</sup>.

A tal proposito, la Corte è chiara nell'affermare che “un servizio come quello di cui al procedimento principale non è soltanto un servizio d'intermediazione che consiste nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per *smartphone*, un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana”<sup>3</sup>. “Infatti, in una situazione, ..., in cui il trasporto dei passeggeri è effettuato da conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo, il fornitore di tale servizio d'intermediazione crea al contempo un'offerta di servizi di trasporto urbano che rende accessibile segnatamente con strumenti informatici ... e di cui organizza il funzionamento generale a favore delle persone che intendono avvalersi di tale offerta”<sup>4</sup>. “Tale servizio d'intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è [il] trasporto”<sup>5</sup>.

Da siffatta classificazione deriva l'inapplicabilità della normativa sulla libera prestazione dei servizi e il conseguente ricorso a quella sui servizi di trasporto, ovvero alla politica comune europea in materia. Ricorso teorico in quanto finora non è stata approvata nessuna norma secondaria unieuropea, con la conseguenza che è tutto rimesso alla competenza degli Stati membri, a cominciare dalla possibilità di subordinare lo svolgimento di un servizio di trasporto urbano al rilascio di un'autorizzazione o di una licenza, come accade in molti Paesi, inclusa la Spagna, interessata dalla sentenza *de qua*.

In questa sede è importante sottolineare che l'utilizzo della piattaforma digitale non è in grado di incidere più di tanto sulla classificazione del servizio, poiché, a giudizio della Corte, a essere prevalente non è l'intermediazione digitale, bensì il trasporto di persone. E ciò è ribadito dall'Avvocato

<sup>2</sup> Sentenza *Uber*, punto 37.

<sup>3</sup> Sul punto v. DIVERIO, *Se Uberpop è un servizio di trasporto. Un via libera (condizionato) alla sua regolamentazione da parte degli Stati membri*, in *RIDL*, 2018, II, p. 410 ss.

<sup>4</sup> Sentenza *Uber*, punto 38.

<sup>5</sup> Sentenza *Uber*, punto 40.

generale Szpunar, nelle Conclusioni rese l'11 maggio 2017, il quale, con riguardo al servizio espletato da Uber, ha dichiarato che “ai fini della sua qualificazione in base al diritto vigente è irrilevante che esso rientri o meno in un’*“economia collaborativa”*”<sup>6</sup>.

## 2. Segue. *I profili giuslavoristici e il tradizionalismo (relativo) della Corte*

Assodato che Uber esercita un servizio di trasporto – nella prospettiva giuslavoristica esterna alla causa davanti alla Corte di giustizia<sup>7</sup> – occorre chiedersi se la sentenza e le Conclusioni dell’Avvocato generale contengano comunque elementi utili a comprendere il rapporto che lega i conducenti alla piattaforma digitale (e quindi alla società), rapporto preso in considerazione dalla Corte per la classificazione, appunto, come servizio di trasporto e non come servizio di intermediazione. Naturalmente va sottolineato che tale risultato classificatorio è una precondizione per affrontare le questioni lavoristiche, in quanto proprio perché si ritiene che Uber eserciti un servizio di trasporto si può procedere a chiedersi la natura del rapporto fra il conducente e la piattaforma digitale.

A tal fine, la sentenza mette in evidenza che “Uber esercita un’influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente [1] che ... Uber fissa, mediante l’omonima applicazione, ... il prezzo massimo della corsa<sup>8</sup>, [2] che la società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente ... e [3] che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione”<sup>9</sup>.

A ciò si aggiunge quanto affermato dall’Avvocato generale: “benché nel contesto della piattaforma Uber non sia disciplinato l’orario di lavoro, cosicché i conducenti possono esercitare l’attività di cui trattasi come attività

<sup>6</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 42.

<sup>7</sup> L’Avvocato generale è molto chiaro in merito: “la polemica relativa allo status dei conducenti nei confronti di Uber ... è del tutto estranea alle questioni ... della presente causa” (Conclusioni, punto 54).

<sup>8</sup> Anche l’Avvocato generale sottolinea che è Uber “a stabilire il prezzo del servizio erogato” (Conclusioni, punto 49).

<sup>9</sup> Sentenza *Uber*, punto 39.

secondaria, la maggior parte delle corse risulta realizzata da conducenti per i quali essa rappresenta l'unica o la principale attività professionale. Uber riconosce inoltre un compenso finanziario ai conducenti che effettuano un numero considerevole di corse. Essa indica ai conducenti anche i luoghi e i periodi nei quali possono contare su un numero considerevole di corse e/o su tariffe vantaggiose<sup>10</sup>. Peraltro, "l'applicazione ... contiene anche un sistema di valutazione: i passeggeri possono valutare i conducenti e viceversa. Un punteggio medio inferiore a una determinata soglia può comportare l'esclusione [dei conducenti] dalla piattaforma ... . Uber esercita pertanto un controllo, seppur indiretto, sulla qualità delle prestazioni dei conducenti"<sup>11</sup>.

A dire il vero, "Uber esercita ... un controllo su tutti gli aspetti rilevanti del servizio di trasporto urbano: sul prezzo, evidentemente, ma anche sulle condizioni minime di sicurezza attraverso la previsione di requisiti preliminari per quanto riguarda i conducenti e i veicoli, sull'accessibilità dell'offerta di trasporto mediante l'incentivazione dei conducenti ad operare in momenti e luoghi di grande richiesta, sulla condotta dei conducenti attraverso un sistema di valutazione e, infine, sulla possibile esclusione dalla piattaforma"<sup>12</sup>. "Benché detto controllo non sia esercitato nel contesto di un classico rapporto di subordinazione gerarchica, non ci si deve tuttavia far ingannare dalle apparenze"<sup>13</sup>.

Ciononostante, l'Avvocato generale dichiara che la descritta relazione non implica "che i conducenti di Uber debbano essere necessariamente considerati come suoi *dipendenti*. La società di cui trattasi può perfettamente erogare le sue prestazioni servendosi di *imprenditori indipendenti* che agiscono a suo nome come subcontraenti"<sup>14</sup>.

Queste ultime affermazioni attestano che, se la Corte di giustizia fosse chiamata ad affrontare tale questione, si muoverebbe lungo il crinale tipico della distinzione fra autonomia e subordinazione. Inoltre, l'Avvocato generale sembra suggerire che, nel caso in cui si dovesse affrontare la qualificazione del rapporto fra il conducente e la società, gli elementi da prendere in considerazione sarebbero quelli classici, ovvero la presenza oppure no dell'eterodirezione, ammantata, nel caso di specie, da ciò che qui è definito come

<sup>10</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 47.

<sup>11</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 48.

<sup>12</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 51.

<sup>13</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 52.

<sup>14</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 54. Miei i corsivi.



“controllo su tutti gli aspetti rilevanti del servizio di trasporto urbano”: sul prezzo, sulle condizioni minime di sicurezza, sull’accessibilità dell’offerta di trasporto e sulla condotta dei conducenti. E tale “controllo”, pur essendo indiretto, riprendendo le parole dell’Avvocato, può consentire “una gestione altrettanto, se non addirittura più efficace, di quella fondata su direttive formali impartite da un datore di lavoro ai suoi dipendenti”<sup>15</sup>. E ciò vuol dire che, nel caso di lavoro eseguito attraverso piattaforme digitali, vanno approfondite le modalità di esecuzione della prestazione per appurare l’esistenza dei poteri datoriali, modalità che possono essere differenti e, appunto, indirette rispetto a quelle assunte, ad esempio, dal potere direttivo nell’ambito del rapporto di lavoro “tradizionale”. In sintesi, l’eterodirezione (e quindi anche i poteri datoriali) possono assumere una diversa fisionomia (probabilmente più complessa), ma non perdono la loro centralità nella dicotomia autonomia/subordinazione nemmeno nell’era digitale<sup>16</sup>.

Ma vi è di più, in quanto le affermazioni della Corte di giustizia e dell’Avvocato generale nel caso in oggetto non si appiattiscono sull’idea secondo la quale il lavoro dei conducenti Uber è svolto necessariamente al di fuori dell’area della subordinazione per la sola presenza di una piattaforma digitale. Al contrario, quanto precedentemente richiamato dimostra che l’eterodirezione non soltanto è al centro del discorso qualificatorio, anche per le fattispecie di lavoro utilizzate nella *gig economy*, ma può sussistere in questo tipo di lavoro, pur assumendo, come detto, forme diverse. Pertanto, anche nella prospettiva sovranazionale, l’eterodirezione è cruciale nella qualificazione del rapporto di lavoro subordinato e non è affatto esclusa la sua presenza nel lavoro mediante piattaforma digitale.

### 3. I pronunciamenti dei giudici inglesi: elementi sintonici

Analogo “rispetto per la tradizione” nel senso appena indicato si rinviene nell’approccio utilizzato anche dai giudici inglesi, che si sono occupati di Uber, sia con una sentenza dell’*Employment Tribunal* nel 2016<sup>17</sup>, sia con una

<sup>15</sup> Conclusioni Avvocato generale, punto 52. Mio il corsivo.

<sup>16</sup> Sul punto v. WEISS, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 2018, p. 715 ss.

<sup>17</sup> *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others*, 26 ottobre 2016, [2017] IRLR 4.

pronuncia dell'*Employment Appeal Tribunal* nel 2017<sup>18</sup>, la prima delle quali peraltro è stata richiamata dall'Avvocato generale Szpunar nelle sue Conclusioni davanti alla Corte di giustizia<sup>19</sup>.

La sentenza d'appello conferma la qualificazione data in primo grado, escludendo che i conducenti siano "employee" (lavoratori con la tutela più ampia) ma anche "self-employed" (lavoratori autonomi), e optando per la categoria intermedia dei *worker*, che godono di alcuni diritti dei lavoratori subordinati *tout court*, dai minimi salariali alla tutela prevista dalla regolamentazione dell'orario di lavoro. In particolare, i giudici d'appello concordano con quelli di primo grado sulla circostanza che considerare i 30.000 conducenti Uber operanti nell'area londinese come altrettante piccole imprese individuali (e, quindi, come lavoratori autonomi), collegate da un piattaforma comune, è "faintly ridiculous"<sup>20</sup>.

Si è appena detto che le corti inglesi hanno proceduto ad effettuare l'attività qualificatoria in maniera classica, come peraltro attestato dai medesimi giudici, secondo i quali il modello Uber non è affatto nuovo, mentre ciò che cambia è il concreto atteggiarsi dell'accordo negoziale a causa dell'utilizzo di nuove tecnologie<sup>21</sup>. L'*Employment Appeal Tribunal* precisa infatti che le nuove tecnologie cambiano le modalità di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro senza però mettere in discussione che debba essere questa l'attività principale da compiere. Infatti, la tecnologia ha rilievo soprattutto con riguardo all'applicazione della legislazione (di derivazione eurounitaria) in materia di orario di lavoro, secondo la quale al lavoratore (*worker* o, magari,

<sup>18</sup> La sentenza dell'*Employment Appeal Tribunal, Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others*, UKEAT\_0056\_17\_DA, è del 10 novembre 2017. Sulle sentenze inglesi, v. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*; DE STEFANO, *Lavoro "su piattaforma" e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, e AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, tutti in RGL, 2017, 2, rispettivamente, p. 195 ss. (sp. p. 205 ss.), p. 241 ss. (sp. pp. 249-252) e p. 281 ss.; VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione* e LOFFREDO, *Il lavoro su piattaforma digitale: il curioso caso del settore dei trasporti*, entrambi in Quad. RGL, *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, 2017, 2, rispettivamente, p. 71 ss. e p. 117 ss. Sulla sentenza dell'*Employment Appeal Tribunal*, v. DE LUCA G., *Uber: ormai è un assedio. Prospettive future sul diritto del lavoro nella gig economy alla luce della sentenza della Corte d'Appello di Londra*, in DRI, 2018, p. 977 ss.

<sup>19</sup> V. punto 54 e nota 12.

<sup>20</sup> V. sentenza dell'*Employment Tribunal*, punto 90.

<sup>21</sup> V. sentenza dell'*Employment Appeal Tribunal*, punto 82: "Uber's agency model was nothing new: it was simply the scale of the arrangement that was different but that reflected the new technology".

*employee* ma non *self-employed*) è richiesto di essere: al lavoro, nell'esercizio della sua attività e a disposizione del datore di lavoro. Ebbene, di questi tre requisiti quello sul quale incide maggiormente l'innovazione tecnologica è l'ultimo, dal momento che i conducenti, secondo i giudici inglesi, assumono un'obbligazione di lavoro quando si trovano nell'area urbana dove la Uber londinese opera e quando si collegano alla "applicazione" della società. La mancanza del collegamento al web, che dipende esclusivamente dal lavoratore, come d'altronde la presenza fisica sul territorio, in considerazione delle regole previste da Uber, equivale a non rispondere alla chiamata del cliente e a far "scattare" la qualificazione come *worker*, o, meglio, per usare le parole dei giudici d'oltre Manica, come *on-duty worker*.

#### 4. Uber e l'Agenda europea per l'economia collaborativa

Alcuni spunti in materia di qualificazione del rapporto di lavoro nell'economia collaborativa, utili in merito al caso (o, meglio, ai casi) Uber, si rinven- gono nella Comunicazione della Commissione europea del giugno 2016<sup>22</sup> prima richiamata. La Commissione, dopo aver messo in guardia sul fatto che "i confini tra lavoratori autonomi e subordinati sono sempre più sfumati", ri- propone la definizione che la Corte di giustizia ha utilizzato quando si è trattato di applicare alcune direttive in ambito sociale<sup>23</sup>: "la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo pe- riodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, presta- zioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione"<sup>24</sup>. Pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, sintetizzata nella Comunicazione del 2016, anche con riguardo al lavoro tramite piattaforme digitali, devono sussi- stere contemporaneamente i tre criteri della subordinazione, del rilievo del la- voro e della presenza di una retribuzione. Di questi criteri il primo e il terzo, che sono collegati fra loro, escono rafforzati dalla Comunicazione della Com- missione, mentre il secondo è ridimensionato rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza di Lussemburgo resa al di fuori dell'area del lavoro digitale. In-

<sup>22</sup> Sul punto v. PERULLI, *op. cit.*, p. 208 e DE STEFANO, *op. cit.*, pp. 247-248.

<sup>23</sup> Come la direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro o la direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi.

<sup>24</sup> Tutte le citazioni sono tratte dal punto 2.4 della Comunicazione *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*.

fatti, il prestatore di servizi, per essere considerato lavoratore subordinato secondo l'ordinamento eurounitario, "deve agire sotto la direzione della piattaforma di collaborazione, che determina la scelta dell'attività, la retribuzione e le condizioni di lavoro". "In altre parole", continua la Commissione, "il prestatore del servizio ... non è libero di scegliere quali servizi prestare e come" e "l'esistenza della subordinazione non dipende necessariamente dall'effettivo esercizio di una *continua* gestione o supervisione"<sup>25</sup>. Infine, "se la piattaforma di collaborazione si limita a trattare il pagamento depositato da un utente e lo trasmette al prestatore del servizio ... ciò non implica che la piattaforma ... determini la retribuzione".

Come anticipato, l'elemento della retribuzione assume un'importanza rilevante tanto che se non sussiste o se il prestatore di lavoro riceve soltanto un rimborso delle spese sostenute, non può essere riconosciuta la natura subordinata del rapporto di lavoro secondo l'ordinamento unieuropeo<sup>26</sup>.

Anche con riguardo al rilievo del lavoro, la Commissione richiama gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia, ricordando come il prestatore "deve svolgere un'attività avente valore economico reale ed effettiva, escluse le attività puramente marginali ed accessorie". Tuttavia si è detto che questo criterio risulta attenuato poiché "nel contesto dell'economia collaborativa ... le persone forniscono ... servizi puramente marginali ed accessori mediante piattaforme di collaborazione". Pertanto, "tali persone non si qualificerebbero come lavoratori, sebbene d'altro lato la breve durata, l'orario di lavoro ridotto, il lavoro discontinuo o la bassa produttività non possano di per sé escludere l'esistenza di un rapporto di lavoro" subordinato. Come dire che il "peso" della marginalità e dell'accessorietà va reinterpretato alla luce delle innovazioni tecnologiche e adattato a un contesto, come quello di Uber, nel quale le prestazioni lavorative possono anche essere secondarie e collaterali proprio in quanto svolte nell'ambito dell'economia collaborativa, senza però che ciò pregiudichi la loro collocazione all'interno della nozione di subordinazione prevista dall'ordinamento eurounitario.

<sup>25</sup> Mio il corsivo.

<sup>26</sup> La centralità della retribuzione nel discorso qualificatorio con riferimento all'ordinamento italiano è stata sottolineata anni orsono da PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989, secondo il quale "l'identificazione della retribuzione ... come dato qualificante dell'assetto di interessi realizzato con il contratto di lavoro, fornisce, in uno con la controprestazione, una esauriente risposta al problema della determinazione del tipo legale contratto di lavoro subordinato" (p. 149).

Quanto fin qui affermato si collega anche alle vicende italiane, esterne alla *gig economy*, relative alla fattispecie del lavoro occasionale, che, pur presentando un elevato grado di marginalità nel senso appena descritto, non è esente dal problema qualificatorio. Infatti, va ricordato che l'art. 54 *bis*, d.l. 50/2017, convertito in l. 96/2017, che ha reintrodotto nell'ordinamento italiano le prestazioni occasionali, ha fissato soglie di compenso annuale piuttosto basse riguardanti sia i prestatori di lavoro sia gli utilizzatori<sup>27</sup>, anche se tali soglie non impediscono alla dottrina di interrogarsi sulla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro in questione<sup>28</sup>.

Tornando all'ordinamento unieuropeo, se la Corte di giustizia dovesse occuparsi del caso Uber affrontando la questione qualificatoria, perché chiamata a discutere dell'applicazione, ad esempio, della direttiva sull'orario di lavoro, è probabile che applicherebbe quanto previsto dalla Comunicazione del 2016, indipendentemente dal suo carattere non vincolante e dal fatto che formalmente risulta essere indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle Regioni e agli Stati membri, ma non, appunto, alla Corte medesima. Di modo che, nell'attività qualificatoria dei giudici europei, il criterio della subordinazione e quello della retribuzione avrebbero un rilievo prevalente.

##### 5. *La “questione qualificatoria” e i rischi del diritto giurisprudenziale*

Dunque, in assenza di una pronuncia della Corte di giustizia in grado di fornire utili indicazioni in tema di qualificazione del rapporto di lavoro e in considerazione del fatto che la Comunicazione della Commissione del 2016 è un atto di *soft law*, che per giunta contiene indicazioni, rivolte agli

<sup>27</sup> Secondo 54 *bis*, co. 1, d.l. 50/2017 “è ammessa la possibilità di acquisire prestazioni di lavoro occasionali, intendendosi per tali le attività lavorative che danno luogo, nel corso di un anno civile:

a) per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro;

b) per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro;

c) per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore, a compensi di importo non superiore a 2.500 euro”. Come si può vedere, la marginalità delle prestazioni è piuttosto evidente.

<sup>28</sup> Sul punto v. da ultimo MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 346/2017.

Stati membri, piuttosto generiche e poco innovative sul profilo specifico<sup>29</sup>, i conducenti saranno qualificati in modo differenziato, a seconda dell'ordinamento giuridico dello Stato membro (o, perché no, degli Stati extra UE) – come lavoratori autonomi, subordinati, eterorganizzati, in Italia; oppure come *employee, worker, self-employed*, nel Regno Unito, e via dicendo negli altri Paesi – nonostante le regole aziendali di Uber siano simili in tutto il mondo. Ciò renderà conveniente per l'azienda attendere l'esito dell'"attività qualificatoria" domestica e investire maggiormente in quei contesti nazionali nei quali la giurisprudenza collocherà i conducenti all'esterno dell'area della subordinazione. Non si tratta di un fenomeno completamente nuovo per il diritto del lavoro, perché da sempre le società multinazionali sono soggette a regole diversificate nei vari ordinamenti anche in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro. Tuttavia, la differenza rispetto al passato è data dalla presenza di una piattaforma digitale che per sua natura è a-territoriale. Per risolvere il problema appena segnalato, si potrebbe ricorrere non solo (e non tanto) a una (effettiva) regolamentazione eurounitaria del fenomeno, quanto a una disciplina, anche snella, di diritto internazionale privato del lavoro<sup>30</sup>.

Va poi ricordato che il vuoto normativo in materia nell'ordinamento internazionale (ma anche in quello dell'Unione) impone di sacrificare il piano della certezza del diritto. Infatti, rimettere la questione qualificatoria integralmente ai giudici interni provoca il rischio – attenuato nei Paesi nei quali esiste una fattispecie di lavoro subordinato i cui contorni sono delineati dal legislatore – di avere trattamenti differenziati non solo fra i diversi Stati ma anche all'interno di ognuno di essi, in quanto non è detto che i giudici interni decidano casi simili in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale.

Infine, tutto ciò rischia di influire anche sui profili della concorrenza poiché il medesimo servizio di trasporto potrebbe essere svolto da un *competitor* di Uber che utilizza una propria piattaforma digitale. Ebbene, i prestatori di servizi di questa società si dovrebbero sottoporre alle medesime

<sup>29</sup> Infatti, nel punto 2.4 si afferma che gli Stati membri dovrebbero:

- *“valutare l'adeguatezza delle proprie norme nazionali sul lavoro tenendo conto delle diverse esigenze dei lavoratori subordinati e autonomi nel mondo digitale e del carattere innovativo dei modelli imprenditoriali collaborativi;*

- *“fornire orientamenti sull'applicabilità delle norme nazionali sul lavoro alla luce dei modelli di lavoro nell'economia collaborativa”.*

<sup>30</sup> Così VOZA, *op. cit.*, p. 79.

operazioni qualificatorie su base nazionale che potrebbero produrre risultati diversi rispetto a quelli riguardanti Uber, perché ad esempio le regole della piattaforma sono differenti. E questa circostanza – che, a ben vedere va al di là del discorso sulla certezza del diritto – certamente non agevolerebbe la libera concorrenza fra le imprese garantita dai Trattati dell’Unione.

**Key words**

Servizio di trasporto, economia collaborativa, autonomia, subordinazione, qualificazione.

Transportation services, collaborative economy, self-employment, subordination, classification.



**Corte di Cassazione, Sezioni unite, 6 giugno 2017 n. 13978 – Pres. Rordof, Rel. Manna.**

**Diritto di assemblea nell'accordo interconfederale del dicembre 1993 – Titolarità della RSU – Titolarità della singola organizzazione sindacale in virtù della “esplicita eccezione” di cui all’art. 4 co. 5.**

*Nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 la titolarità del diritto di indire l'assemblea è attribuita non solo alla RSU, nella sua ineluttabile legittimazione congiunta, ma anche alle organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il c.c.n.l. applicato nell'unità produttiva in virtù della esplicita eccezione di cui all'art. 4, co. 5, dello stesso accordo interconfederale.*

**Tar Lazio, Sezione I, 8 febbraio 2018 n. 1522 – Pres. Volpe, Est. Brancatelli.**

**Maggiore rappresentatività: carattere inclusivo - Rappresentatività comparata: carattere selettivo – Indici e ambito del relativo giudizio.**

*Il concetto di rappresentatività non si presta a un'interpretazione univoca ma va modellato in relazione alle finalità perseguite dalle norme che lo richiamano. In particolare, la nozione di maggiore rappresentatività va solitamente declinata secondo un'accezione inclusiva, laddove la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo presuppone una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. Per quanto concerne il relativo giudizio, in riferimento all'art. 6, co. 4, del d.lgs. 150/2015 (designazione componenti*

*dell'Anpal), è legittima l'utilizzazione dei tradizionali indici giurisprudenziali con riguardo al solo settore privato in ragione delle finalità primarie perseguite dall'Anpal\*.*

★ ★ ★

\* Massime redatte dall'Autore.

## Antonello Zoppoli

### Rappresentanze sindacali e rappresentatività, le insidie del tempo\*

**Sommario:** **1.** Il percorso argomentativo della sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 6 giugno 2017 n. 13978. **2.** *Segue.* Natura collegiale della r.s.u. e legittimazione a indire l'assemblea di singole sue componenti. **3.** *Segue.* Il sostegno al sindacato *senza* l'iniziativa dei lavoratori tra passato e presente. **4.** La rappresentatività comparata e la sua rilevazione nella sentenza del Tar Lazio 8 febbraio 2018 n. 1522. **5.** *Segue.* Il recupero della funzione selettiva della rappresentatività comparata. **6.** *Segue.* Le difficoltà strutturali della rilevazione di una nozione non più attuale.

#### 1. *Il percorso argomentativo della sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 6 giugno 2017 n. 13978*

In queste pagine si tornerà su due questioni emblematiche del nostro diritto sindacale degli ultimi decenni intrattenendosi su altrettante sentenze di indubbio interesse. La prima, dello scorso anno e di un giudice di particolare rilievo – le Sezioni unite della Cassazione<sup>1</sup> –, riguarda la titolarità dei diritti di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300) nell'ambito delle rappresentanze sindacali unitarie (da ora r.s.u.); la seconda, molto recente e del Tar Lazio<sup>2</sup>, la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo. Le due questioni esprimono, ciascuna, dinamiche e problematiche sindacali rilevanti, senza dubbio foriere d'interesse per il giurista. E sullo sfondo finiscono per incrociarsi, presentando profili che riportano a caratteristiche strutturali del diritto sindacale italiano: motivo per il quale sono, qui, accostate.

Cominciamo dalla sentenza della Cassazione.

Sulla titolarità dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori nell'ambito delle r.s.u., come noto, si è dibattuto molto<sup>3</sup>. Nel caso

\* Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Roberto Pessi.

<sup>1</sup> Del 6 giugno 2017 n. 13978.

<sup>2</sup> Sezione I, dell'8 febbraio 2018 n. 1522.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, GABRIELE, *I diritti sindacali in azienda*, Giappichelli, 2017, p. 119; DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2014, p. 283; DE MOZZI, *La rappresentanza sindacale in azienda: modello legale e modello contrattuale*, Cedam,

deciso dalla Suprema Corte era in discussione la titolarità del diritto di indire l'assemblea ex art. 20 della normativa statutaria, di certo tra le più controverse<sup>4</sup>, si da giungere dinanzi alle Sezioni unite. Segnatamente, a essere in discussione era il diritto di convocare l'assemblea: soltanto unitario, cioè della r.s.u. nella sua collegialità, o anche concorrente, ossia pure delle sue singole componenti.

La questione coinvolge altri e più ampi profili della regolazione delle r.s.u.: il rapporto tra il relativo modello contrattuale (introdotto, si ricorderà, dal Protocollo del luglio del 1993) e il modello legale delle rappresentanze sindacali aziendali (da ora r.s.a.) contemplato dallo stesso Statuto dei lavoratori; la natura delle r.s.u., unitaria o atomistica; il loro rapporto con le associazioni sindacali; le posizioni e le prerogative di queste ultime. Profili che, per intuibili motivi, hanno indotto a chiamare in gioco, nel dibattito, finanche principi come libertà e pluralismo sindacale.

Le Sezioni unite non affrontano direttamente nessuno di questi profili. Tuttavia, la decisione ne tocca in modo non marginale più d'uno, pure con riflessi sull'attualità. Ciò accresce l'interesse della sentenza.

Ma procediamo con ordine e, considerando che il percorso seguito dalla Cassazione non sempre è lineare, anche con particolare attenzione al suo sviluppo.

Le Sezioni unite anzitutto ricordano, sinteticamente, il contrasto di giurisprudenza che ha condotto la questione davanti a loro. E, in un veloce passaggio, sembrano esprimere consenso per l'orientamento sostenuto dalle pronunce della Cassazione 1 febbraio 2005 n. 1892 e 7 luglio 2014 n. 15437. A ben vedere, però, il riferimento a tale orientamento – secondo il quale legittimata a indire l'assemblea sarebbe anche la singola componente della r.s.u. purché espressione di una lista presentata da un sindacato munito di rappresentatività ex art. 19 dello Statuto dei lavoratori – si rinviene soltanto in que-

2012, p. 168; SANTINI, *Le rappresentanze sindacali unitarie. Struttura e funzioni*, Giappichelli, 2012, p. 161; FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, 2004, p. 100.

<sup>4</sup> La sentenza dà velocemente conto dei precedenti difformi orientamenti giurisprudenziali; in proposito, *amplius*, cfr. GABRIELE, *op. cit.*, p. 121; AVOGARO, *Diritto di assemblea: dalle Sezioni unite una pronuncia "di sistema", a tutela delle prerogative del singolo componente di RSU*, in RIDL, 2018, II, p. 209; PONTE, *Il diritto di indire assemblea sindacale, fra interpretazione aggiornata dell'art. 4, co. 5, dell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 e questioni irrisolte per il futuro*, in FI, 2018, c. 3066; DI STASI, *La natura "bifronte" della RSU e il diritto di assemblea delle singole componenti* (nota a Cass. 6 giugno 2016 n. 13978, Sez. Un.) in RGL, 2017, II, p. 568.

sto breve iniziale riepilogo degli orientamenti giurisprudenziali; nelle altre pagine della sentenza non ve n'è traccia. Per converso, il successivo piuttosto articolato percorso argomentativo segue tutt'altro itinerario e conduce a un risultato decisamente diverso.

Il percorso comincia con un'eloquente domanda. Le Sezioni unite si chiedono se la "legittimazione congiunta (*rectius*, collegiale all'interno di una r.s.u.), portato ineluttabile del [...] subentro [alle r.s.a.<sup>5</sup>] e della natura elettiva delle r.s.u., risulti incompatibile con il permanere di quella legittimazione (anche) singola a chiedere l'assemblea che resta delineata all'interno dell'immutato art. 20" dello Statuto dei lavoratori<sup>6</sup>. La questione – precisa la Cassazione – "risiede non nella natura collegiale delle r.s.u. [...], bensì nella verifica se, accanto alle competenze delle r.s.u. proprie di tale organismo, persistano prerogative proprie delle sue singole componenti, in quanto tali esercitabili anche singolarmente e non necessariamente congiuntamente"<sup>7</sup>.

Al riguardo, proseguono le Sezioni unite, "deve ritenersi dirimente il comma 5 dell'art. 4" del menzionato accordo interconfederale del dicembre 1993. Questo comma (da ora art. 4 co. 5) prevede che – per l'importanza assunta nella sentenza e per comodità del lettore conviene riportarlo integralmente – "sono fatti salvi in favore delle organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il c.c.n.l. applicato nell'unità produttiva", tra gli altri<sup>8</sup>, il "diritto ad indire, singolarmente o congiuntamente, l'assemblea dei lavoratori durante l'orario di lavoro, per 3 delle 10 ore annue retribuite, spettanti a ciascun lavoratore *ex art. 20, l. 300/1970*"<sup>9</sup>.

Alla suddetta conclusione la Cassazione giunge analizzando, sia pur brevemente, l'impianto dell'accordo interconfederale del 1993 in merito alla titolarità dei diritti sindacali. Dove rinviene: a) nell'art. 4, co. 1, il "subentro dei componenti delle r.s.u. ai dirigenti delle r.s.a. nella titolarità di diritti, permessi, libertà sindacali e tutele già loro spettanti per effetto delle disposizioni di cui al titolo III della legge n. 300 del 1970"<sup>10</sup>; b) nei successivi

<sup>5</sup> *Ex art. 5 dell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, applicabile al caso di specie.*

<sup>6</sup> P. 12.

<sup>7</sup> P. 12.

<sup>8</sup> Ossia il diritto a permessi non retribuiti e il diritto di affissione di cui, rispettivamente, agli artt. 24 e 25 dello Statuto dei lavoratori.

<sup>9</sup> Può essere utile osservare che le Sezioni unite precisano che, nel caso esaminato, "i giudici di merito hanno ritenuto che nessuna delle parti abbia dubitato del mancato superamento del monte ore annuo" (p. 21).

<sup>10</sup> P. 13.

commi 2, 3, 4 e, in particolare, 5 dello stesso articolo, “eccezioni e puntualizzazioni rispetto a tale generale subentro”<sup>11</sup>. E anche il già citato centrale art. 5<sup>12</sup> – aggiunge la Corte – “va letto tenendo presente il regime di esplicite eccezioni di cui al comma 5 del precedente art. 4”<sup>13</sup>.

In sostanza le Sezioni unite seguono la ricostruzione secondo cui l’impianto dell’accordo interconfederale sui diritti sindacali si sviluppa su tre piani: 1) l’art. 4, co. 1, per i diritti previsti dal titolo III dello Statuto a favore *dei singoli dirigenti sindacali*<sup>14</sup>; 2) l’art. 5 per le situazioni soggettive *in capo alle r.s.u.* – a carattere quindi collettivo – già spettanti “alle r.s.a. e ai loro dirigenti [...] per effetto di disposizioni di legge”<sup>15</sup>; 3) l’art. 4, co. 2, 3, 4, 5, per le “eccezioni” rispetto ai due precedenti piani, ossia per le prerogative *a vantaggio delle associazioni sindacali* eventualmente previste dai contratti collettivi quali “condizioni di miglior favore” nonché specificamente e direttamente attribuite (segnatamente dal già più volte citato co. 5) alle “organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il ccnl applicato nell’unità produttiva”. Tra queste ultime vi è il diritto di indire l’assemblea: che quindi fa, dell’art. 4 co. 5, la previsione “dirimente” della controversia decisa dalle Sezioni unite.

## 2. Segue. Natura collegiale della r.s.u. e legittimazione a indire l’assemblea di singole sue componenti

È stato detto che la soluzione prospettata dalla Suprema Corte è “ispirata a un orientamento mediano e pragmatico”, che “supera a ben vedere la necessità di qualificare le r.s.u. come aventi natura collegiale o meno”, ponendo l’attenzione sulla sussistenza di “prerogative attivabili anche dai singoli ovvero dalle singole componenti”<sup>16</sup>. In una logica simile, vi è chi ha ritenuto la sen-

<sup>11</sup> P. 13.

<sup>12</sup> V. la nota 5.

<sup>13</sup> V. p. 14.

<sup>14</sup> I diritti di cui agli artt. 18, 22, 23, 24 dello Statuto: “tutele squisitamente personali” scrive la Corte (p. 10).

<sup>15</sup> Per questa prima distinzione v., tra gli altri, DE MOZZI, *op. cit.*, p. 173; FERRARO, MUTARELLI, *Rappresentanze sindacali in azienda*, in LAMBERTUCCI (a cura di), sez. *Diritto del lavoro*, in IRTI (promosso da), *Diz. DP*, 2010, p. 608.

<sup>16</sup> DI STASI, *La natura “bifronte” della RSU*, *cit.*, p. 569. Nello stesso senso GABRIELE, *op. cit.*, p. 124, nonché MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2017, p. 70 e, sebbene in senso critico, DE LUCA TAMAJO, *La Cassazione dimentica la collegialità delle Rsu*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 giugno 2017;

tenza in linea con l'orientamento secondo il quale sarebbero legittimati a indire l'assemblea i componenti delle r.s.u. iscritti ai sindacati dotati dei requisiti *ex art. 19* dello Statuto salvi "i casi in cui il principio di collegialità è espressamente imposto dalla legge"<sup>17</sup>.

La seconda opinione, invero, non trova agganci nella pronuncia. Non è tale il riferimento, del tutto insufficiente come già accennato, che al riguardo si rinviene nel veloce riepilogo giurisprudenziale all'inizio della sentenza. La prima opinione può invece condividersi se si riferisce il "pragmatismo" della Corte all'attenzione verso lo specifico dato normativo considerato – l'art. 4 co. 5 – in seno al più generale impianto dell'accordo del 1993: attenzione che però, evidentemente, deve tradursi in una lineare e complessiva ricostruzione: e da questo punto di vista anche la prima opinione non convince affatto. La stessa Corte, non a caso, rimarca l'esigenza "di mantenere, sotto un profilo sistematico, quella coerenza interna dell'accordo doverosa in un approccio ermeneutico che rispetti l'art. 1363 c.c."<sup>18</sup>. Esigenza ancor più avvertita in ragione delle già evidenziate implicazioni di ampio respiro della sentenza, imprescindibili per ricostruirne, in chiave critica, il senso complessivo; obiettivo, *ça va sans dire*, valorizzato dall'importanza del giudice da cui proviene. Ma vediamo perché le opinioni richiamate non sono convincenti e qual è il diverso approdo a cui, inevitabilmente, conduce la sentenza della Cassazione.

Non v'è dubbio che la lettura dell'accordo del 1993 seguita dalle Sezioni unite smentisce "l'ipotesi ricostruttiva secondo cui le prerogative delle singole r.s.a. si sarebbero tutte confuse e dissolte all'interno del principio di maggioranza che regge le r.s.u."<sup>19</sup>: questo è un punto fermo della sentenza, condivisibile. Tuttavia – come rileva inequivocabilmente al contempo la Suprema Corte – quelle prerogative possono essere esercitate da altri soggetti, oltre alle r.s.u., in virtù di espresse "eccezioni", ossia di *specifiche previsioni*.

v., inoltre, Cass. 8 febbraio 2018 n. 3095, che si sofferma velocemente sul punto, escludendo, al contempo, l'applicazione dell'accordo interconfederale del dicembre 1993 – chiamato in gioco dal giudice di appello – al caso di specie in quanto attinente al lavoro pubblico, regolato da altra specifica disciplina (per la precisione, dall'art. 4 co. 2 del CCNQ del 7 agosto 1997, di cui invece la Cassazione conferma l'interpretazione secondo la quale il diritto di indire assemblea è attribuito alla r.s.u. unitariamente intesa; così in seguito sarà espressamente scritto nell'art. 4 co. 2 del CCNQ del 4 dicembre 2017).

<sup>17</sup> AVOGARO, *op. cit.*, p. 209; ID., *Rsu e diritto di assemblea: le sezioni unite alla ricerca di un difficile compromesso*, in *Labour*, 2017, p. 698; PONTE, *op. cit.*

<sup>18</sup> P. 16.

<sup>19</sup> P. 13.

Proprio sulla base di questa fondamentale impostazione, la sentenza può con chiarezza, da un lato, dare pressoché per scontata la legittimazione collegiale delle r.s.u., “ineluttabile” benché non rilevante per la decisione, dall’altro considerare “dirimente” l’art. 4 co. 5, che attribuisce – giova ancora ripeterlo – *espressamente e specificamente* il diritto di convocare l’assemblea in capo *alle organizzazioni sindacali aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il contratto collettivo nazionale*.

Sicché, in un siffatto quadro, di certo non v’è alcuno spazio per ritenere legittimate a indire l’assemblea *le singole componenti sindacali in quanto dotate dei requisiti ex art. 19*, come sostiene la prima tesi in precedenza ricordata. Basti pensare, considerando il testo dell’art. 19 vigente all’epoca della stipulazione dell’accordo interconfederale del 1993, a un’associazione aderente a una confederazione maggiormente rappresentativa sul piano nazionale non firmataria di alcun contratto, o a un sindacato firmatario di un contratto collettivo (non nazionale bensì) provinciale applicato nell’unità produttiva (rispettivamente lett. a) e lett. b) di quel testo): né l’uno né l’altro avrebbero avuto il requisito richiesto dall’art. 4 co. 5, la stipulazione del contratto collettivo nazionale. L’osservazione, ovviamente, vale a maggior ragione oggi, in relazione al testo vigente della norma statutaria.

Ma il ragionamento delle Sezioni unite esclude pure la titolarità del diritto di indire l’assemblea – si badi bene – *in capo a ogni singola componente delle r.s.u. in quanto tale*. Qui il discorso – come si accennava – potrebbe forse risultare più complicato in ragione di qualche passaggio della sentenza non del tutto lineare.

Per l’esattezza, dopo aver esposto la descritta ricostruzione dell’accordo, nel soffermarsi su possibili argomenti contrari alla (la Corte lo precisa ancora) “dirimente portata interpretativa” dell’art. 4 co. 5, le Sezioni unite fanno talvolta riferimento alla legittimazione concorrente “sia della r.s.u. (quale organismo collegiale che delibera a maggioranza) sia *della* sua singola componente”<sup>20</sup> (mio il corsivo ovviamente): così dando qualche spazio al dubbio a favore del diritto di convocare l’assemblea in capo alla singola componente della r.s.u. in quanto tale e, di conseguenza, rimettendo in discussione la natura collegiale della stessa r.s.u.

Il punto va chiarito perché, se non ci si intende, potrebbe riportare presto la questione dinanzi alle Sezioni unite.

<sup>20</sup> Pp. 17 e 18.



La Suprema Corte è consapevole della precisa valenza dell'art. 4 co. 5. Lo accosta, quale previsione direttamente contenuta nell'accordo interconfederale, alla "specifica agibilità sindacale" che, in relazione alle ricordate condizioni di miglior favore eventualmente previste in altri accordi collettivi, la stessa contrattazione dovrà assicurare (art. 4, commi 2, 3, e 4). Il destinatario è, in tutti i casi, l'associazione sindacale; nell'ipotesi dell'art. 4, co. 5, una *ben individuata* associazione sindacale, l'organizzazione aderente alle associazioni stipulanti il contratto collettivo nazionale applicato nell'unità produttiva. La Corte precisa: "già munite del diritto di costituire r.s.a. e, conseguentemente, di indire singolarmente l'assemblea ai sensi dell'art. 20, co. 2, dell'art. 19, co. 1, lett. b)" dello Statuto, sì – aggiunge – da "nutrire più di una remora rispetto al subentro delle r.s.u." che le avesse privato di quest'ultimo diritto<sup>21</sup>. E al passaggio, eloquentemente, la Corte dedica più di una considerazione: nessuna sorregge la legittimazione concorrente tra r.s.u. e le sue singole componenti; anzi, più d'una depone in senso contrario.

Se il cardine del ragionamento è – come è – l'attribuzione del diritto d'indire l'assemblea in capo all'organizzazione aderente all'associazione sindacale stipulante il contratto collettivo nazionale (previsto dall'art. 4, co. 5), la contestuale affermazione secondo cui la partecipazione alle procedure di elezione delle r.s.u. comporta la rinuncia (non solo a costituire "proprie" r.s.a. ma anche) "alle prerogative (compresa quella dell'art. 20) che la legge riconosce alla singola rappresentanza sindacale e, quindi, al sindacato di cui è emanazione"<sup>22</sup> non determina affatto "una insolubile aporia all'interno del medesimo testo negoziale"<sup>23</sup>, come pure scrive la Corte sovrapponendo però in questo passaggio i piani del discorso. Quella attribuzione, infatti, è (si ripete) *esclusivamente in capo a un preciso soggetto sindacale*; sicché, la correlazione tra le due affermazioni è nel senso esattamente opposto: la *specifica* espressa attribuzione del diritto in parola in capo soltanto a uno dei sindacati legittimati a costituire r.s.a. ex art. 19 dello Statuto dei lavoratori (il sindacato stipulante il contratto collettivo nazionale) comporta, giocoforza, l'esclusione *sul piano generale* dello stesso diritto in capo alle organizzazioni sindacali di quel requisito prive, incluse inevitabilmente le singole componenti della r.s.u.<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> P. 14.

<sup>22</sup> P. 16.

<sup>23</sup> P. 16.

<sup>24</sup> Sull'argomento cfr. DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori*, cit., p. 285; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 171; SANTINI, *op. cit.*, p. 169.

Le Sezioni unite, in effetti, prendono in esame l'ipotesi contraria, e cioè che l'art. 4, co. 5, si giustifichi per tutelare le organizzazioni "rimaste al di fuori di una o più delle r.s.u. costituite all'interno delle varie aziende"<sup>25</sup>. E non la escludono, ma si limitano a osservare che "in realtà l'intero contesto dell'art. 4 cit. è, invece, quello di un'armonizzazione del passaggio da r.s.a. a r.s.u. e delle modalità di mantenimento di eventuali condizioni di miglior favore, affinché tale passaggio non si risolva in un decremento di prerogative già per altra via acquisite"<sup>26</sup>. La conclusione, in verità, appare un po' affrettata: dice abbastanza ma non tutto. Dice abbastanza perché senza dubbio anche il comma 5 dell'art. 4 è, di per sé, una misura di "specificità agibilità sindacale" (per riprendere il "sindacaleso" dell'accordo) ovvero una condizione di miglior favore per il sindacato prevista direttamente dall'accordo del 1993. Non dice però tutto per due ragioni. In primo luogo perché l'art. 4, co. 5, è in grado di evitare solo parzialmente un "decremento di prerogative già acquisite" in quanto – come più volte evidenziato – dei soggetti contemplati dall'art. 19 dello Statuto ne considera soltanto uno, il sindacato firmatario del contratto collettivo solo nazionale: di conseguenza, per gli altri, il decremento inevitabilmente si produce; da questo punto di vista, peraltro, la sentenza sottintende la derogabilità *in peius* della normativa statutaria, evidentemente possibile in quanto attinente al piano collettivo. In secondo luogo la conclusione non dice tutto perché l'art. 4, co. 5, in realtà, nulla prevede, esplicitamente o implicitamente, sul rapporto tra sindacato firmatario del ccnl e r.s.u.: prescinde dalla partecipazione del primo alla seconda per guardare in altra direzione. L'art. 4, co. 5, attribuisce il diritto d'indire l'assemblea in capo al sindacato firmatario del contratto collettivo nazionale *in quanto tale*: la condizione di miglior favore è per l'associazione sindacale di per sé; non vi è alcun collegamento, non solo con le r.s.a. di cui all'art. 19 dello Statuto, ma neppure con la r.s.u., in relazione alle sue singole componenti<sup>27</sup>. Ciò è perfettamente in linea con la tripartizione di piani delineata dalle Sezioni unite in riferimento sia all'intero art. 4 sia all'art. 5 dell'accordo interconfederale: in queste norme non v'è spazio per prerogative in capo alle singole componenti della r.s.u. Che poi, in concreto, è almeno verosimile che l'organizzazione sindacale aderente all'associazione sindacale stipulante il ccnl sia parte

<sup>25</sup> P. 17.

<sup>26</sup> P. 17.

<sup>27</sup> In merito al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto cfr. DE MOZZI, *op. cit.*, p.

della r.s.u. è un elemento di fatto, sì da poter dedurre, con le Sezioni unite, dall'art. 4, co. 5, il diritto di indire l'assemblea per la stessa organizzazione componente della r.s.u.

Tirando le fila dell'analisi svolta, le Sezioni unite forniscono una lettura dell'accordo interconfederale del 1993 fondata: per un verso su regole di carattere generale – gli artt. 4, co. 1, e 5 –, che sanciscono il subentro dei singoli dirigenti e della r.s.u. nella sua unitarietà, rispettivamente, nei diritti dei singoli dirigenti delle r.s.a e nei diritti della stessa r.s.a; per altro verso, sull'esistenza di specifiche espresse eccezioni, previste dalla contrattazione collettiva rispetto al quadro legale, che attribuiscono la legittimazione dei diritti sindacali anche ad altri soggetti; tra queste eccezioni, spicca, nella sentenza, l'art. 4, co. 5.

Su questa base risultano perfettamente conciliabili, e spiegabili, importanti affermazioni delle Sezioni unite: 1) la natura e quindi l'"ineluttabile" legittimazione collegiale della r.s.u. (peraltro sostenuta dal criterio decisionale della maggioranza rinvenuto dalla Corte già implicitamente nell'accordo interconfederale del 1993<sup>28</sup>); 2) l'irrelevanza di questa natura ai fini della sentenza; 3) la negazione dell'esclusiva titolarità in capo alla r.s.u. dei diritti attribuiti dalla legge alle r.s.a.; 4) la legittimazione "di singole componenti dell'organismo"<sup>29</sup> (non *delle* sue singole componenti) a indire l'assemblea.

È evidente l'importanza, in particolare, dell'ultima affermazione. Torna la distinzione tra preposizione semplice e preposizione articolata, già conosciuta dalla nostra materia (in riferimento alla nozione – si ricorderà – di rappresentatività comparata, di cui, peraltro, ci occuperemo più avanti). Non che per essa si abbia particolare passione, è solo che racchiude bene il senso dell'intero percorso seguito dalle Sezioni unite: se si giungesse a diversa conclusione, rinvenendo nella sentenza la legittimazione concorrente a indire l'assemblea *delle* singole componenti della r.s.u., ossia di ogni sua componente in quanto tale, quel percorso si scioglierebbe come neve al sole.

<sup>28</sup> V. in particolare p. 18.

<sup>29</sup> P. 19 (mio il corsivo).

3. Segue. *Il sostegno al sindacato senza l'iniziativa dei lavoratori tra passato e presente*

Si diceva in apertura che la sentenza, benché attentamente calibrata sul testo contrattuale del 1993, presenta implicazioni di maggior respiro, per taluni aspetti anche al di là dell'ambito delle rappresentanze sindacali in azienda, e di rilievo nell'attualità.

La pronuncia delle Sezioni unite, secondo quanto sin qui detto, senza dubbio rafforza, in linea di principio, il carattere unitario della r.s.u., almeno nel modello originario, ripreso – come si sa – da ultimo nel cd. Testo Unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014<sup>30</sup>. È, questo, un aspetto di sicuro rilievo. Al contempo, tuttavia, l'accento posto sull'art. 4, co. 5, risulta significativo nel raffronto tra disciplina legale delle r.s.a. e disciplina contrattuale delle r.s.u. E da tale visuale fornisce spunti di particolare interesse per l'attualità: su di essi, ora, ci si soffermerà, sia pur brevemente.

L'art. 4, co. 5, è eloquente dell'intero contenuto dell'art. 4 dell'accordo interconfederale: la sua diretta attribuzione di prerogative sindacali assume la precisa configurazione di sostegno al sindacato firmatario del contratto collettivo nazionale a prescindere da ogni raccordo con la r.s.u.<sup>31</sup>. Dunque, di certo, a prescindere da ogni raccordo con la “iniziativa dei lavoratori”, requisito strutturale delle r.s.a. ex art. 19 dello Statuto dei lavoratori<sup>32</sup>, ancorché non sempre adeguatamente valorizzato<sup>33</sup>.

Questa differenza fa il paio con un'altra peculiarità della disciplina originaria delle r.s.u., probabilmente più nota, la cd. clausola del terzo, anch'essa volta a sostenere, a priori, il sindacato esterno, sebbene nella composizione della rappresentanza<sup>34</sup>. Clausola forse più famosa ma meno longeva, in quanto soppressa dal Protocollo del maggio 2013 e ora non più prevista nel T.U. del

<sup>30</sup> Come noto, nel menzionato Testo unico sono confluiti l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e il Protocollo del 31 maggio 2013.

<sup>31</sup> Ovviamente non è l'applicazione del ccnl nell'unità produttiva ad assicurare il raccordo.

<sup>32</sup> Come eloquentemente è stato scritto, l'art. 19 dello Statuto “richiede come requisito per la costituzione della rappresentanza sindacale, in primis, l'iniziativa dei lavoratori” (PESSI, *L'assemblea nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 1976, p. 139).

<sup>33</sup> In proposito, anche per le diverse opinioni, cfr., per tutti, DI STASI, *Le rappresentanze dei lavoratori*, cit., p. 155; DE MOZZI, *op. cit.*, p. 268, e SANTINI, *op. cit.*, p. 127.

<sup>34</sup> V., dell'accordo interconfederale del 1993, parte I, art. 2, co. 1, e, del protocollo del 23 luglio 1993, par. 2, punto 5, lett. a).

2014: dove, invece, il contenuto dell'art. 4, co. 5, così come dei suoi precedenti commi e dell'art. 5 dell'accordo interconfederale del 1993, è integralmente riproposto nei paragrafi 4 e 5 della sez. seconda, parte seconda.

Si ricorderà che la sussistenza del requisito dell'iniziativa dei lavoratori è stato messo in discussione finanche in relazione alla stessa r.s.u. nella sua interezza: v'è chi l'ha rinvenuto nel carattere elettivo, ma vi è anche chi l'ha escluso, ritenendo l'intero impianto regolativo delle r.s.u., carattere elettivo compreso, comunque appannaggio del sindacato<sup>35</sup>. In effetti, norme come l'art. 4 dell'accordo interconfederale invitano a un'attenta riflessione. Senza, ovviamente, nessuna allusione alla legittimità del modello contrattuale delle r.s.u.: neanche da questa prospettiva l'art. 19 dello Statuto costituisce un ostacolo, giacché, come scrivono da ultimo le Sezioni unite, "l'autonomia collettiva garantita ex art. 39 Cost. può prevedere prerogative diverse o ulteriori rispetto a quelle riconosciute a livello legislativo"<sup>36</sup>.

Piuttosto, rimanendo al requisito contemplato dall'art. 19 dello Statuto – l'iniziativa dei lavoratori – e ripercorrendo passaggi storici noti, il legislatore lo volle duttile, specularmente all'altro, del tutto inedito, coniato per collegare la rappresentanza al sindacato esterno ("nell'ambito")<sup>37</sup>. La singolare tecnica normativa guardava alle reali dinamiche sindacali del momento storico in cui lo Statuto vide la luce, e rimanda alla famosa "lacuna" della normativa statutaria: la regolazione del rapporto tra rappresentanti e rappresentati<sup>38</sup>, parte costitutiva del fenomeno sindacale. Un'operazione di microchirurgia legislativa, foriera di un organismo sindacale ibrido, volto a dare un "riassetto complessivo"<sup>39</sup> al cd. sistema sindacale di fatto –

<sup>35</sup> Ad esempio cfr., per la prima posizione, 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 1970-1993*, SIPI, 1994, p. 27; per la seconda, DE MOZZI, *op. cit.*, p. 268; FERRARO, *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell'accordo interconfederale del dicembre 1993*, in RGL, 1995, I, p. 215.

<sup>36</sup> P. 18; le Sezioni unite aggiungono: "con gli unici limiti dell'art. 17 legge n. 300 del 1970 e dell'esistenza d'una effettiva rappresentatività".

<sup>37</sup> Per tutti cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 89.

<sup>38</sup> Con formula felice, il "non detto" dello Statuto: così ROMAGNOLI, *L'inutile necessità di una disputa*, in DLRI, 1996, p. 1, ora in ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli Editore, 2009, p. 67, riferendosi al pensiero di D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori rivisitato*, LD, 1990, p. 247. Sul punto Romagnoli è tornato da ultimo nello scritto *Dal diritto del lavoro al diritto delle persone*, in *EL-online*, 14 maggio 2018.

<sup>39</sup> RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 122.

con effetti indiretti sulla contrattazione collettiva –, al termine degli anni '60 in un momento di sensibile difficoltà per lo scollamento tra “vertici” e “base”. E quel sistema, anche grazie all'arguzia del legislatore, si riprese, bene o male tirando avanti ancora per un paio di decenni. Riuscì poi a superare pure il difficile passaggio degli inizi degli anni '90, in una fase storica assai diversa, quando la rappresentatività dei suoi protagonisti, i grandi sindacati confederali, nuovamente tornò a vacillare. Le puntuali ripercussioni sull'art. 19 dello Statuto, con la modifica referendaria del '95, furono anticipate, sul versante dell'autonomia collettiva, dal Protocollo del luglio 1993, con l'introduzione delle r.s.u. Queste ultime avrebbero sottoposto, sì, la rappresentatività delle grandi confederazioni sindacali dei lavoratori alla verifica (elettorale), ma, appunto, entro binari dalle stesse confederazioni definiti, incluse alcune reti di protezione, tra cui, ancorché non in primo piano, l'art. 4, co. 5, oggi, nel T.U. del 2014, retaggio di quelle reti. Il sistema si rivelò peraltro più in salute del previsto, a prescindere dalle protezioni (anzitutto dalla riserva del terzo)<sup>40</sup>. Ma la sua debolezza strutturale, ossia l'assenza di un solido e democratico fondamento del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, si è ben presto ripresentata, agli inizi del nuovo secolo, per poi esplodere, nel 2010, con il caso Fiat. Siamo nell'attualità. La storia, con un classico ciclo, ci riporta alla “lacuna” dello Statuto dei lavoratori: come dire, dalle r.s.a. alle r.s.u. e ritorno. Ancora di recente si è scritto: è tempo di “strutturare la democrazia per migliorare la rappresentanza”<sup>41</sup>. Il T.U. del 2014, rilanciato dall'accordo interconfederale del 9 marzo 2018<sup>42</sup> nonostante le difficoltà applicative sinora incontrate<sup>43</sup>, ne è evidente dimostrazione. Benché anch'esso, inevitabilmente, presenti la medesima debolezza strutturale, in quanto sempre prodotto della sola auto-

<sup>40</sup> Cfr. CARRIERI, FELTRIN, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentatività nell'Italia di oggi*, Donzelli, 2016, p. 139; FONTANA, *op. cit.*, p. 78; DI NICOLA, *Le elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *LD*, 1995, p. 120.

<sup>41</sup> CARRIERI, FELTRIN, *op. cit.*, p. 105.

<sup>42</sup> Al riguardo cfr. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino ADAPT*, 23 aprile 2018, n. 16; TREU, *Un segnale unitario per il futuro*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 10 marzo 2018. Il T.U. era già stato ripreso nel documento unitario di Cgil, Cisl e Uil del 14 gennaio 2016.

<sup>43</sup> In proposito cfr. TREU, *Contrattazione e rappresentanza*, in DELL'ARINGA, LUCIFORA, TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze*, il Mulino, 2017, p. 336; CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 326/2017*, p. 23.

nomia collettiva<sup>44</sup>; come del resto quelle difficoltà applicative, almeno in parte, ricordano.

Ma, restando nei ristretti confini di queste pagine, l'analisi – sospinta forse sin troppo avanti dallo “sbilanciamento” verso il “sindacato” espresso dall'art. 4 co. 5 – è giunta così ad aprire la porta alla seconda sentenza che qui ci occupa, più direttamente concernente gli sviluppi sinteticamente rammentati.

#### 4. *La rappresentatività comparata e la sua rilevanza nella sentenza del Tar Lazio 8 febbraio 2018 n. 1522*

È anzitutto utile una sintetica descrizione del contenuto della pronuncia del Tar Lazio n. 1522/2018.

La controversia decisa attiene alla composizione del consiglio di vigilanza dell'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (Anpal), istituita dal d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150. Secondo l'art. 6, co. 4, di questo d.lgs., il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, nomina, con decreto, i dieci componenti di tale consiglio, scegliendoli “tra esperti di comprovata esperienza e professionalità nel campo delle politiche e delle istituzioni del mercato del lavoro, designati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori dipendenti comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Il Presidente del Consiglio ha provveduto con decreto del 24 novembre 2016. La Confsal ha impugnato il decreto lamentando: 1) l'esclusione di un suo rappresentante, a fronte della nomina di due soggetti designati dalla Cgil, due dalla Cisl e uno dalla Uil; 2) la carenza di istruttoria: sia perché limitata al settore privato, sia perché basata su un dato risalente al 2014 e priva di una valutazione comparativa dei dati utilizzati secondo criteri preventivamente fissati.

Il Tar ha respinto il ricorso sulla base di una serie di motivi.

In una prima parte della sentenza il giudice amministrativo ha osservato che “il concetto di rappresentatività non si presta ad una interpretazione univoca ma va modellato in relazione alle finalità perseguite dalle norme che lo richiamano”. In questa logica, ha distinto tra le nozioni di “maggiore rappresentatività” e di “sindacato comparativamente più rappresentativo”. La nozione

<sup>44</sup> Sul tema cfr. i contributi nel volume ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale Scientifica, 2014.

di maggiore rappresentatività – precisa il Tar – è utilizzata in genere per attribuire specifiche prerogative e diritti e “va solitamente declinata secondo un’accezione inclusiva, in quanto ‘tale criterio non si riferisce ad una comparazione fra le varie confederazioni nazionali, sibbene ad una ‘effettività’ – che può essere sempre conseguita da ogni confederazione sindacale – della loro forza rappresentativa’ (così C. Cost. 6 marzo 1974 n. 50)”; la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo – prosegue il Tar – presuppone, invece, “una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. E ciò al fine di commisurare il godimento di determinate prerogative alla effettiva capacità rappresentativa delle organizzazioni soggette al giudizio comparativo”.

Nella seconda parte della sentenza, concernente le doglianze in merito alla carenza d’istruttoria, il Tar si limita a motivare: 1) la delimitazione dell’istruttoria al settore privato in ragione delle finalità primarie perseguite dall’Anpal, riguardanti “obiettivi di massima occupazione nel settore privato attraverso la collocazione e ricollocazione dei lavoratori”; 2) l’utilizzazione di dati non aggiornati con l’“assenza di un sistema ufficiale di misurazione degli iscritti delle associazioni sindacali” e la conseguente necessità di utilizzare i dati presentati dalla stessa Confsal; 3) il giudizio comparativo in considerazione dei criteri elaborati in materia dalla giurisprudenza (consistenza associativa, presenza articolata sul territorio nazionale, partecipazione alla contrattazione collettiva, intervento nelle controversie).

##### 5. *Segue. Il recupero della funzione selettiva della rappresentatività comparata*

Nelle due parti descritte la sentenza racchiude, in sintesi, la tormentata esperienza della nozione di “rappresentatività comparata”. La prima riporta, per alcuni significativi versi, alle origini della sua introduzione nel nostro ordinamento. La seconda ne mostra invece limiti strutturali, che hanno finito per ridurne, se non escluderne, la valenza innovativa.

Come risaputo, la nozione di rappresentatività comparata fu introdotta, negli anni ‘90<sup>45</sup>, per contrastare il fenomeno dei cc.dd. contratti-pirata, in chiave “oggettiva”; riferita cioè al contratto collettivo – segnatamente, alla rappresen-

<sup>45</sup> V. l’art. 2, co. 25, della l. 28 dicembre 1995 n. 549, d’interpretazione autentica dell’art. 1 del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, conv. nella l. 7 dicembre 1989 n. 389.



tatività espressa dall'insieme delle organizzazioni stipulanti il contratto – per poterne individuare, nella comparazione tra più contratti, quello frutto di maggior consenso. Ben presto il legislatore ne ha ampliato l'ambito di utilizzazione, facendovi ricorso tanto per il rinvio legale alla contrattazione collettiva, a prescindere dall'esistenza di una pluralità di contratti, quanto per l'individuazione legislativa di rappresentanti delle organizzazioni sindacali in determinati organismi. In questo sviluppo, la nozione ha assunto una connotazione anche “soggettiva”, venendo riferita all'agente negoziale o comunque al sindacato e non più al contratto, e, secondo molti, finendo per sovrapporsi alla più risalente nozione di sindacato maggiormente rappresentativo.

Il Tar Lazio ne recupera l'originaria portata selettiva in chiave comparativa.

Nell'ipotesi normativa considerata – individuazione dei componenti del consiglio di vigilanza dell'Anpal – la nozione viene in gioco di sicuro sul piano soggettivo. E il Tar, riprendendo la famosa sentenza della C. Cost. n. 54/1974, la utilizza, condivisibilmente, per rilevare la rappresentatività non sul piano della mera *effettività*, cioè della concreta esistenza di un consenso di per sé suscettibile di essere preso a riferimento, bensì della *comparazione* tra questo e quel sindacato.

In tal modo, il Tar sottolinea, ad un tempo, sia la necessità di declinare, sul piano normativo, al plurale “il concetto di rappresentatività”, modellandolo “in relazione alle finalità perseguite dalle norme che lo richiamano” di volta in volta<sup>46</sup>; sia, in particolare, il carattere prettamente selettivo della nozione di rappresentatività comparata.

E sin qui la sentenza è piana e da apprezzare. Per la successiva parte, attinente all'istruttoria, il discorso è invece più complicato, e finisce per risultare assorbente.

#### 6. Segue. *Le difficoltà strutturali della rilevazione di una nozione non più attuale*

Eloquente è, anzitutto, l'ambito entro il quale il giudice amministrativo opera il giudizio di rappresentatività comparata: il settore privato. Si tratta, con ogni evidenza, di un profilo decisivo, che ne condiziona gli esiti.

<sup>46</sup> P. 6.

Come in precedenza rammentato, il Tar giustifica la scelta in considerazione delle “finalità primarie perseguite dall’Anpal”, ossia la “massima occupazione nel settore privato attraverso la collocazione e la ricollocazione dei lavoratori”. In proposito v’è anzitutto da osservare che l’art. 6, co. 4, del d.lgs. 150/2015, da un lato, fa riferimento al piano nazionale per la comparazione e, dall’altro, non contiene alcuna indicazione, neanche implicita, a questo o quell’ambito produttivo. Piuttosto la norma prevede che i soggetti designati dalle associazioni sindacali devono essere comprensibilmente scelti tra esperti “nel campo delle politiche e delle istituzioni del mercato del lavoro”: quindi in una prospettiva ampia, difficile, in verità, da delimitare al settore privato. Basti pensare al ruolo dell’Anpal di coordinamento della “rete di servizi per le politiche del lavoro (art. 4, co. 4), composta in buona misura da strutture e lavoratori pubblici (art. 1, co. 2); o alla intrinseca interconnessione esistente tra i diversi contesti e mercati del lavoro, al di là dell’uno o dell’altro settore.

Siamo dinanzi a un problema non certo nuovo, specie per il diritto sindacale italiano. L’ambito di misurazione della rappresentatività ha carattere costitutivo della stessa: rimetterne la definizione all’interprete vuol dire pri-  
vare in gran parte di contenuto il giudizio normativo su di essa fondato.

Il problema – è il caso di dirlo – è di fondo, e ci riconduce alle vicende e alle tematiche prima rammentate.

La rappresentatività comparata costituisce, al più, uno sviluppo della maggiore rappresentatività, ma comunque ne porta decisamente impressa l’impronta. Sebbene miri ad arginare segni di cedimento del cd. sistema sindacale di fatto, è comunque in quel sistema radicata e presuppone le sue logiche e dinamiche, alla stessa stregua della maggiore rappresentatività: eloquentemente si avvale, nella rilevazione, dei medesimi indici presuntivi, richiamati puntualmente anche dal Tar. In altre parole, secondo le caratteristiche del sistema sindacale di fatto, anch’essa finisce per rilevare *nell’effettività* il peso rappresentativo del soggetto sindacale. Come dire, non “è in grado di dare risposte appaganti” all’esigenza di misurare realmente quel peso<sup>47</sup>, bensì anch’essa prende atto, in pratica, della sua esistenza. Su queste basi il giudizio di comparazione – che esprime l’originaria ragion d’essere della nozione, come giustamente sostiene il Tar – sconta inevitabilmente un certo grado di “libertà” dell’interprete e finisce necessariamente per

<sup>47</sup> BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2014, p. 126.

diventare complicato quando la rappresentatività tra i soggetti da comparare non è evidente.

Possibilità tutt'altro che nuove; negli ultimi anni da inquadrare in più vasti scenari. Sì, perché – e ritorniamo a quanto si diceva prima – il sistema sindacale di fatto, conosciuto negli scorsi decenni, ha ceduto nelle fondamenta: anzitutto nell'“unità di azione” delle grandi confederazioni, che ne costituiva l'architrave. Il già citato T.U. del 10 gennaio 2014, con l'introduzione di una rappresentatività “misurata” sulla base del criterio associativo-elettorale e, più in generale, dell'introduzione della “unità procedurale”<sup>48</sup> – giova ribadirlo – ne è palese dimostrazione<sup>49</sup>.

Da tale prospettiva la sentenza esaminata è emblematica. I buoni propositi del Tar finiscono per imbattersi in difficoltà strutturali: l'art. 6, co. 4, del d.lgs. 150/2015 è una delle numerose norme che continua a porre il giudice dinanzi a nozioni appartenenti al passato.

Come per la decisione delle Sezioni unite, il tempo trascorso fa sentire il suo peso. Qui in modo più diretto.

<sup>48</sup> Rinviene, in particolare nel Protocollo del 2013, “un'inedita concezione dell'unità sindacale, che non è più (solo) unità di azione, ma è (soprattutto) unità del ‘campo di gioco’”. PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, in *DRI*, 2013, p. 951.

<sup>49</sup> Su questi sviluppi e sulla conseguente distanza dalla nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo, sia consentito rinviare ad ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Napoli, 16-17 giugno 2016*, Giuffrè, 2017, p. 354.

**Key words**

Diritto di assemblea, legittimazione RSU e sua singola componente, sostegno del sindacato e democrazia sindacale, rappresentatività comparata e sua funzione selettiva, crisi del c.d. sistema sindacale di fatto.

Right to union meeting, RSU legitimation and its single members, trade union support and trade union democracy, comparative representativeness and its selective function, crisis of the so-called factual trade union system.

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017 n. 30985 – Pres. Di Canzio, Rel. Berrino – B.M.D.P.D.S. s.p.a. (avv.ti C. e R. Scognamiglio) v. C.B. (avv.ti Casini e Pluderi)**

**Licenziamento disciplinare soggetto alla tutela ex art. 18 l. 300/1970 – Tardività della contestazione di addebito – Natura sostanziale del vizio – Valenza di carattere generale della tutela indennitaria forte ex art. 18, co. 5, l. 300/1970 – Applicabilità.**

*La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso, ricadente "ratione temporis" nella disciplina della l. n. 300 del 1970, art. 18 così come modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 42 comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dalla l. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5.*

★ ★ ★

## Alessandro Di Casola

### Tardività della contestazione:

### la “via mediana” del 5° comma dell’art. 18 St. lav.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. L’*iter* argomentativo e la soluzione adottata. 3. Osservazioni critiche. 4. L’“appiglio” della mancata previsione espressa dell’obbligo di tempestività della contestazione tra proceduralità della norma e sostanzialità del vizio. 5. (*Segue*) Ricadute pratico-applicative. 6. La tardività della contestazione nella disciplina sanzionatoria: generalità del comma 5 vs ce-devolezza del comma 6. 7. L’intrinseca disomogeneità dei vizi accomunati sotto l’ombrello della tutela indennitaria attenuata.

#### I. Premessa

Con la sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017<sup>1</sup>, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sull’ormai annosa questione circa le conseguenze del licenziamento disciplinare viziato dalla tardività di contestazione dell’addebito<sup>2</sup>.

Com’è noto, la l. 92/2012, modificando l’art. 18 dello Statuto, ha rotto l’equazione, prima esistente, tra illegittimità del licenziamento e reintegrazione, sostituendola con un novero di sanzioni dal grado di afflittività crescente rispetto alla gravità del vizio del licenziamento. Tenendo da canto i licenziamenti discriminatori (e le altre fattispecie a questi assimilati dal primo comma dell’art. 18), per i quali è rimasto in vigore il più garantista regime reintegratorio *old style*, il nuovo art. 18 dello Statuto prevede la reintegrazione, assistita da un’indennità risarcitoria omnicomprensiva, fino a 12 mensilità,

<sup>1</sup> Allo stato, già annotata da DE ANGELIS, *Ripensando all'immediatezza della contestazione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT - 362/2018; PERRINO, in FI, 2018, I, c. 504 ss.; PISANI, *Licenziamento disciplinare – tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in GI, 2018, p. 409 ss.

<sup>2</sup> In dottrina, tra gli interventi più recenti, v. (in ordine alfabetico) ALBI, *Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto*, in questa rivista, 2016, p. 406 ss.; DE MOZZI, *Le conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nel licenziamento disciplinare*, in DRI, 2017, p. 1108 ss.; DI PAOLA, *Difetto di tempestività della contestazione disciplinare: violazione procedurale e/o sostanziale?*, in RIDL, 2017, II p. 503 ss.; PISANI, “Tardività-ingiustificata” e “tardività-vizio procedimentale” del licenziamento disciplinare e relative sanzioni, in MGL, 2014, p. 289 ss.; ID., *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare*, in MGL, 2017, pp. 489–507; SILVESTRI, *Immediatezza della contestazione disciplinare e relatività del concetto*, in LG, 2018, p. 80 ss.; TOSI, PUCETTI, *Licenziamento - La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione disciplinare*, in GI, 2017, p. 1910 ss.

nei soli casi di insussistenza del fatto contestato o di riconducibilità dello stesso a sanzioni conservative previste dal codice disciplinare o dai contratti collettivi applicati; ovvero, negli altri casi in cui non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, la corresponsione di una mera indennità risarcitoria, di importo compreso tra 12 e 24 mensilità. Tale importo viene dimezzato dal successivo 6° comma – per quanto qui interessa – qualora la violazione riguardi *unicamente* l’obbligo di motivazione del licenziamento, la procedura disciplinare di cui all’art. 7 della l. 300/1970 ovvero quella di conciliazione prevista dall’art. 7 della l. 604/1966 per il caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infatti, la norma fa espressamente salvo il caso in cui si riscontrino vizi di giustificazione del licenziamento, con applicazione delle più severe sanzioni previste per tali ipotesi.

Di qui la coniazione del c.d. “vizio (meramente) procedurale”, espressione che, tra gli operatori, identifica una sorta di vizio minore del licenziamento, fosse solo perché sanzionato con una misura scarsamente afflittiva e dagli effetti, in verità, molto poco deterrenti.

Identico metodo nell’articolazione delle sanzioni conseguenti al licenziamento illegittimo è stato utilizzato dal legislatore del d.lgs. 23/2015, nel quale è stata riproposta la distinzione tra vizi “sostanziali” e vizi “procedurali”, con una notevole riduzione della sanzione (soltanto economica) prevista per i secondi: il che, in alcuni casi, ne rende a dir poco risibile la (già menomata) efficacia deterrente<sup>3</sup>.

Il nodo della questione che, con tutta evidenza, ha ispirato sia la giurisprudenza precedente alla sentenza in commento, sia, molto probabilmente, anche le Sezioni Unite, è il seguente: atteso che il nuovo art. 18 prevede sanzioni differenziate in base ai vizi del licenziamento, e che la (più mite) disciplina è prevista per i vizi formali e/o procedurali, per applicare la sanzione corretta diventa centrale separare ciò che è (meramente) procedurale da ciò che, invece, ha natura sostanziale.

Su quest’ultimo punto la giurisprudenza precedente ha spaziato note-

<sup>3</sup> Infatti, per gli assunti dopo il 4.3.2015, la condanna per il datore di lavoro che abbia irrogato un licenziamento afflitto da un vizio formale e/o procedurale può addirittura essere pari a due (sole) mensilità, qualora il lavoratore vanti un’anzianità inferiore ai due anni. Da precisare che, al momento della consegna del presente contributo all’Editore, il d.l. 12 luglio 2018 n. 87 (c.d. “decreto dignità”) non è stato ancora convertito dal Parlamento e che lo stesso, nella versione attualmente vigente, non modifica il *quantum* dell’indennità risarcitoria di cui all’art. 4, d.lgs. 23/15 (prevista per i vizi formali e/o procedurali del licenziamento).

volmente. Infatti, a fronte del medesimo vizio (*i.e.* tardività della contestazione disciplinare), si è ritenuta dapprima applicabile, sia pure in un *obiter dictum* contenuto nella prima pronuncia della S.C. sull'art. 18 novellato, la tutela indennitaria attenuata di cui al comma 6<sup>4</sup>: orientamento seguito altresì da alcune pronunce successive<sup>5</sup>. In altro caso, con una soluzione ai limiti del “pilatesco”, si è affermata semplicemente l'applicabilità di una sanzione (meramente) indennitaria, senza specificazione del regime da applicare in concreto<sup>6</sup>: demandando, di fatto, al Giudice del rinvio la scelta tra i due regimi previsti (5° o 6° comma)<sup>7</sup>. Più di recente, la Corte, modificando il proprio orientamento, ha invece applicato la più dura sanzione reintegratoria, sebbene nella forma attenuata (4° comma), facendo leva sull'irregolarità del “fatto contestato” derivante dall'abnorme ritardo nella contestazione stessa<sup>8</sup>.

Del tutto opportuna, pertanto, rimane la rimessione della questione alle Sezioni Unite, fatta con l'ordinanza interlocutoria n. 10159 del 21.4.2017: la quale, sebbene con qualche omissione<sup>9</sup>, passa in rassegna i vari orientamenti in materia fino a quel momento assunti dalle sezioni semplici della Suprema Corte.

<sup>4</sup>V. Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, in *RIDL*, 2015, II, p. 25 ss. con note di DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, p. 32 ss. e di MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, p. 39 ss., nonché in *DRI*, 2015, p. 229 ss. con nota di FERRANTE, *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, e in *GI*, 2014, con nota di FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del “fatto materiale”*. Qui la Corte fa una differenza tra la “violazione del requisito della “tempestività”, evidentemente intendendo per tale il provvedimento espulsivo adottato con ingiustificato ritardo rispetto all'inizio del procedimento disciplinare, ovvero alla presentazioni delle giustificazioni da parte del lavoratore, e la violazione del principio di “immediatezza della contestazione”, ritenendo quest'ultimo vizio rientrante entro il comma 6 dell'art. 18.

<sup>5</sup>Cass. 26 agosto 2016 n. 17371, in *www.iusexplorer.it*, e, sebbene con riferimento alla tempestività del provvedimento espulsivo, Cass. 16 agosto 2016 n. 17113, in *www.ilgiuslavorista.it*, 2017, con nota di DI PAOLA, *Licenziamento intimato oltre il termine stabilito dalla contrattazione collettiva: quale sanzione?*; su entrambe, v. TOSI, PUC CETTI, *op. cit.*

<sup>6</sup>V. Cass. 9 luglio 2015 n. 14324, secondo cui, per il caso di tardività della contestazione disciplinare, “la tutela prestata è limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva da determinarsi fra un minimo ed un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”.

<sup>7</sup>Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Napoli ha applicato l'indennità di cui all'art. 18, co. 6, l. 300/70: v. App. Napoli 15 giugno 2017 n. 1351, inedita.

<sup>8</sup>V. Cass. 31 gennaio 2017 n. 2513, in *RIDL*, 2017, II, p. 503 ss., con nota di DI PAOLA, *Difetto di tempestività*, *cit.*

<sup>9</sup>Come acutamente segnalato da TOSI, PUC CETTI, *op. cit.*, l'ordinanza interlocutoria, nel



## 2. *L’iter argomentativo e la soluzione adottata*

Il caso posto all’esame delle Sezioni Unite riguarda un licenziamento intimato al termine di un procedimento disciplinare iniziato circa due anni dopo la scoperta, da parte del datore di lavoro, degli illeciti disciplinari commessi dal dipendente. I precedenti gradi di giudizio avevano avuto esiti opposti, come non è infrequente in tali casi, proprio a causa della mancanza di una disciplina “univoca” in materia di tardività della contestazione: reintegrazione in fase sommaria, tutela indennitaria debole in opposizione e, nuovamente, reintegrazione in appello.

I passaggi argomentativi salienti della (lunga) sentenza possono essere così riassunti.

In primo luogo, la Corte esclude l’applicabilità dei primi tre commi dell’art. 18 (tutela reintegratoria piena), perché la tardività della contestazione non può essere ricondotta ad alcuna causa di nullità del licenziamento ivi richiamata.

Allo stesso modo, discostandosi da quanto affermato da Cass. 2513/17, esclude l’applicabilità della tutela reintegratoria attenuata di cui al 4° comma: in ragione, da un lato, della tassatività della disciplina ivi contemplata (“insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa...”) e, dall’altro, della pacifica – o, comunque, accertata – sussistenza dei fatti contestati, ancorché in maniera ingiustificatamente tardiva.

Si giunge così al dilemma dell’applicabilità del 5° o del 6° comma: vale a dire, pur sempre di una tutela meramente indennitaria, nella misura “forte” (12-24 mensilità), oppure “attenuata” (6-12 mensilità). Questione la cui soluzione, a parere della Corte, sembra dipendere, in massima parte, dalla natura – meramente procedurale oppure sostanziale – da riconoscersi al sottostante obbligo. E infatti, i giudici, in primo luogo, osservano che seppure è vero che l’obbligo di contestazione degli addebiti nasce dall’art. 7 dello Statuto – dunque, dalla norma “procedurale” richiamata dal comma 6 dell’art. 18 – è altrettanto vero che tale disposizione non richiede espressamente la tempestività della contestazione stessa: così “aprendo la via” ad una potenziale fuoriuscita dal 6° comma, altrimenti difficilmente sostenibile<sup>10</sup>.

passare in rassegna l’orientamento che riterrebbe applicabile il co. 6 dell’art. 18 omette il richiamo a Cass. n. 17371/16 e n. 17113/16 (quest’ultima sulla tempestività del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare).

<sup>10</sup> Cfr. punto 9 delle “Ragioni della decisione”: “(...) se, per un verso, è certo che l’obbligo

Sulla scorta di ciò, la Corte procede alla ricostruzione dell'obbligo di tempestività della contestazione nella duplice, classica, chiave di rispetto dei canoni di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) e di garanzia "multiforme" del lavoratore. Al quale i fatti vanno contestati appena possibile: per consentirgli un'adeguata difesa; per tutelare il suo legittimo affidamento alla mancata attivazione del procedimento disciplinare; per evitare la creazione di un illegittimo strumento di ricatto nelle mani del datore di lavoro, attesa la facoltatività del potere in questione<sup>11</sup>.

Sebbene compiutamente esplicitato solo in sede riepilogativa, la Corte utilizza anche un terzo argomento a sostegno della natura sostanziale dell'obbligo di tempestività della contestazione, tratto dai doveri di correttezza e buona fede: il datore di lavoro, contestando in maniera ingiustificatamente tardiva l'addebito, andrebbe in sostanza *contra factum proprium*. Elemento, quest'ultimo, da ravvisarsi nel prolungato comportamento inerte del datore di lavoro: trattasi, infatti, di una condotta tale da ingenerare nel lavoratore, legittimamente, una presunzione dell'insussistenza – in concreto – di alcuna lesione dell'interesse datoriale, oppure, della decisione di non dare seguito disciplinare all'inadempimento<sup>12</sup>, o, in ogni caso, di non applicare una sanzione espulsiva<sup>13</sup>.

Gli argomenti appena riportati vengono utilizzati dalla Corte per affermare, in primo luogo, la valenza di "principio generale di carattere so-

della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970, d'altro canto, è *pur vero che ciò non implica automaticamente che la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare, così come elaborato dalla giurisprudenza, debba essere sempre sanzionata attraverso il meccanismo della indennità attenuata, di cui al sesto comma del citato art. 18*, per il solo fatto che tale norma contempla, tra le ipotesi di applicazione di tale più lieve sanzione, quelle derivanti dalla violazione delle procedure di cui all'art. 7 della stessa legge n. 300 del 1970 e dell'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 704, unitamente alla violazione del requisito della motivazione. *Invero, il principio della tempestività della contestazione lo si desume dal contesto della lettura della norma di cui all'art. 7 della legge n. 300/70, dal momento che questa non lo enuncia in maniera espressa (...)*", miei i corsivi.

<sup>11</sup> Cfr., ancora, la parte finale del punto 9 delle "Ragioni della decisione".

<sup>12</sup> Punto 11 delle "Ragioni della decisione", *infra*.

<sup>13</sup> Da notare che si accenna ad una sorta di scelta abdicativa del datore di lavoro rispetto al licenziamento già nel punto 10 delle "Ragioni della decisione": "In effetti, la mancanza di tempestività della contestazione disciplinare può indurre a ritenere, fino a quando la stessa non venga eseguita, che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore (...)"

stanziale della tempestività”<sup>14</sup> e, in secondo luogo, la sua non riconducibilità ai vizi enunciati dal comma 6 dell’art. 18, ai fini dell’applicabilità della sanzione ivi prevista (tutela indennitaria debole). Trattandosi di un vizio del licenziamento che deriva dal mancato rispetto dei doveri di correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro – sostiene la Corte – la tardività della contestazione, quale vizio sostanziale, deve essere ricondotta al 5° comma dell’art. 18 (e non al 6° comma): norma “da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale”<sup>15</sup>.

Dopo aver ribadito tale principio, la Corte precisa altresì che “diversamente, qualora le norme del contratto collettivo o la stessa legge dovessero prevedere dei termini per la contestazione dell’addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di carattere procedimentale, nell’alveo dell’applicazione del sesto comma dell’art. 18...”. Anche tale ultimo passaggio, come si vedrà, è molto importante ai fini qui rilevanti, giacché l’applicazione del 5° o del 6° comma dipenderebbe dal “se” un certo obbligo è oggetto di previsione espressa o meno di una norma procedimentale: sia essa della legge o del contratto collettivo<sup>16</sup>.

### 3. Osservazioni critiche

La pronuncia in commento induce a molteplici riflessioni.

In primo luogo, non convince l’aver contrapposto – beninteso, nell’ottica sanzionatoria – proceduralità e sostanzialità del vizio: in qualche modo presupponendo che la natura procedurale di una norma sia incompatibile con un’origine – o meglio, un rilievo – sostanziale dell’obbligo sottostante. Sostanza che invece, nel caso di specie, assume forma per mezzo della norma procedurale di cui all’art. 7 St. lav.

Venendo al piano sanzionatorio e alla specifica questione affrontata dalla Corte, si ha forte la sensazione che i Giudici – almeno in alcune parti della sentenza – abbiano dato per presupposto che il comma 6 dell’art. 18 punisca violazioni di obblighi, non tanto previsti dall’art. 7 St. lav. (o comunque a

<sup>14</sup> Punto 10 delle “Ragioni della decisione”, *infra*.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> V. quanto sostenuto nel paragrafo 5.

questo correlati), quanto, piuttosto, di *rilievo esclusivamente procedurale*: cioè, come se il semplice rilievo sostanziale del vizio, pur se riconducibile all'art. 7 St. lav., impedisse l'applicazione della sanzione di cui al comma 6.

Nel ragionamento svolto, la Corte incorre in due passaggi dalla tenuta piuttosto debole: il primo, riguardante l'estrapolazione dell'obbligo di contestazione tempestiva dalla procedura *ex art. 7 St. lav.*; il secondo, concernente i rapporti tra comma 6 e comma 5 dell'art. 18, che, nel caso di specie, vengono ricostruiti sulla base della "generalità" del secondo, piuttosto che, come richiesto dalla norma, della cedevolezza del primo.

4. *L'“appiglio” della mancata previsione espressa dell'obbligo di tempestività della contestazione tra proceduralità della norma e sostanzialità del vizio*

Iniziando dal primo, nella parte motiva della sentenza, la Corte riconosce sì – come d'altronde non potrebbe non fare – che il principio della tempestività della contestazione deriva dall'obbligo di contestare l'addebito prima di irrogare qualsiasi sanzione disciplinare, posto dal co. 1 dell'art. 7 St. lav., ma poi, subito dopo, fa leva sulla mancata espressa previsione, in quest'ultima norma, dell'obbligo di contestazione tempestiva per “estrarre” tale obbligo dalla procedura in parola (dando ad esso, per contrasto, valore sostanziale) e, di conseguenza, negare la riconducibilità della sua violazione alla fattispecie contemplata dal comma 6 del novellato art. 18.

Già questo passaggio appare assai debole: è incontestabile che l'art. 7 St. lav. non prevede l'obbligo che la contestazione sia tempestiva, ma è altrettanto incontestabile che la tempestività è un obbligo accessorio a quello di contestazione dell'addebito, normato dal predetto art. 7. Dunque, non solo inscindibile da tale ultima norma, ma, addirittura, da questa dipendente: basta solo pensare che, se non ci fosse l'obbligo di contestare, non potrebbe discutersi della tempestività della contestazione.

Sulla scorta di ciò, prova parecchio l'interpretazione fatta propria dalla Corte, secondo cui il vizio “procedurale” contemplato dal comma 6 sarebbe riscontrabile solo in relazione a fattispecie espressamente previste dalla procedura *ex art. 7* (ad esempio, l'obbligo di contestazione o quello di sentire il lavoratore a difesa) e non (anche) ad altri obblighi da tale procedura scaturenti, per non dire da questa dipendenti (e ciò da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico): come nel caso della tempestività. Se la legge –

che la si condivida o meno<sup>17</sup> – prevede che il vizio del procedimento disciplinare porti ad una determinata (più mite) sanzione, è evidente che tale debba essere la sanzione correlata a quel vizio e agli altri da questo dipendenti, senza che l’indagine sulla mera proceduralità dello stesso possa incidere sulla scelta del regime sanzionatorio applicabile.

In altre parole, qui non è in rilievo la natura meramente procedurale o meno dell’obbligo di contestazione tempestiva, quanto, invece, la sua riconducibilità all’art. 7 St. lav. (norma espressamente richiamata dall’art. 18, co. 6). Fermo restando che non pare possano esprimersi dubbi sul rilievo sostanziale di tale obbligo – e, in merito, il ragionamento della Corte è pienamente condivisibile – il punto centrale della questione è che tale ultima caratteristica, alla stregua del nuovo art. 18, non è condizione sufficiente a escludere l’applicabilità del comma 6 all’ipotesi della sua violazione.

La legge, in definitiva, indica espressamente e tassativamente i casi in cui va applicata la tutela indennitaria debole e non subordina l’applicazione di tale più mite sanzione a una determinata proprietà del vizio (la sua “mera” proceduralità). Piuttosto, come si vedrà nel prosieguo, prevede una disciplina cedevole verso sanzioni più dure in presenza di un difetto di giustificazione del licenziamento. Di conseguenza, al più, è su tale ultimo elemento che potrebbe farsi leva, ferma restando, a nostro avviso, la difficile superabilità dell’accessorietà dell’obbligo di tempestività a quello di contestazione. Obbligo, quest’ultimo, la cui violazione viene (invece) correttamente fatta rientrare dalla Corte nella sanzione di cui al comma 6, a prescindere dalla sua natura sostanziale.

##### 5. (Segue) *Ricadute pratico-applicative*

Sulla scorta della mancata previsione (espressa) da parte dell’art. 7 dell’obbligo di contestazione tempestiva, nonché del suo rilievo sostanziale, la Corte ne riconduce la violazione alla sanzione di cui al comma 5. Subito dopo, però, precisa – come accennato – che qualora tale norma avesse previsto, o in futuro prevedesse, espressamente, un simile obbligo, “la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di carattere procedimentale, nell’alveo dell’applicazione del sesto comma dell’art. 18...”.

<sup>17</sup> V., per considerazioni sul punto, il paragrafo 7.

Con questo passaggio la Corte sembra voler rimarcare la fedeltà dell'orientamento assunto ai dettami della riforma del 2012: subordinando, sul piano sanzionatorio, l'affermato rilievo sostanziale dell'obbligo di tempestività della contestazione disciplinare al fatto che lo stesso sia oggetto di una previsione espressa da parte della norma procedimentale e, dunque, ammettendo che in tal caso la tardività della contestazione possa essere sanzionata con la tutela indennitaria attenuata.

Rimanendo ancorati al dato letterale dell'art. 18 – e in particolare del comma 6 – la soluzione appare condivisibile. Tuttavia, nell'economia della sentenza, desta qualche perplessità che tutta l'argomentazione spesa – in chiave interpretativo-ricostruttiva – sul rilievo sostanziale dell'obbligo di contestazione tempestiva sia destinata a svanire nel caso in cui la legge o la contrattazione collettiva dovessero prevedere un obbligo in tal senso. Nell'ipotesi considerata, la Corte rinviene nel comma 6 una sorta di limite invalicabile; da questo punto di vista, in ragione del tenore delle argomentazioni utilizzate sul punto della sostanzialità dell'obbligo, sorprende che la Corte non abbia provato a far leva sulla cedevolezza: principio che, com'è noto, caratterizza le sanzioni previste dal citato comma 6<sup>18</sup>.

Non è da escludersi che la Corte, sul punto, abbia inteso dare “un colpo al cerchio e uno alla botte”. Leggendo le motivazioni, in assenza della precisazione da ultimo riportata, si sarebbe potuto ritenere che l'interpretazione fatta propria dalla Corte fosse tacitamente abrogativa del comma 6, nella parte in cui si riferisce a violazioni della procedura di cui all'art. 7 St. lav. E infatti, il medesimo rilievo sostanziale che la Corte ha ravvisato nella tempestività della contestazione disciplinare è proprio, altresì, degli altri obblighi ivi previsti: quello di contestazione scritta; di sentire il lavoratore a difesa; di attendere almeno 5 giorni prima di irrogare la sanzione disciplinare. Di conseguenza, se l'accento fosse rimasto unicamente sul rilievo sostanziale dell'obbligo, è chiaro che non vi sarebbe stato alcuno spazio per applicare il sesto comma a fronte di qualsivoglia (altra) violazione della procedura di cui all'art. 7.

Non può sottacersi, però, che la soluzione adottata dalla Corte rischia di risultare paradossale: *in primis*, perché, in base all'orientamento assunto dalle Sezioni Unite, la tardività della contestazione riceverà la tutela indennitaria forte, mentre la violazione degli (altri) obblighi previsti dall'art. 7 St.

<sup>18</sup> Su questo, v. quanto sostenuto nel paragrafo 6.

lav. – la cui origine sostanziale non pare possa essere in alcun modo negata – verrà assoggettata al più mite regime di cui al comma 6.

In secondo luogo, perché, ragionando *de jure condendo*, non v’è dubbio che l’eventuale previsione di un termine entro cui iniziare il procedimento disciplinare risponderebbe a finalità di garanzia ulteriore del lavoratore, peraltro corrispondenti a quelle evidenziate dalla Corte nella sentenza in commento. Tale operazione, però, allo stato, si risolverebbe in una *deminutio* di tutele per quest’ultimo: la previsione espressa di un simile obbligo, infatti, farebbe che sì che la sua violazione verrebbe sanzionata con una misura notevolmente più blanda di quella attuale (tutela indennitaria attenuata, anziché forte).

Infine, ragionando su piani paralleli, a fronte di quanto detto, altrettanto perplessi lascia l’apertura, data quasi per scontata, alla sanzione di cui al 6° comma anche nel caso della violazione di una previsione procedimentale del contratto collettivo<sup>19</sup>: fonte non richiamata dal comma in parola. Orbene, a livello interpretativo, tale soluzione ben si comprende e risulta altresì condivisibile: la Corte estende, in via interpretativa, l’operatività della più blanda sanzione prevista per la violazione di norma procedurale della legge anche al medesimo tipo di norma contrattual-collettiva, magari specificativa di quell’obbligo. Tuttavia, raffrontando ciò con quanto sin qui detto, si ha la sensazione che i Giudici abbiano usato due pesi e due misure. Da un lato, estendendo, quasi automaticamente, l’operatività del comma 6 a una fonte non prevista dalla medesima disposizione, hanno assunto un condivisibile atteggiamento sostanzialista. Dall’altro, negando l’applicabilità del comma 6 all’ipotesi della contestazione tardiva, si sono attestati su un orientamento formalista, perché la circostanza invocata ha tutta l’aria di essere un appiglio: ossia, il ricordato difetto di previsione espressa dell’obbligo di tempestività da parte dell’art. 7 St. lav.

#### 6. *La tardività della contestazione nella disciplina sanzionatoria: generalità del comma 5 vs cedevolezza del comma 6*

Venendo al secondo nucleo di perplessità prima menzionato, rileva la modalità con cui la Corte ha estrapolato il vizio di tardività della contesta-

<sup>19</sup> Un precedente, anche se relativamente all’ipotesi di un termine entro cui adottare la sanzione disciplinare, è rinvenibile in Cass. 17113/16, cit.

zione dalla sanzione di cui al comma 6, per riconnetterlo a quella indennitaria forte prevista dal comma 5 dell'art. 18.

Come visto poc'anzi, la Corte poggia tale conclusione sulla seguente triplice considerazione: la mancata previsione espressa, nell'art. 7 St. lav., del principio di tempestività della contestazione; il rilievo non meramente procedurale di tale obbligo; il carattere generale della sanzione di cui al comma 5. Nel fare la predetta operazione, la Corte compie un salto logico-interpretativo: ricorre direttamente al "principio di generalità" del comma 5 senza, però, dare conto delle ragioni per cui la questione non poteva essere risolta sulla base dei rapporti interni tra i diversi regimi sanzionatori di cui al novellato art. 18. Rapporti che, per quanto riguarda il comma 6, sono improntati al principio della cedevolezza verso le sanzioni più afflittive: "il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo delle tutele previste dal presente comma, quelle previste dai commi quarto, quinto o settimo".

Venendo al comma 5, vale la pena ricordare che tale norma non nasce come *previsione generale*: destinata cioè a ricomprendere qualsiasi tipo di vizio del licenziamento che non sia riconducibile alle ipotesi previste dai commi 1, 4, 6 e 7; bensì, richiede espressamente che, ai fini della sua operatività, non ricorrano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo per ragioni diverse da quelle richiamate dai predetti altri commi dell'art. 18. Non v'è dubbio che trattasi, a differenza delle altre, di una norma sanzionatoria "aperta", dunque non riguardante un *numerus clausus* di ipotesi, ma ciò non vuol dire che, per ciò solo, preveda un rimedio di carattere generale: proprio perché la sua operatività è subordinata all'esistenza di un vizio che comporta la mancata ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo. Sotto questo profilo, il comma 5 è essenzialmente una norma residuale, ma, lo si ribadisce, non rispetto a qualsivoglia ipotesi di illegittimità del licenziamento, bensì solo in relazione ai casi di mancata ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, a condizione che gli stessi non siano già contemplati negli altri commi dell'art. 18.

Come si è visto, nel percorso logico-argomentativo che la Corte porta avanti c'è un passaggio che parrebbe assai significativo a tal fine: là dove si definisce *contra factum proprium* il comportamento del datore di lavoro. Il quale, pur essendo venuto a conoscenza dell'esistenza di un illecito disciplinare, abbia sopraspeduto per un tempo ingiustificatamente lungo all'utilizzo



del relativo potere sanzionatorio – lasciando dunque presumere al lavoratore l’irrelevanza disciplinare dell’inadempimento, ovvero la rinuncia all’utilizzo del relativo potere – salvo poi, in un momento ancora successivo, avviare l’azione disciplinare.

Ebbene, tale considerazione incide chiaramente sulla ricorrenza degli estremi della giusta causa: in quanto la prosecuzione del rapporto di lavoro in una fase, anche potenzialmente lunga, successiva alla scoperta del fatto che legittima il licenziamento in tronco, nega in radice la compromissione irreversibile del vincolo fiduciario richiesta dall’art. 2119 cod. civ. Ciò avrebbe imposto, in via interpretativa, di azionare il meccanismo residuale del comma 6, in favore del comma 5, anziché ricorrere alla natura “generale” di tale ultimo rimedio.

Tuttavia, lo stesso ragionamento si presenta in termini assai più problematici nei confronti del giustificato motivo soggettivo, dal momento che lo stesso non richiede una cessazione immediata del rapporto di lavoro, ma, anzi, impone che lo stesso prosegua per il periodo – talvolta assai lungo – del preavviso<sup>20</sup>. Di conseguenza, sebbene non si possa negare che la prosecuzione del rapporto, tanto più se prolungata, costituisca atteggiamento del datore di lavoro scarsamente compatibile con la volontà estintiva, appare piuttosto arduo sostenere che ciò vada a incidere sulla ricorrenza degli *estremi* del giustificato motivo soggettivo, al fine di attivare il rapporto di cedevolezza del comma 6 in favore del comma 5<sup>21</sup>.

Di qui – si può ipotizzare – la scelta della Corte di ricondurre, sul piano sanzionatorio, la fattispecie in questione alla “valenza di carattere generale” del quinto comma dell’art. 18, piuttosto che, in ossequio al principio di cedevolezza espressamente previsto nel sesto comma, ad un “difetto di giustificazione del licenziamento”<sup>22</sup>.

Sennonché, il salto interpretativo intrapreso dalla Corte per sostenere

<sup>20</sup> V. PISANI, *Tardività-ingiustificatezza*, cit.; DE MOZZI, *op. cit.*, si esprime per un rilievo, ai fini appena esaminati, di una prosecuzione del rapporto, a condizione, però, che vada oltre i termini di preavviso da darsi al lavoratore in caso di licenziamento.

<sup>21</sup> Il che, ragionando in termini prospettici, potrebbe anche condurre alla conversione del licenziamento da giusta causa in giustificato motivo soggettivo: infatti, a causa della tardività della contestazione, difetterebbe la prima ma non il secondo. Sull’obbligo giudiziale di verifica, anche d’ufficio, della ricorrenza del giustificato motivo soggettivo in caso d’insussistenza della giusta causa, v., da ultimo, Cass. 4 gennaio 2016 n. 21, in *GL*, 2016, 5, p. 95.

<sup>22</sup> Ipotesi che, a norma del comma 6, legittima l’applicazione dei regimi sanzionatori previsti negli altri commi, ferma restando la sussistenza dei rispettivi presupposti.

l'applicabilità del comma 5 appare, ancora una volta, ben più lungo e complesso di quello che sarebbe stato necessario per ricondurre la tardività della contestazione – come già fatto da alcuni precedenti di sezione semplice – al comma 6. In tal caso, infatti, si sarebbe trattato solo di ricomprendere la tempestività entro il fondamentale obbligo di contestazione, previsto espressamente dall'art. 7 St. lav. Ciò che, peraltro, come si è visto, la medesima sentenza ha fatto, senza alcuna remora, in relazione a obblighi procedurali ulteriori, previsti dalla contrattazione collettiva (fonte neppure richiamata dalla norma), o anche che dovessero essere previsti, in futuro, per via legislativa.

Tutto ciò non può far altro che accrescere i dubbi sulla corrispondenza tra la soluzione adottata dalla Corte e la *ratio* della l. 92/12: la cui forza di resistenza rispetto a interpretazioni siffatte, in tale frangente, si mostra più intensa di quanto si potesse immaginare *ab initio*.

#### 7. *L'intrinseca disomogeneità dei vizi accomunati sotto l'ombrello della tutela indennitaria attenuata*

Se, da un lato, rimangono ferme le considerazioni critiche, sin qui svolte, sulla soluzione adottata dalla Corte, dall'altro, considerata l'autorevolezza dell'organo giudicante, non ci si può esimere dal fare uno sforzo ulteriore: nel tentativo di individuare possibili ragioni dell'opzione, fatta dai Giudici, per un'interpretazione così restrittiva – per non dire forzata – dei vizi della procedura disciplinare sanzionabili con la tutela di cui al comma 6 dell'art. 18.

In effetti, prendendo spunto da quanto sostenuto dalla Corte sulla sostanzialità del vizio di tardività della contestazione e incrociando tale fattispecie (a nostro avviso, come si è visto, riconducibile all'art. 7 St. lav.) con le altre ipotesi richiamate dal medesimo comma 6 dell'art. 18, salta all'occhio che tale norma equipara, sul piano sanzionatorio, situazioni, in realtà, tra loro neppure comparabili<sup>23</sup>. Più precisamente: a) violazioni formali (assenza di

<sup>23</sup> Si esprimono in termini critici sull'inclusione nel comma 6 dell'art. 18 delle violazioni dell'art. 7 St. lav., o, in ogni caso, sottolineandone le difficoltà interpretativo-applicative, *ex plurimis*, CARINCI F, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2013, p. 461 ss.; D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 363 ss.; FONTANA,

motivazione contestuale del licenziamento); b) violazioni di rilievo meramente procedimentale (art. 7 l. 604/66, come novellato dalla stessa legge 92/12); c) violazioni di norme (pur) procedurali, ma espressione di obblighi sottostanti dal rilievo assolutamente sostanziale (art. 7 St. lav.), o, per utilizzare le parole della Consulta, “correlati a principi di civiltà giuridica”<sup>24</sup>.

Pare infatti indubitabile che, nell’economia del nuovo art. 18, al difetto di motivazione contestuale richiamato nel comma 6 possa attribuirsi un rilievo esclusivamente formale, dal momento che il licenziamento disciplinare consegue sempre a un procedimento aperto da contestazione: la quale, in buona sostanza, unitamente agli altri eventuali atti del procedimento, diviene anche il motivo del licenziamento. Di conseguenza, in presenza di idonea contestazione, ma di mancanza di motivazione contestuale (espressa o *per relationem*) della lettera di licenziamento, si ha un vizio soltanto formale<sup>25</sup>, consistente nella mancata ripetizione dei motivi del licenziamento, ovvero nella mancata esplicitazione della decisione datoriale di non tener conto delle giustificazioni presentate (passaggio insito nella decisione stessa di licenziare e, dunque, del tutto implicito e desumibile). Diverso, naturalmente, è il caso – forse di scuola – di un licenziamento viziato da assenza “sostanziale” di motivazione: ossia, d’inesistenza di una previa procedura disciplinare a cui ricollegare una lettera di licenziamento (anch’essa) priva di qualsivoglia motivazione. Qui verrebbe in soccorso il menzionato principio di cedevolezza del comma 6, in ragione del “difetto di giustificazione” da cui il licenziamento rimarrebbe afflitto, con applicazione della tutela reintegratoria<sup>26</sup>.

*Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in RIDL, 2014, I, p. 273 ss.; GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 299 ss.; MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, 2012, p. 612 ss.; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, II, p. 415 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, I, p. 521 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della C. Cost. 25 luglio 1989 n. 427, che ha riaffermato un principio già espresso in C. Cost. 29 novembre 1982 n. 204. Sul punto, v. anche Cass. Sez. Un. 26 aprile 1994 n. 3965.

<sup>25</sup> Sul vizio di forma per difetto di motivazione, v. LAZZARI, *Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92*, in questa rivista, 2014, p. 693 ss.

<sup>26</sup> Ancora diverso, sebbene anch’esso sanzionato con l’applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18, co. 4, è il caso del licenziamento motivato con qualche riferimento nella relativa lettera, ma intimato in difetto di previa contestazione (e, dunque, dell’intero procedimento disciplinare). Recentemente, in un caso del genere, la giurisprudenza ha applicato il 4° comma

Evidente è poi la differenza che passa tra l'obbligo di cui all'art. 7 l. 604/1966, consistente nel dover tentare preventivamente la conciliazione presso la DTL in caso di licenziamento per motivi oggettivi, e quelli di cui all'art. 7 dello Statuto. Mentre il primo non prevede alcun "controllo", né del lavoratore, né dell'organo amministrativo, sull'effettività delle ragioni poste a base del licenziamento – ma richiede solo di analizzare possibili alternative, tanto al licenziamento, quanto a un eventuale successivo giudizio (conciliazione) –, le garanzie di cui al secondo sono precipuamente volte a obbligare il datore di lavoro a esplicitare gli addebiti mossi al lavoratore e a consentire a costui di difendersi: dunque, negando di aver commesso tali fatti (ed eventualmente anche adducendo elementi a riprova di ciò), ovvero confutandone l'illiceità o, ancora, l'imputabilità. Insomma, le garanzie di cui all'art. 7 St. lav. sono in grado di incidere sulle ragioni sostanziali del licenziamento, mentre la sede conciliativa di cui all'art. 7 l. 604/66 non ha tale potere, né tale fine. Di conseguenza, all'obbligo da ultimo richiamato può attribuirsi valenza esclusivamente procedimentale e non sostanziale.

All'opposto di quanto sin qui detto in ordine agli artt. 2 e 7 della l. 604/66, evidentissima natura sostanziale<sup>27</sup> va riconosciuta a tutti gli obblighi imposti dalla procedura *ex art. 7 St. lav.*: i quali concorrono a creare – o anche a delimitare – il perimetro fattuale su cui debbono poggiare le valutazioni sull'eventuale integrazione delle causali legittimanti l'adozione della sanzione espulsiva<sup>28</sup>.

In altre parole, è nell'ambito delle garanzie procedimentali di cui all'art. 7 St. lav. che si costruisce il licenziamento, ovvero il processo decisionale che porta alla scelta di irrogare tale sanzione. Da questo punto di vista, tale ultima norma assume un rilievo del tutto diverso, e molto più pregnante, di quello proprio delle altre disposizioni richiamate dal comma 6 dell'art. 18: sicché, è palesemente squilibrata l'equiparazione, sul piano sanzionatorio, che delle stesse viene fatta dalla l. 92/12.

dell'art. 18, facendo leva sul principio di cedevolezza del comma 6 in presenza di un "difetto di giustificazione del licenziamento" e ritenendo integrata l'"insussistenza del fatto contestato" nel caso di un fatto non (ritualmente) contestato: v. Cass. 4 dicembre 2016 n. 25745, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it), con nota di DI PAOLA, *Licenziamento disciplinare: omessa contestazione dell'infrazione in violazione dell'art. 7 St. Lav. e tutela reintegratoria "attenuata"*.

<sup>27</sup> Concordandosi, dunque, con quanto affermato dalla Corte nella sentenza in commento, sia pure in relazione al (solo) obbligo di contestazione tempestiva.

<sup>28</sup> Il rinvio è, nuovamente, a C. Cost. nn. 204/82 e 427/89.

La pronuncia delle Sezioni Unite, sebbene, come visto, abbia optato per una soluzione della questione riguardante la non tempestività della contestazione disciplinare tutt’altro che esente da critiche, ha l’indubbio merito di aver posto in innegabile evidenza tale difetto “genetico” della l. 92/12. Pertanto, non rimane che interrogarsi, tanto più alla luce delle – da più parti annunciate – prospettive di (ennesima) riforma, sull’opportunità di espungere dal comma 6 il richiamo all’art. 7 St. lav.: in un certo senso, recependo e mettendo a sistema il lavoro interpretativo portato avanti dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Operazione che, in un certo senso, risulta oggi ancor più ardua, considerato che l’appena analizzato meccanismo di snodo tra i vari regimi sanzionatori previsto dalla l. Fornero è stato mutuato, tal quale, dal d.lgs. 23/2015<sup>29</sup>: norma che, all’art. 4 – non a caso rubricato “Vizi formali e procedurali” – continua ad “appaiare”, sul piano sanzionatorio, il vizio (formale) di motivazione e quelli, definiti procedurali, di cui all’art. 7, l. 300/70<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Su questo, *ex plurimis*, v. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, p. 310 ss.; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 507 ss.; PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *ADL*, 2015, p. 97 ss.

<sup>30</sup> Manca, invece, il richiamo alla procedura di cui all’art. 7, l. 604/66, sol perché il d.lgs. 23/15 l’ha esclusa in relazione agli assunti dopo il 4.3.2015 (art. 3, co. 3). Si ribadisce quanto detto alla nota n. 3 circa l’attuale formulazione del d.l. 87/18 (non ancora convertito dal Parlamento al momento di consegna del presente contributo all’Editore): non modificativa dell’art. 4 d.lgs. 23/15.

**Key words**

Licenziamento disciplinare, tardività contestazione, tutela indennitaria forte.

Disciplinary dismissal, late objection, strong indemnity protection.

**Cass. 6 giugno 2018 n. 14527 – Pres. Manna – Est. Boghetich – P.M. Matera – FCA Italy S.p.a. (Avv.ti De Luca Tamajo, Luciani, Fontana, Di Stasio) v. M.D., M.A., N.M., C.M., F.R. (Avv.ti Marziale, Totaro)**

**Rapporto di lavoro – Diritto di critica – Diritto di satira - Rispetto del limite della continenza formale – Necessità – Obbligo di fedeltà – Inadempimento – Lesione della reputazione del datore di lavoro – Licenziamento disciplinare – Sussistenza del fatto contestato – Giusta causa - Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012.**

*L'esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore nei confronti del datore di lavoro può essere considerato comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che è alla base del rapporto di lavoro, e costituire giusta causa di licenziamento, quando avvenga con modalità tali che, superando i limiti della continenza formale, si traduca in una condotta gravemente lesiva della reputazione, con violazione dei doveri fondamentali alla base dell'ordinaria convivenza civile (nella specie, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza che aveva ritenuto esercizio legittimo del diritto di critica la condotta di alcuni lavoratori che, di fronte all'ingresso del fabbricato aziendale, avevano inscenato una macabra rappresentazione del suicidio in effigie dell'amministratore delegato della società, attribuendogli la responsabilità della morte di alcuni dipendenti).*

★ ★ ★

**Maria Teresa Carinci, Alessandra Ingraio\***

**Diritto di satira  
e obbligo di fedeltà del lavoratore**

**Sommario:** **1.** La vicenda e la soluzione della Corte. **2.** I limiti del diritto di critica possono essere estesi al diritto di satira? **3.** Un aspetto da considerare l'ampiezza dell'obbligo di fedeltà del singolo lavoratore.

*1. La vicenda e la soluzione della Corte*

Con la sentenza in commento la Cassazione mette un punto in una vicenda, che ha avuto un'ampia eco mediatica, relativa ai limiti del diritto di satira quale strumento di libera espressione del pensiero da parte del lavoratore.

Il fatto è sbalorditivo (come lo è ogni satira, del resto) e merita quindi di essere ripercorso.

In tre distinte occasioni, i lavoratori avevano inscenato una rappresentazione macabra: due volte – la prima nell'area antistante allo stabilimento di Nola della Fiat e la seconda di fronte agli uffici della RAI – era stata simulata la fucilazione del fantoccio del datore di lavoro su un patibolo circondato da tute blu macchiate di vernice rossa, mentre la terza, all'ingresso dello stabilimento di Pomigliano D'Arco, era stato celebrato un finto funerale. Durante la celebrazione funebre, i lavoratori esponevano come un manifesto il lascito testamentario del defunto ove egli, in preda al rimorso, si autoaccusava delle morti per suicidio di alcuni lavoratori (effettivamente verificatesi) e della “deportazione” di altri (cioè del trasferimento di alcuni operai) in quello che è passato agli “orrori” della cronaca come il “reparto di confino” del polo logistico di Nola<sup>1</sup>.

\* Benché il lavoro sia il frutto di una comune riflessione delle Autrici, i paragrafi 1 e 3 sono stati scritti da Alessandra Ingraio; il paragrafo 2 da Maria Teresa Carinci.

<sup>1</sup> Si tratta di un capannone a pochi chilometri dallo stabilimento di Pomigliano, slegato dal cuore della produzione, dove erano stati trasferiti, dal 2007, 317 operai (molti di essi attivisti iscritti a sindacati alternativi, come Slai Cobas) che, per ridotte capacità lavorative, non erano stati considerati idonei dall'azienda a lavorare nello stabilimento di Pomigliano “Giambattista Vico”, destinato a subire una profonda innovazione tecnologica. Il trasferimento era stato ritenuto legittimo da parte della Corte di Appello di Napoli nell'ambito di un separato giudizio. Cosa che peraltro non può stupire, considerati i limiti assai blandi previsti dall'art. 2103, ult. co., c.c.



La sentenza in commento cassa la pronuncia d'Appello che aveva ritenuto illegittimi i licenziamenti disciplinari e reintegrato i lavoratori, considerando i fatti contestati «insussistenti» perché scriminati dal legittimo esercizio del diritto di critica, anzi più precisamente dal diritto di satira<sup>2</sup>. Secondo la Cassazione, infatti, il licenziamento per giusta causa deve reputarsi legittimo, giacché la rappresentazione macabra, per i toni utilizzati, *travalica il limite della continenza formale*, che è limite coesenziale del diritto di critica anche se esercitato nelle forme del genere satirico.

In quali limiti, dunque, deve essere mantenuta la satira per non integrare inadempimento dell'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro? Nel rispondere alla questione la Corte ricostruisce i limiti del diritto di satira del lavoratore, desumendoli da quelli già elaborati in giurisprudenza con riferimento al diritto di critica<sup>3</sup>.

La manifestazione satirica, afferma la Corte, usa immagini forti, simboliche e dissacranti nella loro paradossalità ed è per sua natura «inverosimile», dunque, è fuor di dubbio che per essere efficace non possa essere costretta nell'angusto limite della verità dei fatti che intende rappresentare. Il diritto di satira si differenzia, dunque, per questo aspetto dal diritto di cronaca e dal diritto di critica che, invece, soggiacciono al limite della cd. «continenza sostanziale» (è cioè richiesto che i fatti affermati siano veri o per lo meno ritenuti tali, in buona fede, da chi li afferma).

Il genere satirico, continua la Corte, per quanto sarcastico e paradossale, non può sopprimere completamente le esigenze di tutela dell'onore e della reputazione del destinatario imposte dall'art. 2 Cost. Così, le modalità espressive che la caratterizzano non devono essere tali da esporre al disprezzo il decoro della persona, al ludibrio la sua immagine pubblica e al dilleggio sua la reputazione.

<sup>2</sup> La sentenza di Appello aveva a sua volta ribaltato la pronuncia di Trib. Nola 4 giugno 2015, in *RIDL*, 2015, II, p. 962 ss. nt. DEL GAISO, *In scena l'impiccagione del datore: legittimo il licenziamento*.

<sup>3</sup> Sul diritto di critica del lavoratore, da ultimo, v. Cass. 18 luglio 2018, n. 19092, in *D&G*, 2018, 18 luglio, nt. IEVOLELLA; cfr., inoltre, Cass. 25 febbraio 1986, n. 11730, in *FI*, 1986, I, c. 1878 ss., nt. O. MAZZOTTA; DESSÌ, *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, 2013, II, 395 ss.; GIVETFETÀ, *Presupposti e limiti del diritto di critica*, in *RIDL*, 2013, II, p. 86 ss.; BETTINI, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, p. 141 ss.; S.P. EMILIANI, *La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui reputazione*, in *ADL*, 2007, II, p. 417 ss.

Anche con riferimento al diritto di satira opera dunque il limite della cd. “continenza formale”.

La pronuncia ritiene che proprio quest’ultimo limite sia stato travalicato dai lavoratori che hanno usato nella rappresentazione scenica toni tali da evocare «uno scontro violento e sanguinario, fine a sé stesso, senza alcun interesse ad un confronto con la controparte». In particolare, l’attribuzione della responsabilità delle “morti” e della “deportazione” (che allude al nazifascismo) dei colleghi all’amministratore delegato è diretta a gettare sdegno e disistima sulla persona del datore di lavoro attraverso l’uso di «riferimenti violenti e deprecabili».

Da ciò consegue, secondo la Corte, l’inadempimento all’obbligo di fedeltà (art. 2105 c.c.) da parte dei lavoratori. Il comportamento attuato, contrario al cd. minimo etico, è talmente grave da minare la sussistenza del rapporto fiduciario e determina per ciò l’impossibilità di prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro.

## 2. I limiti del diritto di critica possono essere estesi al diritto di satira?

La sentenza in commento s’inserisce in un dibattito giurisprudenziale e dottrinale le cui radici affondano in un terreno estraneo al diritto del lavoro. Al riguardo di particolare interesse sono le pronunce che, nel settore penalistico<sup>4</sup> e della responsabilità civile<sup>5</sup>, tracciano i limiti del diritto di satira<sup>6</sup> per valutarne l’efficacia scriminante rispetto ai delitti contro l’onore e all’illecito civile di cui all’art. 2043 c.c.

Vale la pena di riportare in breve i risultati raggiunti dalla giurisprudenza appena richiamata, sebbene – come si dirà meglio in seguito – le peculiarità

<sup>4</sup> Cfr. Cass. 2 aprile 2004, n. 15595, in *DR*, 2005, p. 421 ss. nt. PALMIERI, cfr. MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *DII*, 1992, p. 295 ss. e ivi la giurisprudenza penalistica citata.

<sup>5</sup> Pret. Roma 4 marzo 1989, in *DII*, 1989, p. 528 ss. nt. CORASANITI, *Libertà di sorriso*; Trib. Roma 5 aprile 1991, nt. VIGLI, *Il «diritto di satira» fra licenza e censura*, ivi, 1992, p. 68; Cass. 7 novembre 2000, n. 14485, in *DR*, 2000, p. 29 ss., nt. CARBONE.

<sup>6</sup> Sul diritto di satira cfr. BELFIORE, *Note critiche in tema di satira*, in *NGC*, 2010, II, p. 219 ss.; PERON, *Il diritto di satira: rassegna sui più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *RCP*, 2009, p. 746 ss.; BOVIO-GRASSO, *Umorismo, i confini del diritto di satira: toglieteci tutto, tranne il sorriso*, in *D&G*, 2004, 43, p. 85 ss.; FRAGOLA, *Satira e diritto: analisi dinamica di un rapporto*, in *DA*, 2003, I, p. 192 ss.

del bilanciamento fra il diritto di satira e l'obbligo di fedeltà che grava sul lavoratore nell'ambito della relazione contrattuale (art. 2105 c.c.) sconsigli una meccanica trasposizione di quei criteri nel settore giuslavoristico.

La satira sin dai tempi di Aristofane, Orazio e Giovenale esprime il bisogno di ogni cittadino d'irridere personaggi noti e potenti attraverso rappresentazioni alterate e caricaturali della realtà e altrettante sferzate d'iperbolica "eironeia"<sup>7</sup>.

La funzione di controllo sociale connaturata a questo diritto<sup>8</sup> impone di rinvenirne il fondamento costituzionale nel raccordo tra l'art. 21 e l'art. 3 Cost.: la "smitizzazione" e l'"umanizzazione"<sup>9</sup> delle azioni compiute da uomini destinati a rivestire un ruolo fondamentale nella vita pubblica rappresentano, infatti, libere manifestazioni del pensiero dirette a eliminare gli ostacoli che si frappongono all'uguaglianza sostanziale tra il personaggio noto ed il cittadino che si trova in posizione di subalternità.

Quanto appena detto permette di capire più a fondo il limite di carattere soggettivo che la giurisprudenza<sup>10</sup> ritiene connaturato al diritto di satira, ma che è estraneo invece al diritto di critica. Si tratta di un limite "interno", cioè di un limite conseguente alla nozione e funzione stessa del diritto di satira.

Sebbene la pronuncia in commento non lo espliciti, l'espressione di irridente umorismo per essere inquadrata nel diritto di satira, costituzionalmente garantito, richiede indefettibilmente la notorietà del personaggio bersagliato dalla rappresentazione, nonché la coerenza causale tra la dimensione pubblica del personaggio ed il contenuto della satira stessa, non potendo quest'ultima risolversi in un attacco di natura personale<sup>11</sup>.

Nessuna importanza, di contro, assume la qualità del soggetto autore della satira ed il contesto nella quale è inserita. L'umorismo satirico è, infatti, un diritto proprio di ogni cittadino, che come tale può essere esercitato da

<sup>7</sup> Cfr. Corte EDU, 20 ottobre 2009, n. 41665, in *CP*, 2010, p. 851 ss., che definisce la satira «una forma di espressione artistica e di commento sociale che, tramite la deformazione e l'esagerazione della realtà, ha come finalità naturale la provocazione e l'agitazione».

<sup>8</sup> In questo senso CORASANITI, *Libertà di sorriso*, in *DII*, 1989, p. 536 ss.; CHIAROLLA, *Satira e tutela della persona: il pretore e la "musa infetta"*, in *FI*, 1990, I, c. 3039 ss.

<sup>9</sup> Così Pret. Roma 4 marzo 1989, cit.

<sup>10</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 20 marzo 2018, n. 6919, in *D&G*, 2018, 21 marzo, nt. BIANCHI D.

<sup>11</sup> Il che echeggia una sovrapposizione con il limite della «rilevanza sociale» del fatto elaborato dalla giurisprudenza in materia di diritto di critica, cfr. Cass. pen. 7 luglio 1998 n. 7990.

chiunque in qualsiasi contesto, anche serio, e dunque non esclusivamente da certi soggetti in un ambiente artistico, colto o erudito<sup>12</sup>.

Quanto ai limiti oggettivi del diritto di satira, quelli cioè di tipo contenutistico e formale, in via di principio essi sono gli stessi che assistono il diritto di critica: il limite della “continenza sostanziale”, che richiede che il fatto affermato sia vero (almeno dal punto di vista putativo); il limite della “continenza formale”, che richiede che i toni e le espressioni usate non siano offensivi o lesivi della persona.

Nella quasi totalità delle sentenze esaminate, tuttavia, con riferimento al diritto di satira il limite della “continenza sostanziale”<sup>13</sup> sfuma fino quasi a scomparire<sup>14</sup>. Per definizione, infatti, nella satira il fatto narrato non deve essere vero ed anche qualora si possano ravvisare commistioni tra vero e inverosimile ciò che conta è che il senso di finzione e paradosso che caratterizza il genere renda gli avvenimenti messi in scena inattendibili e paradossali. È proprio la non credibilità dei fatti narrati, in altri termini, che rende la satira non offensiva per la persona che ne è oggetto.

Viceversa, ciò che viene a costituire il vero e proprio confine fra satira lecita (diritto di satira) e satira illecita (offesa al decoro e all'onore della persona) è costituito dal rispetto o meno del limite della “continenza formale”. Quel limite esprime la preoccupazione che la derisione della figura del potente non trasbordi, a causa delle modalità espressive utilizzate, in pura e semplice denigrazione di quella persona umana che si cela al di là del ruolo sociale ricoperto<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Non è condivisibile, infatti, il tentativo di una parte della giurisprudenza risalente di trovare il fondamento costituzionale del diritto di satira nel collegamento tra gli art. 21 e 9 e 33 Cost., che garantiscono la protezione di cultura e arte, così connettendo efficacia scriminante esclusivamente all'esercizio del diritto in parola in un contesto artistico. Salvo poi di volta in volta stabilire cosa sia arte e cosa no. Sul punto Pret. Roma 4 marzo 1989, cit.; Trib. Roma 5 aprile 1991, cit.

<sup>13</sup> Su limite della continenza sostanziale, v. se vuoi M.T. CARINCI, *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del copro di ballo*, in RIDL, 2014, II, p. 514 ss.

<sup>14</sup> Cfr., da ultimo, Trib. Roma 10 agosto 2017, n. 16109, *BDGDejure*, ma già Cass. 24 maggio 2001, n. 7091, in RIDL, 2002, II, p. 258 ss., nt. MERLINI e in OGL, 2001, I, p. 482 ss. sulla satira esercitata da un lavoratore investito della carica di rappresentante sindacale.

<sup>15</sup> Ritiene travalicato il limite in questione Cass., 7 novembre 2000, n. 14485, cit., quando in uno scritto siano disprezzate le caratteristiche fisiche del personaggio noto. Cfr., inoltre, Cass. 11 ottobre 2013, n. 23144, in *DE&G*, 2013, p. 1347 ss. nt. VILLA A.; Trib. Milano, 13 aprile 2012, in *RCP*, 2012, p. 1281 ss. nt. PERON, *Allegro, andante, satireggiante ... ma non troppo: la satira nell'agone*

Occorre, dunque, chiedersi caso per caso se il linguaggio utilizzato sia idoneo a provocare il dileggio e il disprezzo fine a sé stesso dell'uomo o della donna che è bersaglio della satira.

La pronuncia in commento – come si è detto – considera travalicato il limite in parola sol perché al datore di lavoro sono stati attribuiti fatti deplorabili, quali il trasferimento di un certo numero di lavoratori in altro stabilimento particolarmente disagiato (la “deportazione”) e la morte dei lavoratori suicidi. La Corte, in altre parole, ritiene che l'accusa infamante sia di per sé idonea a trasmodare in denigrazione.

Ma è corretto ragionare in questi termini? O forse anche il limite della cd. “continenza formale” deve atteggiarsi in modo differente nel diritto di critica e nel diritto di satira a causa delle peculiarità di quest'ultimo genere espressivo?

Pur consapevoli che si tratta di un giudizio ad alto contenuto discrezionale e che per di più risente del rapporto, proprio di un certo contesto sociale, tra la tolleranza diffusa ed il potere censorio, sembra a chi scrive che il diritto di satira, anche sotto quest'ultimo profilo, rivendichi un proprio spazio concettuale rispetto al diritto di critica.

Se, infatti, è vero che la manifestazione satirica può essere il veicolo di diffusione di giudizi critici su determinati soggetti, altrettanto vero è che il suo tratto distintivo risiede nell'eccesso. Sembra allora che il paradosso iperbolico, che costituisce l'anima della satira, non debba essere valorizzato nella sua forza scriminante solo sul piano della verità del fatto. È, infatti, indubbio, che l'esagerazione debba giocare un ruolo fondamentale altresì nella valutazione delle modalità espressive della manifestazione umoristica: le espressioni utilizzate ed i toni impiegati non possono avere lo stesso significato che assumerebbero nel linguaggio comune.

Riportando le considerazioni generali al caso di specie, sembra dunque che i mezzi espressivi utilizzati – cioè la macabra rappresentazione scenica dell'impiccagione prima e del funerale poi del datore di lavoro – fossero diretti, con l'uso dell'ironia amara e pungente e del sarcasmo (che, si badi bene, letteralmente ha il significato «scarnificare le carni»), ad imprimere un effetto iperbolico e caricaturale al messaggio critico che s'intendeva diffondere circa le scelte organizzative del datore di lavoro.

*del diritto*; Trib. Piacenza, 26 maggio 2009, in *FI*, 2010, I, p. 2189 ss., nt. CHIAROLLA, *Il «libero esercizio dell'arte» e la diffamazione* e in *FP*, 2009, I, 495, nt. PERON, *Brevi note sul diritto di satira* e in *GM*, 2010, p. 88 ss., nt. FITTIPALDI, *Ancora in tema di satira*.

Ciò basta per annullare ogni carica offensiva alla rappresentazione iperbolica e caricaturale messa in scena dai lavoratori.

Del resto, bene diceva Pirandello quando affermava, parlando della satira, «ne risulta inevitabilmente un mostro; qualcosa che, a considerarlo in sé e per sé non può avere verità alcuna»<sup>16</sup>.

### 3. *Un aspetto da considerare: l'ampiezza dell'obbligo di fedeltà del singolo lavoratore*

Infine occorre soffermarsi sulla correttezza dell'operazione interpretativa compiuta dalla pronuncia in commento nel trasporre nel contesto lavorativo i limiti elaborati dalla giurisprudenza con riferimento al diritto di satira inteso quale "scriminante" di un reato o di un illecito civile (art. 51 c.p.)<sup>17</sup>.

La pronuncia in commento, infatti, traspone senza filtri i limiti della satira-scriminante (elaborati dalla giurisprudenza con riferimento al giornalista, al vignettista, al teatrante) nell'ambito del rapporto di lavoro. Secondo la Corte, infatti, l'esagerazione satirica – che, come detto, nel caso di specie travalicherebbe il limite della "continenza formale" – è idonea di per sé a pregiudicare la fiducia del datore di lavoro circa il futuro esatto adempimento della prestazione e costituisce, dunque, giusta causa di licenziamento.

Chi scrive ritiene che il ragionamento della Corte sia, per questo aspetto, insufficiente.

Se, infatti, è vero, in astratto, che l'esercizio del diritto di satira esclude l'inadempimento dell'obbligo di fedeltà e, viceversa, che lo "sconfinamento" dai limiti del diritto di satira comporta la violazione dell'obbligo posto dall'art. 2105 c.c., per valutare l'esatta posizione dei confini fra diritto ed obbligo è necessario valutare altresì la portata dell'obbligo di fedeltà di quello specifico lavoratore che ha utilizzato la satira per criticare il proprio datore di lavoro. Com'è noto, infatti, l'obbligo di fedeltà non ha ampiezza e contenuti uniformi, ma variabili a seconda della figura di lavoratore presa in considerazione.

Il giudice non può dunque limitarsi ad affermare astrattamente la lesione

<sup>16</sup> PIRANDELLO, *L'umorismo e altri saggi*, Giunti, Firenze, 1995, p. 65.

<sup>17</sup> Sul punto v., se vuoi, le osservazioni critiche già espresse in LAQUINTA, INGRAO, *Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook*, in *RIDL*, 2015, II, p. 83 ss.

della “fiducia”, senza valutare le caratteristiche del singolo rapporto di lavoro, del contesto aziendale in cui s’inserisce e, dunque, dei connotati specifici dell’obbligo individuale di fedeltà che si considera leso.

Al contrario la variabile ampiezza dell’obbligo di fedeltà richiede l’esame di aspetti relativi alla persona del lavoratore, come l’età, il livello d’istruzione, le mansioni (la fiducia che si ripone in un operaio non può essere la medesima che si ripone in un dirigente) e il suo grado di *stress*.

A tale ultimo proposito, a chi scrive non sembra possibile non attenuare la responsabilità del prestatore in contesti ambientali turbolenti, dove è forte il malcontento dei lavoratori e dove si verificano continuamente proteste anche di natura sindacale<sup>18</sup>; così come non è possibile non tenere conto dei risvolti emotivi e psicologici che le morti per suicidio dei colleghi possono avere provocato sui singoli prestatori.

<sup>18</sup> Nel caso di specie era invece stato escluso dal Trib. di Nola, cit., p. 970 che la messa in scena fosse espressione di lotta sindacale, riportando il finto testamento la firma del “comitato di lotta dei cassaintegrati e licenziati FIAT” il quale non era espressione di alcun sindacato.





**Stefano Berni**

Per una teoria critica del lavoro

**Sommario:** 1. Breve storia del lavoro. 2. La svolta protestante. 3. La benedizione del lavoro. 4. Il lavoro liquido. 5. Il feticismo del lavoro. 6. Ritorno all'ozio.

1. *Breve storia del lavoro*

In questo scritto vorrei affrontare il tema del lavoro da un punto di vista storico-critico. Affrontare cioè il lavoro non tanto dal lato concettuale ma mostrare come certe pratiche culturali si siano organizzate storicamente per produrre un'idea di verità come quella della “glorificazione del lavoro”<sup>1</sup>.

In età premoderna il lavoro (*labor*) si caratterizzava ed era concepito nel suo significato etimologico, come fatica e dannazione. L'uomo era costretto a lavorare per sopravvivere. La natura era matrigna e le si doveva strappare, con sacrificio e dolore, il cibo. Ma in cuor suo l'individuo aborrisce il lavoro. Egli viveva questa fatica come un'ingiustizia, una condanna alla quale sfuggiva non appena era possibile. Per gli aristocratici Greci e Romani occorrevano gli schiavi, e tutto ciò che non era contemplativo, ma doveva essere svolto con le mani, indicava una bassa appartenenza sociale. I guerrieri, che

<sup>1</sup> ARENDT, *Vita attiva*, Bompiani, 1989, p. 92. La filosofa tedesca riprende quasi certamente questa proposizione dal libro di TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Rizzoli, 1995. Nel libro dello scrittore francese si parla di come Greci e Romani, ma anche gli aristocratici europei nel periodo medievale, odiassero il lavoro. Gli Indiani pellirossa (e più in generale molte delle tribù “cosiddette primitive”) poi lo ritenevano una forma di schiavitù, preferendo morire piuttosto che assoggettarsi all'uomo bianco. Per passare da una società di tipo aristocratico schiavistico ad una di tipo democratico come quella americana, aggiunge Tocqueville, ci si deve davvero innamorare del lavoro. La democrazia moderna, ha imposto, attraverso la religione protestante, l'onorabilità del lavoro, e in questo modo si è trasformato un atteggiamento negativo in uno positivo.

erano considerati i migliori, i nobili, preferivano conquistare le terre e le proprietà altrui con il furto e la violenza piuttosto che piegarsi a lavorare nei campi. L'unico lavoro ammesso era quello del fabbro perché forgiava le spade e le armi per combattere. C'è da dire poi che in Grecia, come indica Vernant<sup>2</sup>, non c'è neanche un termine per indicare il lavoro. Non è sempre stato necessario lavorare per vivere, a meno che per lavoro non si indichi genericamente qualsiasi attività dell'umano, ma allora vi possono rientrare tutte quelle attività che abbisognano di una certa quantità di energia (*ergon*) per raggiungere il cibo. Come puntualizza la storica francese Claude Mossé, tra il lavoro dell'artigiano e il lavoro del servo non c'era per i Greci una reale differenza: "occorre distinguere la mentalità antica da una certa mentalità moderna che volentieri porrebbe l'artigiano indipendente al di sopra del salariato. Fra l'artigiano, che vende egli stesso i prodotti che ha fabbricato, e l'operaio, che dà la sua forza lavoro, non c'era reale differenza per gli antichi. Entrambi lavorano per soddisfare i bisogni altrui e non i propri; dipendono da altri per la loro sussistenza; pertanto non sono più liberi"<sup>3</sup>.

Anche il medioevo è caratterizzato da nobili e guerrieri che preferivano vivere annoiandosi in un castello piuttosto che lavorare<sup>4</sup>. E i contadini del medioevo, secondo la descrizione che ne dà Engels<sup>5</sup>, lavoravano quanto bastava alla sopravvivenza e non si impegnavano oltre misura nel lavoro. Sulla base degli studi di Weber<sup>6</sup>, i borghesi stessi, prima della rivoluzione industriale, lavoravano poche ore al giorno.

Questa concezione negativa del lavoro si estenderà anche nel Rinascimento. Benché nelle città sorgessero i commerci, e i borghesi si arricchissero con i traffici, il lavoro sarà inteso sempre come mezzo e mai come un fine della propria esistenza. I soldi servivano a vivere una vita piacevole. La Chiesa, da un lato ammoniva coloro i quali accumulavano denaro utilizzandolo per l'usura, dall'altra spingeva i ricchi a spenderlo per l'arte e a pagare le indulgenze che arricchivano la chiesa stessa. La società rinascimentale è insomma una società che ricerca il piacere e aborrisce il lavoro.

<sup>2</sup> VERNANT, *Natura e lavoro nella Grecia antica*, in ID., *Mito e pensiero presso i Greci*, Einaudi, 2001, p. 285.

<sup>3</sup> MOSSÉ, *Il lavoro in Grecia e a Roma*, D'Anna, 1973, p. 51.

<sup>4</sup> ELIAS, *Il processo di civilizzazione*, il Mulino, 1988.

<sup>5</sup> ENGELS, *La guerra dei contadini in Germania*, Pigreco, 2014.

<sup>6</sup> WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Rizzoli, 2007.

## 2. *La svolta protestante*

Ma tutto questo doveva cambiare con l'avvento della Riforma. Lutero e Calvino, probabilmente spinti da una concezione politica prima ancora che teologica, decisero di intervenire contro la mondanità della Chiesa. Secondo Nietzsche fu un ritorno ad una concezione religiosa deleteria e opprimente. La Riforma fu un rigurgito di religiosità e di spiritualità che distrusse la concezione materialistica e edonistica del Rinascimento<sup>7</sup>. Ecco allora emergere per la prima volta, come in un mutamento gestaltico, una nuova concezione del lavoro. Il lavoro non è solo fatica ma segno sacro della propria salvezza. Fu una rivoluzione dal basso. Non furono i nobili che produssero tale nuova concezione, ma essa partì dai contadini (lo stesso Lutero era figlio di contadini). Stanchi dei soprusi dei nobili, *essi sacralizzarono il proprio agire*. Anziché auspicare un regno in terra a cui potevano aspirare, preferirono convincere i nobili che sarebbero stati dannati in eterno. I primi nobili che subirono tale assalto psicologico (si badi non fisico, molti nobili furono risparmiati; la Riforma era conservatrice e prevedeva una rivoluzione spirituale, non materiale) ne furono contenti: essi mantenevano lo status quo, rafforzarono il loro potere senza subire l'invidia dei poveri o il rischio di essere derubati. Successivamente questa nuova concezione si espanse sempre di più. Dal nord Europa conquistò la Francia, i Paesi bassi, fino a raggiungere l'Inghilterra e le colonie americane. Si sviluppò l'idea che il lavoro del singolo producesse ricchezza per tutti.

Diversamente dai calvinisti, l'utilitarismo inglese introdusse nell'etica del lavoro anche l'idea di felicità. L'idea che la felicità debba valere per il maggior numero di persone si riferisce al benessere economico. Con ciò si convinsero gli individui a lavorare. I nobili mantennero a fatica i loro privilegi costretti ad investire le proprie rendite, a vendere e a indebitarsi se volevano mantenere uno status di nullafacenti. I poveri furono costretti ad abbandonare i rifugi parrocchiali e a entrare nelle manifatture. Lentamente ma inesorabilmente l'idea che il lavoro fosse una benedizione del signore – e che tutti nella vita non dovessero oziare ma dimostrare a se stessi, agli altri e a Dio il proprio compito, (la professione/vocazione, *beruf*) – colonizzò ormai tutte le coscienze, anche gli stessi nobili che si trasformarono in veri e propri capitalisti comprando le terre e investendo sul mercato internazionale.

<sup>7</sup> NIETZSCHE, *Ecce homo*, Adelphi, 1977, p. 89.

Il lavoro è stato così santificato, e lo spirito calvinistico ha legittimato l'azione del borghese.

Il paradosso presente fin da subito nella Riforma è che la ricchezza non andava spesa, altrimenti si cadeva nel vizio e nella lussuria, e dunque si reinvestiva contribuendo all'effetto (forse all'inizio non voluto) di arricchirsi sempre di più. Essa fu allora considerata non più un male, una contraddizione, ma un bene naturale. Mandeville<sup>8</sup> e Smith<sup>9</sup> ci ricordano che la ricchezza e l'operosità contribuiscono non solo al benessere di ciascuno ma all'intera collettività.

L'ozio diventò, nel gergo teologico-politico della modernità, il peccato più grave, soppiantando la superbia che era stata considerata il peccato per eccellenza durante il medioevo.

Nel *Capitale* Marx indagò l'origine del capitalismo a partire dal XVII secolo tra le cui cause rientravano anche la nuova concezione religiosa dei puritani in Inghilterra<sup>10</sup>. Tale intuizione sarà ripresa e ampliata da Weber che mostrerà come il concetto di lavoro diviene, con il calvinismo, la base su cui si edificherà la società moderna. In particolare, l'azione individuale del soggetto è volta a ricercare i segni della predestinazione. Nel lavoro, ma anche nel risparmio e nella vita ascetica, si possono rintracciare i segni del destino. L'etica del lavoro connessa alla pratica quotidiana di asceti spirituale consentirà al soggetto calvinista di sviluppare una coscienza intima e personale<sup>11</sup>, ma anche un'idea di ordine e di pulizia che non si riconosceva nel medioevo<sup>12</sup>.

Se alcuni ordini cristiani consigliavano una vita monastica il cui motto era prega e lavora, la vita dei protestanti si caratterizzava per il fatto che la spinta al lavoro non era considerata una condanna ma la ricerca della grazia; inoltre il lavoro non riguardava una piccola comunità ma diventava una vera e propria pratica sociale che si estendeva all'intera comunità.

Alcuni critici di Weber hanno fatto notare che il capitalismo non è riducibile solo ed esclusivamente al calvinismo, tuttavia difficilmente si potrà contraddire il fatto che lo spirito, la *weltanschauung* che anima la modernità, non si contraddistingua proprio per questa nuova *sacralità* dell'idea del lavoro.

<sup>8</sup> MANDEVILLE, *La favola delle api*, Laterza, 2002.

<sup>9</sup> SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Utet, 2013.

<sup>10</sup> MARX, *Il capitale*, Newton Compton, 2008, p. 520.

<sup>11</sup> WEBER, *op. cit.*

<sup>12</sup> ELIAS, *La civiltà delle buone maniere*, in ID, *op. cit.*

È noto poi che fu proprio Locke a riprendere i temi cari al calvinismo e al puritanesimo inglese e porre, al centro della filosofia liberale, il lavoro<sup>13</sup>.

### 3. *La benedizione del lavoro*

Dopo le rivoluzioni francese e americana ogni contadino e artigiano benedirà il lavoro come se fosse un principio sacro, e sarà così disposto a lavorare per sempre. Si diffonde l'idea che non solo il lavoro produce ricchezza ma anche nobilita l'uomo, lo salva dalla perdizione e addirittura permette la guarigione ai reietti, ai malati di mente, agli individui considerati pericolosi. Si produce e si lavora nelle manifatture: il corpo deve mantenere una postura, un certo ritmo, cosicché la mente, attraverso il corpo, impara a disciplinarsi, è educata. Non è tanto la fabbrica che insegna al corpo e all'anima come disciplinarsi secondo ciò che ci suggeriscono gli importanti studi di Foucault<sup>14</sup>, quanto è la stessa convinzione del lavoratore che è già pronto fin da subito a sottostare fieramente al proprio compito. Adesso tutti *devono* lavorare ma il dovere diventa un diritto. Chi non lavora, non appartiene al corpo sociale. Lentamente anche il nobile, che prima non era disposto a lavorare, attirandosi gli strali del calvinista Rousseau, si abitua all'idea di produrre investendo i suoi capitali nelle fabbriche. Fin da subito il capitalismo trascina con sé un secondo paradosso oltre quello della ricchezza non spendibile (l'investimento): l'invenzione di una tecnologia sempre più sottrattrice di lavoro umano. Si lavora per inventare macchine sempre più produttrici, le quali inizialmente producono sempre più ricchezza e lavoro, ma poi hanno l'effetto secondario ma non meno grave di sottrarre lavoro umano<sup>15</sup>. Per usare le parole di Koyré, "destinata ad alleviare la fatica degli uomini la macchina sembra al contrario non fare altro che aggravarla"<sup>16</sup>. Ne consegue una sorta di canone dell'arte della fuga barocca i cui limiti, come sappiamo, sono posti all'infinito; una rincorsa estenuante a produrre sempre di più nuove tecnologie le quali esonerino i tempi di lavoro precedenti per essere nel futuro esse stesse esonerate da altre tecnologie che sostituiscano quella vecchia. Fin da subito si intuisce che, teoricamente, "i processi tecnologici di meccaniz-

<sup>13</sup> LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, Rizzoli, 2001.

<sup>14</sup> FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, 1977.

<sup>15</sup> MARX, *op. cit.*, p. 299.

<sup>16</sup> KOYRÉ, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione*, Einaudi, 1967, p. 52.

zazione e di unificazione potrebbero liberare l'energia di molti individui, facendola confluire in un regno ancora inesplorato di libertà al di là della necessità"<sup>17</sup>. Il problema è che accettando il principio del processo, ossia il suo carattere storico e necessitante, non si sa più come, quando e se uscirne. È questo in definitiva l'idea del progresso: se la fermata successiva di un treno è sempre considerata la migliore per scendere, non si scende mai. Se la tecnologia del domani sarà sempre la migliore – quella che ci consentirà finalmente di raggiungere la felicità e la sanità – il lavoro non dovrà mai mancarci. È normale che allora, anziché ricercare di soddisfare i bisogni, si cercherà di soddisfare l'esigenza del lavoro stesso: innamorarsi del lavoro è un fatto necessitante. Non si lavora per soddisfare i bisogni, né per accumulare ricchezza, ma si lavora per il bisogno del lavoro stesso. Non siamo in presenza di un feticismo della merce, siamo in presenza di un feticismo di un'idea. Il feticismo è fin da subito narcisismo: nel lavoro ci si innamora di un'immagine virtuale di sé. Non si lavora per comprare, si compra per lavorare. Si compra non perché si ama un oggetto, un vestito, una macchina, ma si compra per dire agli altri: guardate quanto lavoro. E anche se vado in vacanza, posso dire: me la sono davvero meritata. Ecco perché, contrariamente a quanto scrive Marcuse, non si può più distinguere tra bisogni veri e bisogni falsi: tutti i bisogni sono veri perché esprimono un'esigenza intima dell'uomo, quella di lavorare. Da questo punto di vista non c'è più neanche distinzione di classi sociali: tutti sono attraversati da questa concezione livellatrice e omologante; ognuno è libero di lavorare, dunque deve lavorare: lavoro dunque sono. Se negli Stati Uniti la prima domanda che ti pongono appena conosciuto è: che lavoro fai? In Italia si è addirittura posto come primo comandamento; si è dovuto ricordarlo perché a molti ancora sfuggiva il diritto. Quando un dovere diventa un diritto, significa che non si è più obbligati, ma si è convinti: non si deve lavorare per campare, ma si vive per lavorare. Oggi si assiste così al paradosso che più uno è ricco e più lavora e più è costretto a lavorare. Potremmo dire, rovesciando il pensiero di Marcuse, che ci troviamo dinanzi ad uno degli aspetti più inquietanti della civiltà industriale avanzata: il carattere razionale della irrazionalità. Fin da subito, come ho già detto, la Riforma ha innalzato il lavoro a suo carattere misterico e soprannaturale. Ciò sfuggì a Marx che poneva il feticismo nella merce quando esso non era che nella coscienza stessa: la credenza nella coscienza e la credenza che essa contenga

<sup>17</sup> MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, 1991, p. 22.

agostinianamente la verità di Dio: già qui risiede il suo carattere alienante e feticistico. Innamorarsi del proprio lavoro, contiene *in nuce* il carattere sado-masochistico svelato da Freud, e messo in scena da Pasolini in *Salò e le centoventi giornate di Sodoma*. Non sfugga, di fronte a questa enorme patologia planetaria, l'idea che l'affarista, non producendo manufatti, non lavori. Il tempo impiegato di fronte ad un computer a spostare denari e reinvestirli è puro feticismo in cui si coglie l'essenziale non più nell'idea che più tempo lavoro, più guadagno; più merci compro, più sono ricco; ma nell'idea di equivalenza, identificazione e interscambiabilità di tempo, lavoro, merci, denaro.

Come accadeva nel monastero, in cui ognuno aveva la sua celletta ed era solo con la sua coscienza, così anche oggi il lavoratore è solo di fronte al suo computer o alla sua macchina, e comunica solo con essa e attraverso di essa. Si è avverato il sogno di Lutero e Calvino che ognuno è solo di fronte al proprio compito spirituale. La felicità e la libertà coincidono con il proprio lavoro. Così anziché lavorare meno, si dilatano i tempi del lavoro giornalieri, si procrastinano i tempi per andare in pensione. Spesso, abbandonato il posto del lavoro, (l'unico luogo che ancora per un po' permette una parvenza di socializzazione), ci si uccide, non tanto perché ci si senta soli, quanto perché si è perduto l'unico senso che si era dato alla nostra vita: il lavoro.

#### 4. *Il lavoro liquido*

Il sogno di Marx di liberare l'operaio dalla fatica della fabbrica è fallito non perché abbiano chiuso le fabbriche ma perché l'intera società è divenuta una megafabbrica<sup>18</sup>. L'operaio non sogna più di andare a pescare, a cacciare o a leggere un libro, come auspicava Marx e come faceva il nobile nella sua tenuta, ma sogna di mettersi in proprio, essere padrone di se stesso, o meglio, schiavo di se stesso, come il proprietario che lo comanda. Così al parlamento non va l'intellettuale o il politico ma direttamente il capitano d'industria. Se dobbiamo domandare all'economista come deve andare il Paese, (in fondo il capitano d'industria non ha bisogno che di economisti) allora tanto vale metterlo direttamente a dirigere lo Stato. Ognuno è un'impresa di se stesso,

<sup>18</sup> Sul concetto si veda, GORZ, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, 1992; LATOUCHE, *La megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso*, Bollati Boringhieri, 1995.

e ogni apparato istituzionale deve funzionare come un'impresa<sup>19</sup>. Chi meglio di un imprenditore può dirigere il Paese? Ciò che appariva un affare privato, quello di badare all'economia minima della casa, diventa un lavoro e un fatto pubblico: si è pubblicizzato il privato, si è esteso il privato all'intero sistema mondiale. L'economia si trasforma in politica: politica economica, e l'uomo diventa *animal laborans*<sup>20</sup>.

L'economia si eleva a scienza e, come ogni scienza, possiede strumenti tecnici con i quali rileva gli andamenti, le crisi del mercato. A proposito della tecnologia e della macchina, ormai non è più come pensavano Marx, Marcuse e Heidegger: la tecnologia non aliena l'uomo, non lo rende frustrato e assoggettato. Il lavoro, attraverso la tecnologia, si è impossessato della libertà stessa. Non si dà più libertà se non attraverso il lavoro: sono libero perché lavoro. Qui ha ragione Foucault a criticare il marxismo e lo stesso Marcuse: non siamo stati repressi<sup>21</sup>. Non si assiste ad una repressione del capitalista sull'operaio, del più forte sul più debole, del governante sul governato. In realtà siamo diventati tutti produttivi: produciamo libertà, libertà di lavorare e di competere. Per questo, "la prospettiva neosocialista e quella neo-liberale convergono almeno su un punto: l'essere umano va messo al lavoro perché nell'attività produttiva la persona riscopre un senso della vita e un'utilità economica"<sup>22</sup>.

Pur di lavorare siamo disposti anche a distruggere, o per meglio dire, consumare. Così fa l'economia infischandosene del suo significato etimologico. Anziché pianificare e organizzare, essa, rincorrendo sempre le novità, e dovendo produrre sempre più ricchezza, cioè soldi, fa produrre materiali scadenti alle industrie, puntando sulla quantità e non sulla qualità. Si costruiscono oggetti a tempo che si rompono dopo un certo tempo medio in modo da venderne così tanti che occorrerebbero altre dieci vite per spendere il denaro accumulato e reinvestito. Ma questo è il gioco di quello che ho chia-

<sup>19</sup> FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, 2005, p. 187.

<sup>20</sup> ARENDT, *op. cit.*, p. 61.

<sup>21</sup> FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Feltrinelli, 1978.

<sup>22</sup> CICCARELLI, *Forza lavoro. Il lato oscuro della rivoluzione digitale*, DeriveApprodi, 2018, p. 20. L'Autore mette bene in luce le contraddizioni di un lavoro che gira, per così dire, a vuoto conducendo la persona di oggi a non possedere liberamente la propria energia (appunto la forza lavoro) ma a sottostare ad una servitù (il lavoro) più o meno volontaria. Sulla possibilità di liberarsi dal lavoro, si rimanda al complesso degli scritti dell'economista RIFKIN, *La fine del lavoro*, Mondadori, 2014. In Italia il tema è stato ulteriormente approfondito dal sociologo DE MASI, *Il futuro del lavoro, Fatica e ozio nella società postindustriale*, Rizzoli, 1999.



mato l'arte della fuga. Non c'è fine alla produzione, perché non si mira più *alla fine* del lavoro, ma *il fine* è il lavoro. Così si produce sempre di più, e, una volta accumulata tanta merce, si può sempre distruggerla per ricostruirla. Sifiso si è innamorato della sua condanna e ogni volta decide liberamente di scendere dalla montagna per recuperare il suo masso. Così vanno le famose crisi economiche: la saturazione del mercato blocca per un momento la rincorsa alla ricchezza, allora una crisi permette di bruciare tanto denaro per poter ricominciare ad accumularlo.

### 5. *Il feticismo del lavoro*

Marcuse ha ragione nel riconoscere l'aspetto libidico insito nella relazione dell'uomo con il suo lavoro<sup>23</sup>. Ci siamo innamorati di ciò che per secoli era stato considerato una dannazione: il lavoro. L'uomo opera in funzione del proprio istinto di sopravvivenza ma anche ricava piacere dalla sua azione produttrice. Tuttavia Marcuse sbaglia a pensare che nella società odierna la sessualità si sia ristretta solo all'atto del sesso e si sia desublimata nelle altre sfere sociali. In realtà non vi è desublimazione ma solo sublimazione o regressione. Tutto oggi è stato sublimato, e il sesso si è trasformato in sessualità diffondendosi ovunque. Qui vale la lezione di Roland Barthes: in Oriente "la sessualità sta nel sesso, non altrove", in Occidente "il sesso è ovunque tranne che nella sessualità"<sup>24</sup>. Colui che cerca il sesso in modo sfrenato è anche colui che ha sublimato le sue maggiori energie nel lavoro. Il sesso è diventato una trasgressione non la normalità. Se si potesse accedere al sesso facilmente come naturale rapporto affettivo delle relazioni umane esso non si cristallizzerebbe nella pornografia. Invece tutto è diventato pornografia, l'arte stessa non che un immenso atto pornografico, sublimato in immagini che poco hanno a che fare con il piacere stesso se non deviato e oggettivato. Occorre perciò distinguere il piacere dal desiderio. Nella nostra società è accresciuto fortemente il desiderio, ossia quella ricerca di qualcosa da realizzare perché dà soddisfazione al *pensiero del piacere* ma non al piacere stesso. Il desiderio è l'aspettativa di un piacere che non è detto si realizzerà. Contrariamente a quello che si pensa, noi viviamo in una società del desiderio ma

<sup>23</sup> MARCUSE, *Eros e civiltà*, Einaudi, 2001.

<sup>24</sup> BARTHES, *L'impero dei segni*, Einaudi, 1984, p. 38.

non del piacere. Quello che realizziamo subito e non abbiamo imparato ad aspettare è il desiderio non il piacere. Ma il desiderio oggi si *può* realizzare subito perché è un effetto secondario e condizionato della società. Oggi i desideri si possono realizzare ma i piaceri sono sempre di più frustrati e obnubilati. Non è dunque un problema di sublimazione/desublimazione come crede Marcuse ma di desiderio/piacere. Non siamo neanche più di fronte ad una regressione ma ad un comportamento schizofrenico: da un lato il piacere frustrato e dall'altro il desiderio che costruisce un io ideale. Non è più lo scollamento tra principio di piacere e principio di realtà, dato che la realtà è ormai omologata e aspira a raggiungere gli stessi desideri, ma è lo scollamento tra piacere corporeo e desiderio indotto dal sociale che coincide col desiderio dello stesso soggetto. Freud non poté approfondire l'analisi della schizofrenia perché riteneva che la psicosi fosse difficile da trattare con l'analisi, ma oggi è la malattia tipica: lo scollamento tra il proprio piacere e i desideri autoimposti. Il nostro pensiero è scisso tra il desiderio e ciò che piace realmente al corpo. Ci stacciamo dal proprio corpo e lo vediamo vivere senza davvero appartenergli. Il corpo diventa strumento tra strumenti, oggetto tra gli oggetti che utilizziamo alla ricerca di un desiderio che infine non si realizzerà mai nel piacere. Scrive correttamente Gorz: “il lavoro si è imposto come un'ascesi che consiste nella repressione in se stesso dell'esperienza sensibile; si è costretto a esistere come puro intelletto, eliminando, reprimendo come altrettanti potenziali disturbi della sua funzione, tutto ciò che è in rapporto vivente col mondo vissuto nel e sul suo corpo”<sup>25</sup>. Di qui proviene il fatto che la violenza, anziché sparire, permane come sintomo di una malattia tipica dell'Occidente. Se i piaceri fossero realizzati non vi sarebbe necessità della violenza. Essa permane perché i desideri si rincorrono e si realizzano ma anche si moltiplicano minacciando il fondo limaccioso dei piaceri che permangono ormai soltanto come residuo rimosso. Dobbiamo capire che la violenza è una risposta adattativa all'ambiente; che la violenza è costitutiva della nostra società consumistica e produttiva e proviene da questa scissione tra i desideri indotti e i piaceri repressi. Proprio per alleviare in parte questa sofferenza, “contro questi stati depressivi”, si suppone a torto che sia proprio “l'attività macchinale” a risolvere i problemi della società. “Oggi viene chiamato questo, un po' disonestamente, la *benedizione del lavoro*. L'alleviamento consiste in ciò: l'interesse del sofferente viene fonda-

<sup>25</sup> GORZ, *op. cit.*, p. 98.

mentalmente stornato dalla sofferenza; un fare e soltanto un fare entra costantemente nella coscienza e resta quindi poco posto in essa per il soffrire; l'attività macchinale e quel che compete a essa, l'assoluta regolarità, la puntuale, irriflessa obbedienza, l'acquisizione una volta per tutte di un determinato modo di vivere, il riempimento del tempo, una certa costrizione educativa all'impersonalità, all'oblio di sé"<sup>26</sup>.

## 6. Ritorno all'ozio

La nostra società si è incentrata sulla glorificazione del lavoro credendo di utilizzarlo come cura per i giovani, ma ai giovani non manca tanto un lavoro ma soprattutto manca quel lavoro sufficiente a consentire la libertà del proprio corpo; in altre parole, manca la libertà di aspirare a costruirsi una vita tranquilla e duratura al di fuori dei ritmi frenetici e alienanti della produzione. La felicità e la ricchezza di una nazione non andrebbero misurate in base al PIL semmai in base al LSTP (limite spazio temporale di programmazione) ossia alla possibilità di ciascuno di poter programmare e prevedere serenamente il proprio tempo futuro<sup>27</sup>. I giovani invece vivono e sono costruiti ormai solo per la competizione produttiva basata sulla velocità dei tempi, la flessibilità delle scelte e l'adattabilità a nuovi tipi di lavoro. Il tempo programmabile si è ristretto all'*hic et nunc*. L'esito è la malattia del corpo che si manifesta negli attacchi di panico, frustrazione, autismo, mancanza di autostima, ansia, depressione, fobie, violenza<sup>28</sup>.

Oggi occorrerebbe ripensare radicalmente l'idea di lavoro, di tempo, libertà e ozio. Non tanto per un'ontologia critica del presente, quanto perché i presupposti del modello moderno di lavoro è entrato fortemente in crisi e non reggerà pragmaticamente più alle sfide dei prossimi secoli<sup>29</sup>. "Il lavoro è considerato ancora come una condizione di vita desiderabile, anche se non è più essenziale alla vita"<sup>30</sup>. Purtroppo gli studi culturali ci

<sup>26</sup> NIETZSCHE, *La genealogia della morale*, Adelphi, 1984, p. 129.

<sup>27</sup> MUSIO, *Antropologia e mondo moderno*, FrancoAngeli, 1978, pp. 180 e 181.

<sup>28</sup> Sulla stretta relazione tra società contemporanea e malattia depressiva, l'importante saggio di EHRENBERG, *La fatica di essere se stessi. Depressione e società*, Einaudi, 2010.

<sup>29</sup> DE MASI, *Lavorare gratis, lavorare tutti*, Rizzoli, 2017. Ormai "le macchine distruggono più lavoro di quanto ne creano" (p. 162).

<sup>30</sup> HEILBRONER, *L'atto del lavoro*, (con un'introduzione di G. Mari), in *Iride*, n. 63, 2001, p. 305.

insegnano che la mentalità degli individui cambia molto più lentamente dello sviluppo tecnologico: “Per una resistenza ai cambiamenti tanto più misteriosa quanto più tenace e autolesionista...l'*homo faber* tende sistematicamente a prevaricare l'*homo cogitans* e soprattutto l'*homo ludens*, moltiplicando le cause dell'umana infelicità assunta come condizione naturale e persino come provvidenziale opportunità espiatoria degli esseri viventi”<sup>31</sup>. Ma ormai l'orizzonte che si configura è una completa robotizzazione del lavoro non creativo. Le macchine finalmente ci libereranno dal lavoro più faticoso. Tuttavia esse sono arrivate troppo tardi. Essendoci innamorati della nostra schiavitù, come una sorta di sindrome di Stoccolma, dovremo ora rimodificare lentamente la nostra immagine gestaltica di noi stessi. “In tutta l'età moderna, il valore degli individui è stato misurato con il valore di mercato del loro lavoro. Ora che il valore di tale risorsa è diventato sempre più marginale e irrilevante, in un mondo sempre più automatizzato, sarà necessario esplorare nuovi modi per definire il valore dell'individuo e le relazioni sociali”<sup>32</sup>. Come sottolinea Giovanni Mari, occorrerà ritornare all'*otium*<sup>33</sup>, rivalutare quella che Arendt chiama *la vita della mente* che richiede tempo e libertà a disposizione: dovremo finalmente rimpossessarci inoltre di quella facoltà che era la comunicazione affettiva ed emotiva sostituendola alla comunicazione strumentale legata all'idea di successo e di competizione. Potremo forse di nuovo conquistare spazi e tempi di libertà occupandoci più della nostra salute mentale, quella che Michel Foucault

<sup>31</sup> DE MASI, *Sviluppo senza lavoro*, Edizioni Lavoro, 1994, p. 39. Resistenza al cambiamento tecnologico e alla contemporanea riduzione del tempo di lavoro che DE MASI, *Il futuro del lavoro, cit.*, definisce come “Sindrome di Vespasiano”, (p. 89).

<sup>32</sup> RIFKIN, *op. cit.*, p. 19.

<sup>33</sup> MARI, *Lavoro, identità e ozio: per un'etica del lavoro* in GRAMOLATI, MARI (a cura di) *Il lavoro dopo il Novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze University Press, 2016, pp. 117-130; MARI (a cura di), *Libertà, sviluppo, lavoro*, Bruno Mondadori, 2004. Sull'organizzazione del tempo nella società postindustriale inteso come vincolo ma anche come forma di libertà si veda, GASPARI, *Tempo, cultura, società*, FrancoAngeli, 1990. Oggi, purtroppo, l'idea che ci debba essere un tempo liberato trova una forte opposizione – già colto dai francofortesi e da Foucault con l'idea della *biopolitica* – da parte di quel potere che invece tende a colonizzare le coscienze e l'intera giornata del cittadino-lavoratore. Per una possibile via di fuga e un “pensare altrimenti” rispetto al tema del lavoro, si rimanda a FADINI, *Il futuro incerto*, Ombrecorte, 2013. Per un posizionamento critico sul tema lavoro vs libertà si veda, TRENTIN, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco del conflitto sociale*, Editori Riuniti, 2004. Per un radicale ripensamento dell'economia neoliberista e dell'idea del lavoro in chiave ecologista e di decrescita, ricordiamo ancora gli studi complessivi di GORZ e LATOUCHE.

intendeva per *cura di sé*, e non ricorrere più agli psicofarmaci<sup>34</sup> per convincersi che lavorare è bello.

<sup>34</sup> L'uso di psicofarmaci nelle società occidentali è cresciuto enormemente. Sulla relazione tra psicofarmaci e infelicità rimando a SOLINAS, *Il nuovo boom. Psicofarmaci e felicità*, in D'ANDREA, DONAGGIO, PULCINI, TURNATURI (a cura di), *Felicità italiane. Un campionario filosofico*, il Mulino, 2016, pp. 71-80.

**Key words**

Economia, forza-lavoro, riforma, tecnologia, feticismo, *otium*.

Economy, work-force, reformation, technology, fetishism, *otium*.

## notizie sugli autori

### **Stefano Bellomo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Roma La Sapienza*

### **Stefano Berni**

*Dottore di ricerca in Jus Publicum Europaeum, Università di Siena*

### **Maria Teresa Carinci**

*Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Milano*

### **Massimiliano Delfino**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Alessandro Di Casola**

*Dottore di ricerca in Diritto dell'economia, Università di Napoli Federico II*

### **Maximilian Fuchs**

*Emerito di Diritto del lavoro, Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt*

### **Enrico Gragnoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Parma*

### **Alessandra Ingraio**

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Milano*

### **Michel Martone**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Teramo*

### **Marie Mercat-Bruns**

*Maître de conférences en Droit privé, HDR au Conservatoire National des Arts et Métiers*

### **Umberto Romagnoli**

*Emerito di Diritto del lavoro, Università di Bologna*

**Mario Rusciano**

*Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

**Antonello Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) sezione Riviste.



Finito di stampare nel mese di settembre 2018  
dalla Grafica Elettronica (Na)

