

indice

- 425 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI
Ricordo di Aris Accornero e Carlo Dell’Aringa

editoriale

- 427 TIZIANO TREU
Il Cnel ieri e oggi

saggi

- 445 PIETRO LAMBERTUCCI
Organizzazione dell’impresa e contrattazione collettiva territoriale: vecchi e nuovi problemi
- 469 SIMONETTA RENGA
NASpI e Dis-Coll: principio di solidarietà versus principio assicurativo
- 491 ROSA CASILLO
Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale
- 523 MATTEO CORTI
Il lavoro interinale “Modell Deutschland”. Dall’europeizzazione al ritorno della regolazione
- 557 MARIA TERESA SALIMBENI
L’irresistibile forza centripeta dell’esame congiunto: la procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni
- 585 FABIO RAVELLI
Condizionalità e “merito” nel sistema di sicurezza sociale italiano

giurisprudenza

- 605 FABRIZIO DE VITA
La Consulta e la compensazione delle spese giudiziali: un bilanciamento tra valori costituzionali
(Commento a Corte Costituzionale 18 marzo 2018 n. 77)
- 621 MARIA DOLORES FERRARA
Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di as-sociazionismo sindacale
(Commento a Corte Costituzionale 11 aprile 2018 n. 120)
- 633 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo
(Commento a Corte Costituzionale 26 settembre 2018 n. 194)
- 643 PAOLA SARACINI
Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela
(Commento a Corte Costituzionale 26 settembre 2018 n. 194)

osservatorio

- 661 UMBERTO ROMAGNOLI
Sul ruolo degli operatori giuridici in materia sindacale e del lavoro
- 669 CLAUDIA FALERI
Il lavoro ai tempi di Agricoltura 4.0 tra esigenze di stagionalità e fabbisogno di nuove professionalità
- 695 *Notizie sugli autori*
- 697 *Abbreviazioni*
- 699 *Indice annata 2018*
- 703 *Indice autori 2018*

In quest'anno sono stati sottoposti a referaggio, con esito positivo, i contributi di:

Fabrizio AMENDOLA, Giovanni ARMONE, Stefano BELLOMO, Paola BOZZAO, Lavinia BUCONI, Giovanni CALVELLINI, Piera CAMPANELLA, Luigi CAVALARO, Donatella CASARI, Rosa CASILLO, Daniele COLUCCI, Matteo CORTI, Milena D'ORIANO, Fabrizio DE VITA, Massimiliano DELFINO, Alessandro DI CASOLA, Michele FAIOLI, Maximilian FUCHS, Maria GALLO, SEBASTIANO Luigi GENTILE, Enrico GRAGNOLI, Federico GRILLO PASQUARELLI, Giuseppe IANNIRUBERTO, Pietro LAMBERTUCCI, Margherita LEONE, Carmen LOMBARDI, Cosimo MAGAZZINO, Francesca MALZANI, Paola MARINO, Michel MARTONE, Alberto MATTEI, Marie MERCAT-BRUN, Andrea MORRONE, Claudia MURENA, Ilario NASSO, Giovanni ORLANDINI, Fulvio PASTORE, Valeria PICCONE, Anna Maria POGGI, Fabio RAVELLI, Simonetta RENGA, Valentina RICCHEZZA, Roberto RIVERSO, Maria Teresa SALIMBENI, Paolo SORDI, Francesca SPENA, Lucia TRIA, Micaela VITALETTI, Antonello ZOPOLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Edoardo ALES, Guido BALANDI, Marzia BARBERA, Vincenzo BAVARO, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Vania BRINO, Antonella CIRIELLO, Vincenzo FERRANTE, Jeffrey KENNER, Vito LECCESE, Fiorella LUNARDON, Piera LOI, Marco MARAZZA, Mariella MAGNANI, Vito PINTO, Giampiero PROIA, Simonetta RENGA, Roberto ROMEI, Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Maurizio RICCI, Massimo SICLARI, Lara TRUCCO

table of contents

- 425 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI
In memory of Aris Accornero and Carlo Dell' Aringa

editorial

- 427 TIZIANO TREU
The Cnel Yesterday and Today

articles

- 445 PIETRO LAMBERTUCCI
Organization of the Company and Territorial Collective Bargaining. Old and New problems
- 469 SIMONETTA RENGA
NASpI and Dis-Coll. Principle of Solidarity versus Insurance Principle
- 491 ROSA CASILLO
Income for Social Inclusion and Related Figures. A perspective of social security law
- 523 MATTEO CORTI
'Modell Deutschland' Temporary Work. From Europeanization to the Return of Regulation
- 557 MARIA TERESA SALIMBENI
The Irresistible Centripetal Force of the Joint Examination. The Trade Union Procedure for the 'Cassa Integrazione Guadagni'
- 585 FABIO RAVELLI
Conditionality and 'Merit' in the Italian Social Security System

case law

- 605 FABRIZIO DE VITA
The Constitutional Court and Compensation of Court Fees. A Balance among Constitutional Values
(Comment to Constitutional Court's judgment of 7 March 2018 n° 77)
- 621 MARIA DOLORES FERRARA
Trade Union Freedom and Military Organization. The Unconstitutionality of the Prohibition of Trade Union Associations
(Comment to Constitutional Court's judgment of 11 April 2018 n° 120)
- 633 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The ruling of the Constitutional Court n. 194 of 2018 on the Quantification of Compensation for Wrongful Dismissals
(Comment to Constitutional Court's judgment of 26 September 2018 n° 194)
- 643 PAOLA SARACINI
The Injustified Dismissal: Compensatory Indemnity and the Essential Content of the Protection
(Comment to Constitutional Court's judgment of 26 September 2018 n° 194)

observatory

- 661 UMBERTO ROMAGNOLI
On the Role of Legal Operators in Trade Union and Labour Matters
- 669 CLAUDIA FALERI
Work at the Time of Agriculture 4.0 between the Needs of Seasonality and the Requirement of New Professional Skills
- 695 *Authors' information*
- 697 *Abbreviations*
- 699 *Table of contents of 2018*
- 703 *Authors of 2018*

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

Fabrizio AMENDOLA, Giovanni ARMONE, Stefano BELLOMO, Paola BOZZAO, Lavinia BUCONI, Giovanni CALVELLINI, Piera CAMPANELLA, Luigi CAVALARO, Donatella CASARI, Rosa CASILLO, Daniele COLUCCI, Matteo CORTI, Milena D'ORIANO, Fabrizio DE VITA, Massimiliano DELFINO, Alessandro DI CASOLA, Michele FAIOLI, Maximilian FUCHS, Maria GALLO, SEBASTIANO Luigi GENTILE, Enrico GRAGNOLI, Federico GRILLO PASQUARELLI, Giuseppe IANNIRUBERTO, Pietro LAMBERTUCCI, Margherita LEONE, Carmen LOMBARDI, Cosimo MAGAZZINO, Francesca MALZANI, Paola MARINO, Michel MARTONE, Alberto MATTEI, Marie MERCAT-BRUN, Andrea MORRONE, Claudia MURENA, Ilario NASSO, Giovanni ORLANDINI, Fulvio PASTORE, Valeria PICCONE, Anna Maria POGGI, Fabio RAVELLI, Simonetta RENGA, Valentina RICCHEZZA, Roberto RIVERSO, Maria Teresa SALIMBENI, Paolo SORDI, Francesca SPENA, Lucia TRIA, Micaela VITALETTI, Antonello ZOPOLI

The referees have been:

Edoardo ALES, Guido BALANDI, Marzia BARBERA, Vincenzo BAVARO, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Vania BRINO, Antonella CIRIELLO, Vincenzo FERRANTE, Jeffrey KENNER, Vito LECCESE, Fiorella LUNARDON, Piera LOI, Marco MARAZZA, Mariella MAGNANI, Vito PINTO, Giampiero PROIA, Simonetta RENGA, Roberto ROMEI, Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Maurizio RICCI, Massimo SICLARI, Lara TRUCCO

Mario Rusciano
Lorenzo Zoppoli

Ricordo di Aris Accornero e Carlo Dell’Aringa

Negli ultimi mesi, e a poca distanza l’una dall’altra, la nostra Rivista ha subito due gravi perdite. Sono scomparsi, prima, l’economista Carlo Dell’Aringa e, poi, il sociologo Aris Accornero. Due celebri personalità di altissimo livello intellettuale – e amici di grande spessore umano – che davano lustro alla Direzione scientifica di *Diritti Lavori Mercati*. Ne avevano entrambi aiutato la nascita, circa quindici anni addietro, condividendo la nostra prospettiva iniziale di costruire un luogo d’incontro tra giuristi, economisti e sociologi. Ci accomunava la comune convinzione che, in questi anni di cambiamento epocale, occorresse riflettere sui problemi sociali in un’ottica pluridisciplinare e interdisciplinare. Oggi come oggi, infatti, chi oserebbe negare che le scienze umane e sociali debbano rafforzare scambi e relazioni? E tentare di adeguare, per quanto possibile, financo il rispettivo statuto epistemologico? Chi potrebbe disconoscere che – specie in determinati ambiti della tormentata realtà sociale – diritto, economia e sociologia (cui andrebbero aggiunte scienza dell’organizzazione e psicologia sociale) – finiscano con l’essere addirittura l’una il polmone dell’altra?

Aris Accornero e Carlo Dell’Aringa erano due personaggi tra loro molto diversi – per estrazione culturale, formazione politica, esperienza di vita e tratto caratteriale – ma condividevano la medesima visione della convivenza civile, ispirata al rispetto delle istituzioni e delle regole, oltre che ai valori della Costituzione. E così, in aggiunta all’impegno didattico e scientifico all’Università – Aris alla “Sapienza” di Roma; Carlo alla “Cattolica” di Milano – avevano offerto a importanti istituzioni pubbliche il loro autorevole impegno, non solo teorico ma anche pratico.

Aris Accornero aveva fatto parte della prima *Commissione di garanzia della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, dando uno straordinario contributo a porre le basi della complessa struttura (*ex legge 146 del 1990*), formata dagli accordi sindacali di garanzia dei servizi minimi e delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero, al fine di contemperare questo diritto dei lavoratori e i diritti dei cittadini e degli utenti alla “non interruzione” dei servizi essenziali. Vi aveva contribuito con la sua singolare esperienza: per essere stato, da giovane, operaio in fabbrica, e poi studioso dei problemi sindacali come responsabile dell'Ires-Cgil.

Carlo Dell'Aringa era stato Presidente dell'*Agenzia per la Rappresentanza Negoziante delle pubbliche amministrazioni* (Aran), poi parlamentare del Partito Democratico e Sottosegretario di Stato al Ministero del lavoro del Governo Letta, dando sempre contributi importanti e innovativi per le principali riforme del lavoro approvate negli ultimi vent'anni. Grande competenza e dimestichezza aveva anche in materia di contrattazione collettiva per il lavoro privato e pubblico, sulla quale molto aveva inciso per favorire gli equilibri negoziali più innovativi. I suoi studi più recenti riguardavano proprio politiche e accordi diretti a dare assetti più solidi e moderni al sistema di relazioni industriali italiano.

La diversità tra Accornero e Dell'Aringa riguarda pure il rapporto da ciascuno intrattenuto con la nostra Rivista. Mentre Carlo ha scritto qualche editoriale e qualche commento, Aris non ha mai scritto (anche perché negli ultimi anni si era un po' appartato). Entrambi però non hanno mai fatto mancare i loro consigli e suggerimenti e le loro valutazioni. In ogni caso, la loro sola presenza nella Direzione di *Diritti Lavori Mercati* ha costituito per la Rivista quell'*humus* culturale sul quale far crescere la prospettiva di metodo (oltre ad arricchire la sicurezza psicologica) del giurista del lavoro del terzo millennio. Del resto, grazie ai prestigiosi incarichi istituzionali ricoperti, sia Accornero sia Dell'Aringa, venendo a contatto con leggi, regolamenti, procedure e contratti di lavoro, avevano con questi testi una tale padronanza da sviluppare una sensibilità giuridica non comune. Tanto che nel 2000 ad Aris Accornero era stata conferita dall'Università di Ferrara la laurea *honoris causa* in Giurisprudenza.

La scomparsa di Accornero e Dell'Aringa impoverisce il ceto intellettuale e accademico italiano. La nostra Rivista li ricorderà con vivo rimpianto e sincera gratitudine.

Tiziano Treu
Il Cnel
ieri e oggi

Sommario: **1.** Il dibattito e le scelte alla Costituente. **2.** Le modifiche della legge del 1986. **3.** Il dibattito più recente. **4.** Proposte di riforma e riattivazione del Cnel dopo il referendum del 2016. **5.** Il nuovo Cnel: una fase costituente. **6.** Il Cnel e il nuovo contesto economico-sociale e politico. **7.** Impegni e attività in prospettiva. **8.** Il *Board* per la competitività nazionale. **9.** La *blockchain* per migliorare la conoscenza del mercato del lavoro. **10.** Proposte di cambiamento alle forze sociali e alla politica.

1. Il dibattito e le scelte alla Costituente

Il senso e l'esistenza stessa del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (Cnel) sono sempre stati oggetto di valutazioni differenti, spesso opposte, che riflettono concezioni non omogenee delle istituzioni e della democrazia. Lo testimonia già il dibattito alla Costituente, che registra proposte anche molto diverse di eminenti personaggi: dal costituzionalista Mortati a Fanfani, dal sindacalista Di Vittorio a Paratore.

L'individuazione delle funzioni del Cnel e la sua collocazione nell'architettura costituzionale dello Stato avvenivano allora in un contesto difficile: non solo per le tensioni in atto fra le maggiori forze sociali e politiche, ma per il ricordo ancora vivo dell'esperienza corporativa.

Infatti lo spettro del Cnel come "terza camera" è tanto incombente quanto esorcizzato nel dibattito e contribuisce a frenare la proposta, pur presente, di attribuire al costituendo Consiglio funzioni forti: di controllo sociale dell'attività economica dell'impresa (Fanfani) o di regolazione diretta. Per esempio: formulare regolamenti per incarico del Parlamento; predisporre disegni di legge di propria iniziativa; giudicare per arbitrati nelle questioni del

lavoro; dare pareri obbligatori per tutti i progetti diretti a disciplinare in modo unitario le attività produttive del paese.

Sono significativi i timori, espressi da diverse parti, che il nuovo organismo potesse ostacolare l'opera del Parlamento e pregiudicarne i compiti. Lo stesso Ruini doveva manifestare dubbi sull'obbligo – non solo per il Governo, ma per le Camere – di sentire il parere del Consiglio su “progetti legislativi implicanti direttive permanenti di politica economica e sociale”. Un obbligo – nota Ruini – che non esiste in alcun ordinamento straniero.

Il Presidente Paratore sottolineava, nella sua relazione, la necessità di evitare che il nuovo istituto diventasse un organo corporativo e soprattutto una specie di parlamento degli interessi economici. E riceveva la risposta di Ruini: “il corporativismo non può risorgere, ma è giusto che il Consiglio non arieggi un terzo ramo del Parlamento, con pretesa di essere la camera economica: sarebbe incostituzionale”.

Nel dibattito doveva prevalere l'orientamento di Ruini: qualificare il Cnel come organo ausiliario dei maggiori organi costituzionali dello Stato – Governo e Parlamento – con compiti di consulenza, di proposta e anche di iniziativa legislativa. E Ruini specificava, con una formula rimasta emblematica, che vi sono, per l'attività dello Stato, tre momenti: lo studio, la proposta e la decisione. Il Cnel ha una funzione intermedia: non giunge alla decisione, che spetta nelle loro sfere ad altri organi, ma la sua funzione non è meramente di studio, è piuttosto di preparazione; è come un ponte fra i due momenti: dell'esame e dell'azione. E precisava che questa funzione non è meramente tecnica, perché l'attività di consulenza “richiede la partecipazione delle forze vive e della rappresentanza di interessi; nessuna illusione che per le vie del Cnel si possano eliminare contrasti che hanno profonde e irriducibili radici, ma è doveroso tentare qualche distensione”.

Questo punto era sottolineato anche dal Presidente del Consiglio De Gasperi nella presentazione del disegno di legge Fanfani, attuativo del Cnel: nel quale si ribadiva non solo l'importanza della collaborazione che il Cnel poteva dare al Governo e al Parlamento, ma il suo valore “di luogo di incontro e di distensione tra le opposte forze economiche e politiche, che ora scuotono violentemente il paese e rendono difficile la sua ricostruzione”.

La configurazione del Cnel così proposta doveva essere largamente condivisa. Tanto è vero che l'art. 99 della Costituzione fu votato quasi all'unanimità in un clima di “fiduciosa sicurezza”, anzi per alcuni nella convinzione che di fatto sarebbe stato possibile attribuire al nuovo Consiglio più compiti

di quelli allora definiti. Ma Ruini, già nel discorso di insediamento della prima consiliatura, rilevava che negli anni successivi alla costituzione si era addensata la “preoccupazione che il Cnel sia un organo inutile, ingombrante e pericoloso, perché potrebbe se non svuotare, ostacolare e ritardare l’opera del Parlamento”.

Queste preoccupazioni dovevano riaffacciarsi periodicamente in seguito, talora con critiche su singoli aspetti dell’operato del Consiglio, altre volte con vere e proprie contestazioni sul senso stesso della sua esistenza. Alle critiche di principio, invero spesso pregiudiziali, si sono accompagnati ostacoli pratici al suo funzionamento, denunciati con amarezza dallo stesso Ruini, fin dall’avvio della prima consiliatura. Critiche e ostilità hanno circondato l’attività del Cnel fino ai giorni nostri, ma non hanno impedito ai suoi componenti di mantenere la convinzione della sua ragion d’essere e di impegnarsi per avvalorarla nei fatti.

Tali vicende meritano una ricostruzione accurata, oggi solo in parte disponibile, ma che l’attuale Consiglio ha deciso di approfondire e completare in occasione del 60° anniversario di vita del Cnel.

2. *Le modifiche della legge del 1986*

Qui vanno segnalati alcuni aspetti delle difficoltà e delle riflessioni di questi anni, utili a ripensare il senso del Cnel oggi e a prospettare una sua riforma. Le criticità della vita del Cnel, insieme ad alcune indicazioni su come ripensarne il ruolo, sono presentate già da Sergio Mattarella nella Relazione al ddl n. 3566 del marzo 1986 di riforma di quest’organo di rilevanza costituzionale. In tale relazione si attribuisce al disegno di legge di allora l’obiettivo di ridare all’organismo “rappresentatività e capacità operativa”. L’obiettivo era di essenziale importanza se si considera che il Consiglio di allora usciva da un periodo di *prorogatio* durato quasi cinque anni. Mattarella indicava, fra le cause di tale situazione, i limiti della previsione costituzionale: che, secondo il Relatore, fornisce del Cnel una visione riduttiva. Egli rilevava però anche il disinteresse e l’inerzia delle autorità pubbliche non meno che delle stesse organizzazioni sociali: elementi negativi da superare se si voleva un Cnel utile e vitale.

Riprendendo le indicazioni del dibattito alla Costituente, la Relazione sottolineava, fra le funzioni essenziali del Consiglio, quella – da sempre cen-

trale nella visione dei Costituenti – di essere un’importante “struttura di razionalizzazione del rapporto fra le forze sociali e il potere politico”, oltre a costituire un terreno di confronto oggettivo sui grandi temi sociali ed economici, garantito dalla compresenza sia di tutte le organizzazioni più rappresentative, sia di esperti tecnicamente competenti.

Questo, a mio avviso, è ancora il nucleo principale della missione del Cnel quale risulta già dalle scelte del Costituente. Sono convinto che tale compito risponda bene alla funzione che le grandi organizzazioni del lavoro e dell’impresa possono svolgere, riunite insieme in un luogo istituzionale a ciò dedicato. La vera sfida è quella di saper adeguare le strategie e gli strumenti per svolgere efficacemente tale funzione in un contesto economico e sociale nuovo e molto diverso da quello delle origini. La legge del 1986 ha comunque introdotto modifiche utili a migliorare l’operatività del Consiglio e a ridare slancio alle sue iniziative.

In effetti le vicende successive testimoniano i molti momenti di grande attività e azioni innovative su diversi fronti. Per esempio, durante la presidenza di Giuseppe De Rita, i grandi progetti dei “patti territoriali” hanno segnato una intensa attività del Cnel nei territori, specie del Mezzogiorno. E invece successivamente, cioè in anni più recenti, si sono registrate nuove difficoltà che hanno portato a smarrire il senso del Cnel. Uno smarrimento del quale molti Consiglieri, me compreso, sono stati testimoni, fino all’approvazione della legge di riforma costituzionale contenente la norma di soppressione dell’organismo.

Di fronte a una simile prospettiva, il Consiglio di allora ha reagito avviando nel 2014 un ampio dibattito tra organizzazioni delle parti sociali, gruppi di esperti e centri di ricerca: tutti convinti della persistente utilità del Cnel.

3. *Il dibattito più recente*

Un contributo significativo al dibattito è venuto, fra gli altri, dal Convegno organizzato dagli ex Consiglieri del Cnel sull’art. 99 Cost., in occasione della presentazione del libro *Meuccio Ruini. Il Consiglio Nazionale dell’Economia del Lavoro. Scritti e discorsi (1947-1959)*. Nel suo intervento a questo Convegno, Giuseppe De Rita confermava le difficoltà del Cnel ricordando “il senso di inutilità” avvertito negli anni della sua presidenza: causato,

a suo avviso, non dall'inadeguatezza dei suoi Consiglieri e Presidenti, ma da un fatto strutturale, cioè dalla scelta di avere attribuito al Consiglio funzioni consultive e ausiliarie, escludendo funzioni di rappresentanza. E ciò per paura che venisse considerato una Camera delle corporazioni, sicché nel contesto di allora la rappresentanza degli interessi potesse "diventare anche una identità di classe". Secondo De Rita l'idea di collocare il Cnel dentro una logica ausiliaria e consultiva è stata deleteria, perché ha condannato il Consiglio a essere poco incisivo. Infatti, per De Rita, un organo siffatto può svolgere una funzione importante solo se fa "concertazione e rappresentanza, due poli che vanno tenuti insieme", anche se "l'acceleratore va tenuto sulla rappresentanza". Lo stesso De Rita rilevava che "la scelta delle grandi organizzazioni di voler gestire in proprio la concertazione con il Governo nella famosa sala verde, senza sentire il bisogno e l'utilità di una sede istituzionale come il Cnel" avrebbe portato la rappresentanza sociale su "canali sbagliati, di pura rivendicazione e poi di disperato patriottismo". Mentre per parte sua il Cnel ha avuto la colpa di non essere riuscito a esprimere la propria capacità di fare politica e rappresentanza.

La provocazione di De Rita ha trovato consenso su un punto: il Cnel non ha saputo dimostrare la forza della sua utilità. Non altrettanto condivisa è stata l'ipotesi di un Cnel alternativo a quello risultato dalla mediazione di Ruini.

L'idea che si potesse, tramite il Cnel, innestare le rappresentanze sociali nel sistema decisionale pubblico non era praticabile nel contesto di allora e non è più stata presa in considerazione: neppure nei momenti alti del pluralismo sociale. Infatti in quel periodo la concertazione si svolse altrove, fuori da ogni canale istituzionale, benché fosse arrivata, nella versione del 1998, a ridosso delle decisioni parlamentari, in forme anche proceduralizzate, vicine a quelle del neo-corporativismo.

In realtà, come io stesso ho rilevato in quel Convegno, la difficoltà di fare operare le rappresentanze sociali all'interno delle istituzioni, in organismi di partecipazione come il Cnel, ha radici profonde nella nostra storia sociale e politica. Una difficoltà tutto sommato incomprensibile, essendo l'azione delle rappresentanze sociali nelle istituzioni del tutto coerente con le indicazioni costituzionali, che valorizzano appunto l'azione dei gruppi intermedi, ritenendola essenziale per l'arricchimento della democrazia rappresentativa con la democrazia sociale; e, come diceva Ruini, per arrivare a una "democrazia integrale e progressiva".

Gli ostacoli a una partecipazione istituzionale dei gruppi intermedi all'interno di una democrazia compiuta si riconducono a difficoltà generali del nostro paese, che riguardano i rapporti fra le forze sociali e le istituzioni politiche. In particolare, i rapporti fra i sindacati – a lungo visti con preoccupazione per il loro orientamento conflittuale, per non dire eversivo, o addirittura, in alcuni di essi, ispirato alla lotta di classe – e le istituzioni politiche alquanto tormentate e spesso divise: come dimostrano fatti ben noti, quali la *conventio ad excludendum*, l'instabilità dei governi, il parlamentarismo costretto dalle contingenze, ecc.

4. *Proposte di riforma e riattivazione del CNEL dopo il referendum del 2016*

Da quel dibattito sono venuti spunti utili, che hanno alimentato, all'interno del Cnel, una proposta di autoriforma, discussa ampiamente in assemblea nei primi mesi del 2014. La proposta riafferma anzitutto i motivi fondamentali per cui non solo i Consiglieri ma anche le rappresentanze sociali (presenti nel Consiglio) e gli esperti ritengono che, nonostante i difetti di funzionamento e le carenze di strategia abbiano intaccato l'autorevolezza del Cnel, esso mantenga la sua fondamentale ragione di esistere. Beninteso gli stessi Consiglieri sono consapevoli che la prova di tale affermazione può darsi solo se si rendono attuali gli obiettivi e le strategie del Consiglio in linea con le nuove esigenze sociali, superando ogni tentazione di autoreferenzialità.

D'altra parte le stesse pratiche di concertazione sociale, gestite fino agli anni '90 dalle parti sociali direttamente col Governo, hanno incontrato vari ostacoli politici fino a diventare inefficaci ed essere abbandonate progressivamente per decisione dei successivi governi.

Questa debolezza della concertazione rende più attuale che mai la funzione del Cnel quale luogo di “*expertise sociale*”, come lo definisce De Rita, che può contribuire a una razionalizzazione dei processi decisionali pubblici con un apporto non solo tecnicamente ma socialmente autorevole, in quanto arricchito dal contributo delle grandi organizzazioni produttive. Oggi infatti manca un luogo di alta responsabilità istituzionale in grado di ospitare una discussione di fondo tecnicamente attendibile e credibile: priva di fronzoli propagandistici e ricca di dati empirici e previsionali, capace di fare emergere posizioni chiare dei vari attori del conflitto e le relative responsabilità (Rusciano).

Per il futuro, le indicazioni dell'assemblea sui programmi sono aperte alla discussione pubblica. Il documento approvato indica però la necessità di concentrarsi su poche priorità tematiche. Indicazione del tutto condivisibile, che ispira l'opera e i progetti del Cnel attuale.

Fra queste priorità si possono segnalare, a titolo esemplificativo: la valutazione delle politiche pubbliche, con una metodologia di analisi basata sugli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES), elaborati in collaborazione con Istat e Banca d'Italia; i rapporti con il Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) per rafforzare le proposte italiane in fase ascendente sui programmi dell'Unione Europea; il potenziamento dell'Archivio della contrattazione collettiva (anche decentrata); l'arricchimento di banche-dati e informazioni sulle strutture rappresentative dei sindacati (fino al livello aziendale) per certificare la rappresentatività dei sindacati medesimi. Del resto già da tempo è riconosciuto al Cnel, dagli accordi interconfederali su rappresentatività e democrazia sindacale, il compito di certificazione della rappresentatività e dei contratti, onde contribuire alla trasparenza e al buon funzionamento delle relazioni industriali. Su tutto questo si tornerà analiticamente più avanti.

Dopo la bocciatura della riforma costituzionale nel referendum del 4 dicembre 2016, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e il Presidente del Consiglio Paolo Gentiloni hanno ritenuto di riattivare la procedura per la ricostituzione dell'assemblea del Cnel. Decisione presa non solo per il rispetto dell'esito referendario, ma anche per la convinzione della persistente utilità di questa istituzione di rappresentanza. Una convinzione corrispondente alle idee da sempre professate da questi rappresentanti delle più alte autorità della Repubblica.

L'iter di nomina dei nuovi Consiglieri è durato circa un anno: non solo per la farraginosità delle procedure, ma soprattutto per l'incertezza dei criteri di individuazione delle associazioni titolate a indicare i propri rappresentanti nel Consiglio. Un'incertezza che ha reso complessa la selezione delle richieste – provenienti da un numero di associazioni più ampio del numero dei componenti del Consiglio – e di conseguenza ha dato origine a non pochi ricorsi.

Questo è un aspetto critico derivante dall'assenza nel nostro ordinamento di criteri certi di misurazione della rappresentatività sia dei sindacati dei lavoratori sia delle associazioni datoriali. Tale carenza comporta la difficoltà d'individuare i contratti collettivi nazionali rilevanti per definire gli

standard di trattamento cui riferirsi, specie per stabilire i salari imponibili a fini INPS. Pure l'individuazione di tali contratti è ora un tema all'attenzione del Cnel, chiamato a occuparsene dalle maggiori organizzazioni sindacali e datoriali.

5. *Il nuovo CNEL: una fase costituente*

L'avvio dei lavori del nuovo Consiglio avviene dopo oltre due anni di *prorogatio*, durante i quali solo alcuni dei Consiglieri hanno proseguito l'attività, pur se in condizioni di grave disagio. Ora la nuova consiliatura si trova a dover riconsiderare tutti gli interrogativi e le criticità del passato, per di più in un contesto reso incerto dal mutato quadro politico uscito dalle elezioni del marzo 2018 e a fronte di un nuovo Governo, il cui programma contiene una dichiarazione di sfiducia nell'utilità del Cnel e l'idea di riproporne l'abrogazione. Perciò, all'insediamento del Consiglio, ho dichiarato la necessità non solo di interrogarsi sui motivi delle difficoltà e delle critiche ricevute, ma anche di ripensare il senso della missione del Cnel. Si tratta in pratica di aprire una fase costituente, con il duplice proposito di rilanciarne l'attività e di avanzare, sulla base delle riflessioni finora sviluppate, proposte concrete di riforma da sottoporre al Governo e al Parlamento. A tal fine l'assemblea ha deciso all'unanimità di rivolgere un appello alle forze politiche per ribadire la rilevante utilità del Cnel e la necessità di una sua autoriforma, sottolineando che esso è tanto più importante nel momento in cui il Governo dichiara di voler incrementare la democrazia mediante un'ampia partecipazione popolare. Senza dire che l'abolizione del Cnel "darebbe una prova ulteriore dello scarso valore attribuito da Governo e Parlamento al lavoro umano e alla cooperazione delle forze produttive nell'allestimento di un serio *piano industriale* del Paese" (Rusciano). Non a caso l'appello ha ottenuto l'adesione formale e il sostegno di tutte le maggiori organizzazioni sociali, anche di quelle non presenti nel Consiglio.

6. *Il Cnel e il nuovo contesto economico-sociale e politico*

Il contesto in cui oggi il Cnel deve operare è ovviamente molto cambiato rispetto a quello delle origini. Il conflitto degli anni passati è sfumato

e disperso, è cambiato nella sua morfologia ma non è certo scomparso. Anzi il tessuto sociale e del lavoro è attraversato da nuove tensioni, indotte dalle crescenti diseguglianze, dalla paura delle diversità e della perdita di identità, spesso alimentata da movimenti cd. “populisti”. E allora l’opera del Cnel di razionalizzazione dei rapporti fra le forze sociali e fra queste e il potere politico e la sua capacità di dare al Governo e al Parlamento risposte non legate alla contingenza, che spesso caratterizza il dibattito pubblico, sono oggi ancora più importanti di ieri. Il Cnel è chiamato a contribuire alla coesione e alla cooperazione sociale, che sono essenziali in un momento di difficoltà e di smarrimento come quello attuale. La coesione sociale è un bene pubblico necessario per tenere insieme la società: sia per ricostruire la fiducia fra i cittadini, sia per rilanciare prospettive di sviluppo in una economia ancora debilitata dalla crisi. E i Consiglieri – che, è bene ricordare, prestano la loro opera a titolo gratuito – hanno assicurato l’impegno personale e delle organizzazioni di appartenenza a rendere il Cnel effettivamente utile al paese.

7. Impegni e attività in prospettiva

a) Più partecipazione e più democrazia.

Uno dei punti di riforma approvati dal Consiglio è quello di allargare la partecipazione a organizzazioni sociali non ancora presenti e in generale di aprirsi all’ascolto sistematico di voci della società civile, spesso non raccolte dai canali istituzionali e talora neppure dalle organizzazioni rappresentative.

Inoltre, sulla base del nuovo regolamento approvato dall’assemblea, è stata avviata una serie di consultazioni pubbliche, specie sui temi riguardanti l’Europa, secondo le indicazioni della Commissione di Bruxelles in vista delle elezioni del Parlamento Europeo della primavera 2019. Si tratta di un’iniziativa volta a sollecitare un’ampia partecipazione dei cittadini nel disegno di un futuro dell’Europa più sensibile ai bisogni sociali e a rafforzare a tal fine una forma di democrazia diretta, che il Consiglio ritiene assai utile, ma a integrazione, e non in sostituzione, della democrazia rappresentativa e della partecipazione dei corpi sociali. Perché è l’insieme delle diverse manifestazioni della democrazia – quella rappresentativa, quella sociale e quella diretta – che contribuisce a creare la “democrazia compiuta” prefigurata dalla nostra Costituzione e posta all’origine del Cnel secondo le idee di Ruini.

b) *Analisi e riordino della contrattazione collettiva.*

Un altro punto di forza, per il rilancio del Cnel, riguarda l'attività (da tempo avviata) di analisi e di riordino dei contratti collettivi nazionali e quella (più recente) di censimento dei contratti collettivi aziendali. Quest'ultima, in particolare, assume un'importanza straordinaria, proporzionata alla grande rilevanza e diffusione della contrattazione decentrata in questa fase storica delle relazioni industriali. Infatti, se è vero che i dati sulla contrattazione di secondo livello sono periodicamente raccolti presso il Ministero del lavoro – sulla base delle richieste delle aziende per ottenere i benefici fiscali e contributivi, previsti dalle recenti leggi finanziarie – è vero anche che è indispensabile un'analisi accurata di questi dati, la quale fuoriesce dalle competenze del Ministero. Perciò il Cnel ha stipulato una Convenzione con il Ministero del lavoro per ottenere una regolare trasmissione dei dati medesimi al fine di analizzare tecnicamente contenuti e tendenze della contrattazione decentrata, specie in materia di “retribuzioni di risultato” e di “*Welfare aziendale*”.

Una prima indagine in argomento, svolta in collaborazione con Anpal e Inapp, è stata presentata nel rapporto sul mercato del lavoro di fine 2017. Questo rapporto costituisce uno dei contributi di maggiore utilità per la conoscenza delle tendenze dell'occupazione. Nel nuovo rapporto per il 2018 (a cura del prof. Lucifora, esperto del Cnel, e in collaborazione con le due agenzie ora ricordate del Ministero del lavoro) sono approfondite le indagini sulla contrattazione di secondo livello in modo da fornire una conoscenza sistematica delle sue tendenze.

Questo contributo del Cnel, sulla falsariga di quanto hanno fatto da tempo i maggiori paesi europei, colma una grave lacuna nella conoscenza del nostro sistema di relazioni industriali, nel quale la contrattazione aziendale costituisce ormai un elemento centrale.

Altrettanto importante, e non solo a fini conoscitivi, è l'attività in corso relativa all'Archivio della contrattazione collettiva nazionale, che contiene una raccolta e una catalogazione completa di questi contratti, unica in Italia. Le procedure concordate con le parti sociali, per il deposito dei contratti collettivi con modalità univoche e informatizzate, permettono di avere un quadro certo di tutti i contratti vigenti e di quelli passati. Peraltro, la verifica incrociata con l'Inps dei codici degli stessi contratti – codici che attualmente sono spesso discordanti – permette di eliminare un numero considerevole di doppi e di informazioni inesatte sulla contrattazione.

c) *Selezione dei contratti collettivi più rappresentativi.*

In tema di contrattazione nazionale, al Cnel si prospetta una sfida ulteriore molto impegnativa. L'accordo fra Cgil-Cisl-Uil e Confindustria del marzo 2018 – il c.d. “patto della fabbrica” – affida al Cnel una funzione decisiva per la conoscenza e per il buon funzionamento del sistema contrattuale italiano: quella di effettuare una precisa ricognizione sia dei perimetri della contrattazione collettiva di categoria, sia dei soggetti stipulanti i contratti nazionali dei diversi settori per verificarne l'effettiva rappresentatività sulla base di dati oggettivi. Che si tratti di un compito urgente è testimoniato dal fatto che, negli ultimi anni, si è verificata una preoccupante proliferazione del numero dei contratti nazionali. Infatti nell'Archivio del Cnel se ne contano ora 868: con un incremento del 74% dal 2010 al 2017 e un numero in continua variazione. Paradossalmente, molti di questi contratti riguardano una stessa categoria: sono ben 213 nel settore del commercio; 68 nell'edilizia; 34 per i chimici; e 31 per i metalmeccanici e per i tessili. È necessario chiarire i confini fra i vari contratti per evitare sovrapposizioni indebite, che creano pericolose confusioni sulle norme applicabili e sui diritti-doveri delle parti.

Grazie a una Convenzione con l'Inps, il Cnel ha cominciato a identificare i dati oggettivi su cui basare l'accertamento della *rappresentatività dei contratti collettivi*. La quale non s'identifica con la rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti, anche se la comprende. I criteri presi in considerazione nei primi incontri con il Ministero del lavoro, con l'Inps e con le parti sociali sono più d'uno e riprendono, in linea di massima, quelli utilizzati più volte dalla giurisprudenza.

Oltre alla rappresentatività delle organizzazioni stipulanti, sono rilevanti: il numero dei datori di lavoro che dichiarano di applicare il contratto collettivo nazionale; il numero delle unità produttive facenti capo a tali datori; il numero dei lavoratori cui il contratto si applica; l'importo complessivo delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali. In questa direzione si è mosso anche l'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la circolare n. 3 del 2018, contenente direttive agli Ispettori per identificare situazioni aziendali di rischio e contrastare evasioni e omissioni contributive. La base di tali accertamenti dell'Inps è la normativa della legge 7 dicembre 1989 n. 389, modificata dall'art. 2, co. 25, l. 28 dicembre 1995 n. 549, secondo cui la retribuzione da prendere come base per i contributi previdenziali non può essere inferiore agli importi stabiliti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sulla scorta

di tale principio l'Ispettorato procede, di volta in volta, a identificare i contratti (considerati *contratti leader*) cui i datori di lavoro dei vari settori devono attenersi ai fini contributivi, pena le sanzioni di legge. Il rispetto di tali contratti da parte delle imprese è anche condizione per avere diritto a una serie di benefici fiscali e contributivi previsti da varie leggi. In tal modo si identificano, attraverso i soggetti stipulanti (rappresentativi), i contratti collettivi più rappresentativi agli effetti delle rilevanti disposizioni di legge.

Con tale attività le indicazioni del Cnel, verificate con gli organi pubblici ricordati e con le parti sociali, possono contribuire a dare basi oggettive e argomentate all'individuazione di tali contratti, da porre in evidenza nell'Archivio (con il c.d. *bollino blu*). La selezione dei contratti, autorevolmente avallata, serve a dare certezza alle imprese circa gli accordi da rispettare, fra quelli presenti nell'Archivio del Cnel, e garantisce così maggiore efficacia alle intese fra le parti.

In tal modo, pur non potendosi ottenere l'attribuzione di efficacia generalmente vincolante ai contratti collettivi – che soltanto la legge può disporre – si realizza tuttavia un rafforzamento indiretto dell'efficacia generale per la parte retributiva dei contratti oggettivamente più rappresentativi, nel rispetto della garanzia costituzionale secondo cui tutti i lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa e sufficiente (art. 36 Cost.). Tale garanzia, storicamente affermata dalla giurisprudenza fin dai primi anni '50 del secolo scorso, trova ora un sostegno su dati e criteri espressi dal Ministero del lavoro e dall'Inps grazie all'analisi tecnica del Cnel.

d) *Certificazione della rappresentatività sindacale e criteri per la rappresentatività delle associazioni datoriali.*

Si intuisce che la descritta attività di selezione dei contratti deve necessariamente giovare del buon funzionamento del sistema di misurazione della rappresentatività sindacale, che le parti sociali hanno ormai stabilito in uno specifico protocollo con l'Inps. Qui si prevede che la raccolta dei dati rilevanti (associativi ed elettorali) dei sindacati spetta all'Inps in collaborazione con l'Ispettorato del lavoro e si prevedono criteri per la ponderazione tra dato associativo e dato elettorale. Ma, trattandosi di un'operazione non semplicemente aritmetica e di evidente delicatezza, è opportuno che la certificazione dei suoi risultati sia affidata a un'istituzione terza come il Cnel.

Per completare il quadro della rappresentatività, anche per la certificazione dei contratti nazionali, manca peraltro un anello fondamentale, cioè la

definizione dei criteri di rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro. Il tema, sinora trascurato, è ormai diventato urgente in quanto la frammentazione del panorama associativo non si riscontra più soltanto nel campo sindacale, ma è cresciuta anche e soprattutto fra le associazioni datoriali e costituisce la causa forse prevalente della recente crescita del numero di contratti collettivi nazionali, molti dei quali sono spesso stipulati da associazioni datoriali sconosciute e inconsistenti. Il momento è maturo per definire criteri certi di accertamento della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro, della cui necessità peraltro sono ormai convinte le maggiori confederazioni datoriali: non solo Confindustria, ma anche altre importanti confederazioni.

Un'utile indicazione al riguardo può venire dalla recente legislazione francese (legge 17 agosto 2015 n. 994), che ha segnato il definitivo superamento, anche per le rappresentanze datoriali, della "rappresentatività presunta" affidata al mutuo riconoscimento dei soggetti contraenti. Nella normativa d'oltralpe si ritengono rilevanti vari criteri cumulativi: rispetto dei valori repubblicani; indipendenza e trasparenza finanziaria; attività negoziali da almeno due anni; autorevolezza legata all'attività svolta; infine il numero di imprese aderenti all'associazione, che è variabile a seconda dei livelli di negoziazione. La legge considera adesione l'iscrizione dell'impresa che abbia effettivamente versato contributi all'associazione. Per essere "rappresentativa", una confederazione datoriale deve esserlo almeno in due settori; e le federazioni, come le associazioni territoriali che la compongono, devono rappresentare l'8% delle imprese aderenti alle organizzazioni datoriali di quel settore. Analogamente, a livello categoriale, la rappresentatività è riconosciuta alle organizzazioni che rappresentano l'8% delle imprese aderenti alle organizzazioni datoriali del settore. Alcune sigle datoriali hanno sollevato obiezioni sui criteri fondati sul numero delle imprese aderenti anziché sul numero dei lavoratori. Questione sottoposta al Consiglio costituzionale francese.

Il Cnel ritiene opportuno che la scelta dei criteri di rappresentatività datoriale, come avvenuto per i sindacati dei lavoratori, sia definita anzitutto fra le parti sociali; e offre la sua collaborazione, se richiesta, per agevolare un accordo. Ove non si raggiunga alcun accordo, rimane l'urgenza, diffusamente condivisa da studiosi e operatori, che sia il legislatore a stabilire i criteri di rappresentatività: sia dei sindacati, sia delle associazioni datoriali. Un intervento necessario a porre termine a un'incertezza che pesa negativamente sul

nostro sistema di relazioni industriali. Anche su questo il Cnel è in grado di intervenire utilmente attraverso studi e valutazioni comparate, da elaborare con l'aiuto del Consiglio Economico e Sociale Europeo e dei Consigli Economici e Sociali – omologhi del Cnel – presenti in 21 paesi europei.

8. *Il Board per la competitività nazionale*

Vanno infine ricordate alcune attività, previste nel programma del Cnel per il 2018, di particolare rilievo nel momento presente. Anzitutto il Consiglio si candida a essere la sede istituzionale in cui incardinare il *National Competitiveness Board*, un organismo autonomo richiesto dall'Europa – ma non ancora istituito nel nostro paese – per esaminare tutti gli aspetti e le criticità della situazione competitiva dei vari paesi. La candidatura del Cnel, e le sue implicazioni, sono frutto di un esame con le parti sociali e di contatti coi ministeri competenti. Che si tratti di un tema di cruciale importanza, in particolare per l'Italia (ma non solo), è sotto gli occhi di tutti ed è testimoniato da molte indagini internazionali condotte al riguardo. Darvi seguito richiede naturalmente, oltre all'impegno del Consiglio, la partecipazione delle diverse istituzioni dotate di competenze in materia: dai Ministeri economici alla Banca d'Italia, dall'Istat all'Inps. Affinché il *Competitiveness Board* sia all'altezza delle richieste europee e delle aspettative del paese sarà dunque necessario mobilitare competenze scientifiche e istituzionali diverse, attingendo anche al patrimonio di conoscenze delle organizzazioni rappresentate nel Cnel. Un ruolo di rilievo potrà svolgere, anche a questo proposito, l'unità di ricerca, costituita in collaborazione con l'Università di Roma La Sapienza dedicata allo studio della complessità economica. Tale unità si avvale di un modello previsionale (sviluppato dal Prof. Luciano Pietronero), già utilizzato dalla Banca Mondiale per l'analisi delle economie di paesi come Cina e Brasile. Attualmente l'unità di ricerca sta provvedendo a testare il modello previsionale su alcune realtà regionali italiane, per individuarne le potenzialità di sviluppo economico.

Queste analisi sulla competitività saranno inserite in un programma generale di riflessioni e ricerche sulla sostenibilità economica e sociale dello sviluppo: problema sul quale il Cnel intende impegnarsi nei prossimi mesi (con la collaborazione del Prof. Enrico Giovannini). Si ritiene infatti che le valutazioni sulla competitività e sulle prospettive di sviluppo vadano condotte

avendo come parametro fondamentale di riferimento la sostenibilità e i suoi indicatori, individuati dai *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite.

9. *La blockchain per migliorare la conoscenza del mercato del lavoro*

Da ultimo va ricordato che è stato costituito presso il Cnel, in cooperazione con l'Università degli studi Roma Tre, l'Osservatorio italiano della *blockchain*, che opera in collaborazione con l'*EU blockchain Observatory* europeo lanciato dalla Commissione al fine di progettare e realizzare applicazioni della stessa tecnologia nel campo dell'economia e del mercato del lavoro. L'idea base (sviluppata dai Proff. Ciucciiovino e Faioli, esperti del Cnel) è di applicare la *blockchain* alla costruzione e all'alimentazione del fascicolo elettronico del lavoratore, che è uno strumento trasparente posto al centro di tutte le politiche attive del lavoro, dove confluiscono i dati – riferiti al singolo lavoratore – in possesso dei diversi soggetti della rete nazionale, in grado di tracciare i percorsi educativi, i periodi lavorativi, la fruizione di provvidenze pubbliche e i versamenti contributivi ai fini del godimento degli ammortizzatori sociali. Un sistema del genere consente di realizzare efficacemente il coordinamento dei sistemi formativi di tutti gli attori della rete nazionale di politiche del lavoro, senza la necessità di creare nuove banche-dati e dunque senza che sia necessario né il trasferimento né la duplicazione di banche esistenti. Come pure non sarà necessario il trasferimento di dati fra soggetti istituzionali, preservando così l'autonoma generazione e gestione delle rispettive fonti informative da parte dei diversi soggetti che sono in rete.

Lo strumento consente di superare gran parte delle resistenze e delle difficoltà che, fino a oggi, hanno rallentato la messa in atto del fascicolo elettronico del lavoratore e del sistema informativo unitario del lavoro, perché realizza un vero e proprio *data management* condiviso fra istituzioni pubbliche e private, che accedono alla rete nazionale. Instaurando una *blockchain* tra soggetti della rete nazionale, i diversi settori abilitati a partecipare rimangono nella piena titolarità ed esclusiva gestione delle proprie basi-dati e concorrono alla costruzione dei singoli blocchi della catena inserendo ciascuno i dati rilevanti per la parte di propria competenza.

La *blockchain*, insieme con l'applicazione di opportune tecniche di *machine learning* e di trattamento efficiente dei *big-data*, può concorrere a delinearne un'offerta lavorativa congrua e a favorire l'incontro tra chi domanda

e chi offre lavoro. Può anche servire a monitorare le *performance* dei soggetti accreditati per l'erogazione delle politiche attive, creando le condizioni per immettere principi di competizione virtuosa nel sistema.

10. *Proposte di cambiamento alle forze sociali e alla politica*

L'appello approvato dalla recente assemblea del Cnel non è solo una richiesta alla società organizzata di sostenere le buone ragioni dell'esistenza del Consiglio. Segnala anzitutto la volontà di coinvolgere tutte le sue espressioni in un dibattito aperto per ricercare proposte di cambiamento delle proprie strategie, da discutere insieme e da sottoporre alle forze sociali e alla politica.

Le esperienze passate, di cui qui si è fatta una breve sintesi, paiono sufficienti a convincere che la missione principale assegnata al Cnel dai Costituenti è ancora attuale: promuovere la razionalizzazione dei rapporti fra forze sociali e politica costituendo un ponte fra i due momenti, dell'analisi e della decisione, entrambi essenziali per una buona politica. Perciò l'attività del Cnel va potenziata e aggiornata, non ostacolata; bloccarla o sopprimerla significherebbe ridurre gli spazi della democrazia e non allargarli, come invece tutti auspicano.

In definitiva, e riepilogando, le stesse esperienze suggeriscono alcuni punti prioritari, su cui discutere per un cambiamento del Cnel che risulti effettivamente utile al paese: a) rendere le sue strutture e regole di funzionamento più efficienti, come si è già cominciato a fare con il nuovo regolamento approvato dall'assemblea; b) aprire l'interlocuzione con nuove espressioni della società organizzata non ancora presenti nel Cnel: a cominciare dalle nuove professioni e dai nuovi lavori, per i quali si è già avviata la costituzione di un'apposita Consulta rappresentativa; c) attivare forme di consultazione diretta e sistematica dei cittadini, secondo le norme del nuovo regolamento, affrontando i temi del futuro dell'Europa in vista delle prossime elezioni del Parlamento europeo; d) potenziare alcune attività, in particolare l'identificazione dei contratti collettivi più rappresentativi, essenziali per il miglioramento delle relazioni industriali, per dare certezza alle parti circa i loro diritti e obblighi e per combattere abusi e sottosalari; e) impegnare il Cnel, in collaborazione con altre istituzioni pubbliche competenti e tramite l'uso di nuove tecnologie, sui grandi temi dell'efficienza del mercato del la-

voro, della competitività del paese e delle sue prospettive di sviluppo; f) inserire le analisi sull'efficienza e sulla competitività – sia del settore privato, sia delle pubbliche amministrazioni – in un programma generale di ricerche sulla sostenibilità economica e sociale dello sviluppo: secondo gli indicatori di benessere e i parametri individuati dai *Sustainable Development Goals* delle Nazioni Unite.

Pietro Lambertucci
Organizzazione dell'impresa
e contrattazione collettiva territoriale:
vecchi e nuovi problemi*

Sommario: **1.** Introduzione e delimitazione del campo di indagine. **2.** Ordinamento sovranazionale e autonomia collettiva: cenni. **3.** La contrattazione collettiva nei gruppi e reti di imprese. **4.** La contrattazione nei distretti e la contrattazione territoriale. **5.** La rappresentatività territoriale tra art. 8 della legge n. 148 del 2011 e Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014. **6.** Rilievi conclusivi: verso una legge di attuazione dell'art. 39 della Costituzione?

1. Introduzione e delimitazione del campo di indagine

Un'indagine che intenda esaminare le ricadute, sul piano della tutela dei lavoratori, delle trasformazioni degli assetti organizzativi dell'impresa, necessita di una preliminare individuazione del campo di osservazione coinvolto, nella consapevolezza che la "trasformazione" dei medesimi può essere apprezzata su diversi piani, che potrebbero innescare diversificati ambiti di ricerca.

Sotto un primo profilo l'espressione può evocare, ad un tempo, sia le operazioni di abbandono di "segmenti" della produzione attraverso il complesso fenomeno che viene riassuntivamente individuato nel c.d. decentramento produttivo (appalto, subfornitura, trasferimento d'azienda)¹ sia le diverse politiche "gestionali" le quali, a seguito dell'attuazione delle operazioni di cui sopra, intendono avvalersi di temporanei o articolati moduli

* Questo saggio è destinato agli scritti in onore di Carlo Cester.

¹ V., sul punto, da ultimo, GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alla Giornate di Studio AIDLASS di Cassino 2017; per un efficace riepilogo, v. anche GRECO M.G., *Il rapporto di lavoro nell'impresa multidatoriale*, Giappichelli, 2017, p. 13 ss.

contrattuali (il contratto di lavoro a tempo determinato o a tempo parziale, la somministrazione di lavoro) ovvero anche – e il fenomeno è in vistosa crescita – di figure di lavoratori c.d. indipendenti (lavoratori autonomi che infoltiscono le fila di quei lavoratori economicamente “dipendenti” e spesso con vincolo di “monocommittenza”)².

Si tratta, spesso, di assetti organizzativi che vedono un’impresa “agile” sul piano dell’organizzazione delle risorse umane, la quale tende a ridurre l’incidenza del lavoro subordinato (soprattutto a tempo indeterminato) e che, nella misura in cui punta ad una “costellazione” anche di lavori non *standard* e collaborazioni autonome, impone anche una riconsiderazione del “perimetro” della stessa nozione di subordinazione (*ex art. 2094 del codice civile*), come si è assestata, nel tempo, nei percorsi giurisprudenziali. In altre parole, si rendono sempre più evanescenti i “confini”, tradizionalmente intesi, della subordinazione, nella parte in cui l’organizzazione produttiva tende a assestarsi su modelli relazionali che mirano a rendere sempre più significativi i profili dell’inserimento stabile nell’organizzazione aziendale.

Su questi aspetti si è ormai assestata un’abbondante letteratura alla quale si può tranquillamente rinviare³, con l’avvertenza preliminare che i predetti fenomeni organizzativi e gestionali devono stimolare gli interpreti ad una riflessione più generale, nella quale, d’altronde, riaffermare pur sempre la “centralità” del lavoro e della sua tutela, atteso che il “fattore lavoro” è comunque un motore determinante per lo sviluppo dell’impresa.

Sotto altro versante lo stesso mutamento della “natura giuridica” dell’impresa, nei diversi risvolti delle fusioni o scissioni, ovvero della trasformazione della stessa, implica un’attenta verifica, in modo che il mutamento dell’“identità” della medesima non operi a detrimento delle tutele dei lavoratori. Si tratta allora di predisporre una rete di “protezione” che faccia emergere come le operazioni che, sul piano generale, sono precipuamente dirette a profili patrimoniali o veicolate da esigenze concorrenziali e di mercato, non debbano costituire anche l’occasione per un indebolimento della protezione dei diritti dei lavoratori.

Si vuole, viceversa, in questa sede, aprire un altro fronte di indagine, che

² Cfr., per tutti, SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. n. 327/2017*, p. I ss. nonché PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuovi lavori*, in *DL, 2000, I, p. 303 ss. e 306*.

³ Per i riferimenti v., per tutti, GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni*, cit., p. 12.

riguarda il “ruolo” dell'autonomia collettiva nelle diverse e multiformi vicende che caratterizzano gli assetti organizzativi dell'impresa e, in tale ambito, non verranno presi in considerazione i diversi aspetti di “controllo sindacale” sui fenomeni di decentramento produttivo oggetto ormai di una consolidata riflessione, che ne ha individuato le potenzialità ed i limiti⁴, e neppure, sotto altro versante, in una posizione più radicale, sullo stesso cambiamento della struttura “morfologica” dell'impresa. Siamo transitati, infatti, dall'impresa manifatturiera alla quarta rivoluzione industriale e all'inizio dell'era dell'impresa *digitalizzata*, che, se già pone complessi interrogativi sulla disciplina applicabile al rapporto di lavoro⁵, ancora maggiori ne solleva con riguardo ai profili di “emersione” di un possibile “interesse collettivo”⁶. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità, per il sindacato, di “aggregare” i nuovi scenari, che, a fronte dei sempre più sofisticati strumenti di lavoro utilizzati per rendere la prestazione lavorativa, pongono il problema del potenziale bilanciamento tra potere di controllo del datore di lavoro e protezione della riservatezza dell'individuo (lavoratore)⁷.

Iniziando a delineare la traiettoria della presente indagine si vuole aprire una duplice prospettiva che accomuna le parti sociali, le quali un ruolo centrale assumono (soprattutto a livello comunitario) nell'ambito degli sviluppi del dialogo sociale europeo⁸ con indubbe ricadute sul piano dei diritti nazionali, mentre, allo stesso modo, l'autonomia collettiva si manifesta, per un verso, in chiave di controllo dei fenomeni aggregativi (i cc.dd. gruppi di imprese) o reticolari (le c. d. reti di imprese), mediante gli accordi transazionali e, per altro verso, nei nuovi scenari, i quali, sotto il versante “micro”, valorizzano la contrattazione territoriale ed aziendale⁹.

⁴ V., da ultimo, l'ampia panoramica offerta da BASENGHI, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS di Cassino, 2017.

⁵ V. per il vivace dibattito e da ultimo, TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi*, Giappichelli, 2017.

⁶ V., sul punto, FORLIVESI, *Interessi collettivi e rappresentanza dei lavoratori del web*, in TULLINI, *op. cit.*, p. 179 ss.

⁷ Cfr., per tutti, sempre FORLIVESI, *Il controllo della vita del lavoratore attraverso i social network*, in TULLINI, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁸ V., da ultimo, PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Il Mulino, 2011.

⁹ Per il rilievo della contrattazione territoriale all'interno degli orientamenti delle parti sociali e del legislatore, v. TOSI, “Territoriale” e “aziendale” nella contrattazione collettiva di secondo livello, in AA., *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, 2014, p. 385 ss.

Questa duplice chiave di indagine¹⁰ – sulla quale si confronta il complesso equilibrio tra poteri del datore di lavoro e ruolo della mediazione sindacale nella sintesi degli interessi individuali – verrà richiamata non tanto per seguirne gli sviluppi evolutivi, connotati da luci ed ombre¹¹, con una finalità prevalentemente riepilogativa, quanto per interrogarci su un profilo “centrale” per lo stesso sindacato, a prescindere dallo spazio che sarà riuscito a conquistarsi nei diversi ambiti della consultazione e negoziazione: l’individuazione dell’interlocutore sindacale e la “tenuta” della contrattazione collettiva nei confronti dei singoli, in una prospettiva che può costituire anche un efficace collante tra diritto nazionale e diritto comunitario.

2. Ordinamento sovranazionale e autonomia collettiva: brevi cenni

Sotto quest’ultimo profilo, infatti, un ruolo centrale riveste l’autonomia collettiva nel quadro del dialogo sociale europeo, nelle due varianti dell’accordo collettivo “presupposto” degli atti normativi comunitari, ovvero dell’accordo collettivo “autonomo”¹². Anche per l’esperienza dei comitati di settore per il dialogo sociale transnazionale¹³, se un ruolo fondamentale spetta alle istituzioni comunitarie e alle associazioni sindacali a livello comunitario¹⁴, non deve essere trascurata l’azione esercitata dalle parti sociali a livello nazionale¹⁵.

¹⁰ Per un accenno v. LEONARDI, *Dialogo sociale e contrattazione collettiva nell’ordinamento comunitario*, in GUARRIELLO e LEONARDI (a cura di), *Globalizzazione e relazioni industriali*, Ediesse, 2003, p. 29 ss. e 31.

¹¹ Per una recente rilettura, in chiave sostanzialmente pessimistica, delle vicende evolutive della contrattazione collettiva v. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, p. 877 ss.

¹² Per una brillante ricostruzione del dialogo sociale come strumento di *governance* e di democrazia partecipata e degli accordi come fonti dell’ordinamento della UE con forza di *soft law* di natura autonoma v, sempre, PERUZZI, *L’autonomia*, cit., *passim*.

¹³ V., per un efficace riepilogo ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in *DLRI*, 2007, p. 541 ss. e, da ultimo, PERUZZI, *Accordi e disaccordi nella dimensione transnazionale della rappresentanza*, in *LD*, 2014, n. 1, p. 101 ss.

¹⁴ Per una rivisitazione del “ruolo” delle federazioni europee di settore v. PERUZZI *Accordi*, cit., p. 119 ss.

¹⁵ Cfr., sul punto, ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit., p. 544, il quale opportunamente puntualizza che tale azione è necessaria ai fini dell’effetto vincolante degli accordi transnazionali raggiunti e al loro impatto sulle condizioni di lavoro.

D'altronde gli interpreti che hanno maggiormente studiato gli scenari aperti dalla transnazionalizzazione della contrattazione collettiva, quale effetto della globalizzazione e dell'integrazione dei mercati, hanno messo efficacemente in rilievo il necessario "raccordo" con i criteri nazionali di "rappresentatività" degli agenti negoziali e di conferimento di poteri ai soggetti transnazionali¹⁶.

Una conferma di ciò può trarsi anche dall'esperienza dei Comitati aziendali europei¹⁷, per i quali la direttiva comunitaria n. 38 del 2009 probabilmente ne incentiva le funzioni, anche nella dimensione della negoziazione transnazionale¹⁸, il che implica la necessità di un raccordo con la realtà sindacale nazionale, cioè con la predeterminazione dei soggetti collettivi, ai quali spetta l'iniziativa per la costituzione dei Comitati aziendali europei¹⁹. Sulla costituzione di questi ultimi, peraltro, si scarica, sul piano del diritto interno, la frammentazione della rappresentanza sindacale a livello di impresa²⁰, il che implicherebbe quantomeno una sua formalizzazione – sul piano negoziale o legislativo – nei rapporti di "rappresentanza" con i lavoratori.

¹⁶ V., in tal senso, SCIARRA, *Autonomia collettiva transnazionale*, in *Lessico giuslavoristico*, coordinato da PEDRAZZOLI, University Press, 2011, p. 1 ss. e 4 e ID., *Uno sguardo oltre la Fiat. Aspetti nazionali e transnazionali della contrattazione collettiva della crisi*, in *RIDL*, 2011, III, p. 169 ss. e 186, la quale ulteriormente puntualizza che è indispensabile la chiara formalizzazione, a livello nazionale, "...delle regole sulla rappresentanza dei lavoratori e sui vincoli di mandato che chiariscono l'autorità degli agenti negoziali, sul conferimento agli stessi di poteri certi, ancorché diversificati per ciascuna sede negoziale."

¹⁷ Per un inquadramento sistematico delle significative esperienze applicative v. GUARRIELLO e LEONARDI, *op. ult. cit.*

¹⁸ V., in tal senso, SCIARRA, *Uno sguardo*, cit., p. 173. Per lo stato dell'arte sulle funzioni dei Comitati aziendali europei v., da ultimo, LOFFREDO, *Democrazia aziendale imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale scientifica, 2018, p. 45 ss.

¹⁹ Per una sintesi aggiornata cfr. CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*, Utet, 2018, p. 181 s. e BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, p. 201 ss.

²⁰ V., per tale profilo, GUARRIELLO, *Comitati aziendali europei: tempo di bilanci*, in GUARRIELLO e LEONARDI, *op. cit.*, p. 115 ss. e p. 21 ss., la quale rileva che la mancata generalizzazione delle rappresentanze sindacali aziendali in tutti i settori produttivi e la conseguente frantumazione della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro rendono più difficoltosa la designazione dei rappresentanti italiani nel Comitato aziendale europeo.

3. *La contrattazione collettiva nei gruppi e reti di imprese*

Un'altra significativa indicazione può essere tratta dai fenomeni dei gruppi d'impresa dove può svilupparsi una contrattazione collettiva di sicuro interesse, sul piano di un modello più partecipativo che conflittuale²¹, per la capacità di cogliere, come è stato felicemente scritto, le relazioni tra le varie imprese del gruppo e la sua realtà unitaria²². Anche in questo caso il problema fondamentale attiene alla predeterminazione dell'interlocutore sindacale negoziale, che, nel nostro diritto interno, diversamente dal sistema di relazioni industriali operante in altri paesi europei²³, implica di riferirsi ai modelli di rappresentanza sindacale esistenti nei luoghi di lavoro (rappresentanze sindacali aziendali o rappresentanza sindacale unitaria dell'impresa capo gruppo e "coordinamento" con le rappresentanze sindacali esistenti nelle altre imprese del gruppo)²⁴, senza peraltro escludere la "dimensione territoriale"²⁵, della quale ci occuperemo successivamente²⁶. Inoltre la contrattazione collettiva può assumere un ruolo di rilevante centralità all'interno anche delle reti di impresa²⁷, per soddisfare, come è stato sottolineato dagli interpreti, le esigenze di "coordinamento" dei vari nodi della rete²⁸. Come è stato ulte-

²¹ V., per tale conclusione, TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in DLRI, 1988, p. 641 ss. e p. 647 ss.; ID., *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro, Mercato, concorrenza, regole*, 2012, n. 1, p. 7 ss. e p. 28 ss. Per la disciplina dei gruppi di impresa cfr., per tutti, PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridici del lavoro*, Cacucci, 2005 e, da ultimo, DE SIMONE, *I gruppi di imprese*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in PERSIANI e CARINCI E (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, 2012, p. 1509 ss.; per il possibile ruolo dell'autonomia collettiva v. TINTI, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro: profili collettivi*, in DRI, 1991, n. 2, p. 95 ss. e 99.

²² TREU, *Trasformazioni*, cit., p. 29

²³ Per lo sguardo comparato, oltre allo studio di TREU, *Gruppi*, cit., p. 641 ss., v. LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Giappichelli, 1996, p. 168 ss. e PERULLI, *Gruppi di imprese, reti di imprese e codatorialità: una prospettiva comparata*, in RGL, 2013, I, p. 83 ss. e p. 109 ss.

²⁴ V., per tutti, LUNARDON, *op. cit.*, p. 219 ss., la quale, per quanto riguarda la controparte datoriale, puntualizza che quest'ultima, nel nostro sistema di relazioni industriali, può essere individuata "...tanto nei datori di lavoro – solo o tra loro aggregati – piano individuale – quanto nelle associazioni datoriali territoriali esterne – piano collettivo." (p. 264).

²⁵ V., sul punto, sempre LUNARDON, *op. cit.*, p. 270, nonché LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 387.

²⁶ Si veda *infra* n. 4.

²⁷ V., sul punto, per tutti, ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, 2014, p. 255 ss e. da ultimo, MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, 2018, p. 239 ss. e p. 254 ss.

²⁸ V., in tal senso, ALVINO, *Il lavoro*, cit., p. 295 ss. al quale si deve anche una dettagliata

riormente segnalato il vantaggio comparato dei sistemi reticolari risiede nella maggiore flessibilità nell'impiego dei fattori produttivi rispetto a ciò che accade nella grande impresa verticalmente integrata, con riferimento, in particolare, alla circolazione delle risorse umane e della conoscenza della quale esse dispongono²⁹, che può essere efficacemente veicolata dalla contrattazione collettiva³⁰.

Allo stesso modo, anche laddove la legge, in modo alquanto singolare, tace, come in merito alla disciplina del lavoro agile³¹, recentemente introdotto dalla legge 22 maggio 2017, n. 81, un ruolo significativo può assumere la contrattazione collettiva³², senza dimenticare, sotto altro profilo, il sistematico rinvio alla contrattazione collettiva previsto dal d.lgs. n. 81 del 2015 in materia di contratti di lavoro flessibili³³.

sintesi sui possibili interventi della contrattazione collettiva, con riguardo anche a forme di responsabilità sociale di impresa, accrescimento della competitività e produttività delle imprese, nonché di miglioramento delle condizioni complessive di lavoro (ad esempio forme di *welfare* aziendale) (p. 299).

²⁹ V. CAFAGGI, *Premessa* in CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Il Mulino, 2004, p.VII ss. e p. XVI; v., anche per la mobilità interaziendale e il frequente passaggio dal rapporto di lavoro dipendente a quello autonomo, quali caratteristiche precipe del mercato del lavoro nei distretti, ORLANDINI, *Diritto del lavoro e regolazione delle reti*, in CAFAGGI, *op. cit.*, p. 281 ss. e 310: per un'esperienza applicativa v. RAZZOLINI, *Le reti Gucci ed Esaote. Un'analisi di diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2016, p. 105 ss.

³⁰ Come osserva anche ORLANDINI, *op. cit.*, p. 312 "La risposta alle forme di scomposizione orizzontale del ciclo produttivo non può fare a meno della dimensione collettiva; il contratto collettivo sembra infatti lo strumento ideale per identificare regole di governo dei rapporti di lavoro nella rete, condivise dagli attori che la compongono." (e, per alcune applicazioni, p. 321).

³¹ V., nella manualistica, da ultimo, GHERA, GARILLI, GAROFALO D, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Gappichelli, 2018, p. 405; cfr. anche SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2017, p. 247; e NAPPI, *Riforma del lavoro autonomo, lavoro agile e altri esercizi stilistici parlamentari di una legislatura incompiuta*, in *DML*, 2017, n. 2, p. 197 ss. e 216.

³² V.l'approfondito studio di OCCHNO, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, Intervento ai Seminari di Bertinoro, *II. Il rilancio del lavoro autonomo del lavoro agile nell'era digitale*, Bologna 6-7 dicembre 2017, dattiloscritto, p. 6 ss.; cfr. anche 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. n. 335/2017*, p. 3 ss. e p. 24 ss.; TOMMASSETTI, TURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, Adapt, e.Book serie n. 50, p. 75 ss., da ultimo VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale*, Jovene, 2018, nonché SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, p. 119 ss.

³³ V., per tutti, ALVINO, *Il micro – sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 2016, p. 657 ss. e ID., *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Jovene, 2018, *passim*.

4. *La contrattazione nei distretti e la contrattazione territoriale*

Un altro terreno di indagine è quello che attiene alla dimensione territoriale³⁴, laddove in quest'ultima può efficacemente svilupparsi un'organizzazione reticolare di imprese e, soprattutto, di piccole imprese³⁵, con l'eventuale sostegno delle istituzioni bilaterali e della *governance* locale³⁶, nelle quali, come è stato riassuntivamente rilevato, il territorio diventa "...un potenziale livello di regolazioni del lavoro incentivate con risorse normative o economiche di carattere pubblico"³⁷.

Le esperienze di contrattazione territoriale sono alquanto variegata³⁸; per alcune sono state individuate luci ed ombre (come, ad esempio, la programmazione negoziata)³⁹, mentre altre sono ormai ridimensionate sul piano applicativo (come i contratti di riallineamento), nonostante la validità – come si vedrà in seguito – del modello teorico di riferimento. Altre ancora, viceversa, sono intimamente collegate – come si dirà subito – ai distretti indu-

³⁴ Sulla contrattazione territoriale resta fondamentale l'indagine sistematica di LASSANDARI, *op. cit.*, p. 407 ss.; da ultimo, per una fine analisi anche delle sue criticità, v. ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, in *RGL*, 2015, I, p. 29 ss. e ID., *Prospettive e proposte per nuove relazioni sindacali a livello territoriale*, in *QRS*, 2015, n. 2, p. 13 ss.

³⁵ Come osserva ORLANDINI, *op. cit.*, p. 327: il livello territoriale si caratterizza come la "sede naturale" di contrattazione decentrata per le piccole e medie imprese; sul punto cfr. anche D'ARCANGELO, *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Gappichelli, 2012, p. 177 ss.

³⁶ Come sottolinea efficacemente TREU, *Trasformazioni*, cit., p. 32 questo paradigma produttivo è appoggiato su un particolare intreccio di aspetti economici, socio-culturali e istituzionali; per tali interrelazioni, con riferimento all'esperienza dei distretti, v. TRIGILIA, *La regolazione localistica: economia e politica nelle aree di piccola impresa*, in *SM*, 1985, p. 181 ss. e, per un'efficace descrizione dei distretti e reti di imprese, v., per tutti, CAFAGGI, *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in CAFAGGI, *op. cit.*, p. 1 ss. e p. 31 ss.

³⁷ Così, ZOPPOLI L., *Istituzioni*, cit., p. 39.

³⁸ V., sul punto, in primo luogo, l'ampia trattazione di L. D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 69 ss.; per le diverse esperienze di concertazione e contrattazione territoriale, senza pretesa di completezza, v. VISCOMI, *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, in *LD*, 2004, n. 2, p. 335 ss.; COSTANTINI, *Verso una nuova stagione di concertazione territoriale*, in *LD*, 2005, n. 1, p. 27 ss.; REGALIA, *La concertazione territoriale*, *L'Annuario del lavoro*, 2014, p. 241 ss. e ID., *Oltre la contrattazione di secondo livello. Note sulla concertazione a livello locale*, in *RGL*, 2015, I, p. 97 ss.; ANDREONI, *Limiti e problemi della contrattazione territoriale*, in *RGL*, 2015, I, p. 31 ss.; DE FELICE, *Potere locale e metodo concertativo fra i due secoli. Cronaca di una bruciante illusione*, in *RGL*, 2015, I, p. 79 ss.; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 29 ss.

³⁹ V., in particolare, DE FELICE, *op. cit.*; cfr. anche ZOPPOLI L., *Istituzioni*, cit., p. 34; per l'esperienza dei contratti d'area v. RICCI *Ruolo delle parti sociali e contratto d'area: il caso di Manfredonia*, in *RGL*, 2002, I, p. 639 ss.

striali ovvero all'organizzazione reticolare di impresa, senza trascurare la stessa concertazione territoriale, avviata dalle autonomie locali con le parti sociali, in via formale ed informale, negli interventi di politica sociale ovvero nelle politiche pubbliche socio-assistenziali⁴⁰.

Ad esempio, per quanto riguarda l'esperienza dei distretti, la contrattazione collettiva costituisce un volano che, come è stato incisivamente rilevato, ha permesso la gestione attiva del processi di innovazione e riposizionamento industriale, di mobilità e di riconversione del personale⁴¹.

Un'indagine sul campo, con riferimento all'esperienza dei distretti industriali, nelle diverse modalità ed articolazioni, ha infatti messo in luce che, laddove si stabilisce un coinvolgimento delle organizzazioni sindacali all'interno del comitato di distretto⁴², si realizza comunque un processo di concertazione a livello *territoriale* che vede insieme le amministrazioni ed istituzioni locali, economiche e politiche⁴³, e diventa anche un modo per rilanciare il "ruolo" della contrattazione collettiva⁴⁴.

In tale ambito un passaggio fondamentale assume, pertanto, la contrattazione collettiva di ambito territoriale (a livello provinciale, ma anche regionale) secondo anche esperienze maturate e consolidate in alcuni settori produttivi⁴⁵ e secondo il perimetro applicativo della contrattazione

⁴⁰ V. sul punto, BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *DRI*, 2018, p. 12 ss. p. 36.

⁴¹ V., per tali puntualizzazioni, TREU, *Trasformazioni*, cit., p. 33 il quale rileva come tali processi sono avvenuti in situazioni complesse di governo delle ristrutturazioni.

⁴² V. il Rapporto del CNEL, *I lineamenti fondamentali della contrattazione territoriale contenuta nell'archivio del CNEL e la contrattazione territoriale nei distretti industriali*, Roma, 2004, p. 62 ss., nel quale vengono segnalati i casi della presenza delle organizzazioni sindacali nella composizione del comitato di distretto (pp. 99, 103, 106, 113).

⁴³ V. sempre il Rapporto del CNEL, *I lineamenti*, cit., p. 67 nel quale opportunamente si puntualizza che nel distretto industriale vi è la presenza di sotto-sistemi (famiglie, imprese, altre istituzioni), ma soprattutto una rete di relazioni che tengono insieme quei sotto-sistemi., con un modello di produzione industriale nel quale si realizza una connessione tra sfera sociale, politica ed economica.

⁴⁴ V. il Rapporto del CNEL. *I lineamenti*, cit., p. 56.

⁴⁵ V., per un efficace riepilogo dei consolidati e recenti paradigmi della contrattazione territoriale, GAROFALO D., *Gli accordi territoriali*, in *MGL*, 2012, p. 171 ss. il quale, inserisce, del pari, in tale ambito, anche la contrattazione collettiva "di rete" (p. 176 ss.); sull'esperienza della contrattazione collettiva in agricoltura e in edilizia cfr. anche le considerazioni di TOMMASETTI, *L'Osservatorio "Fare Contrattazione" di Adapt*, in ALESSI e GUAGLIANONE (a cura di) di), *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva di secondo livello*, Aracne, 2017, p. 169 ss. e p. 184 sul raccordo tra istanze territoriali e rispettive centrali confederali.

d'area⁴⁶, nell'ulteriore considerazione che, come è stato felicemente rilevato, proprio nella contrattazione territoriale si può individuare uno dei fattori chiave dello sviluppo locale⁴⁷.

A questo punto, per fare una mappatura territoriale dello sviluppo e delle dinamiche della contrattazione collettiva, nelle aree del centro nord, di più consolidata presenza sindacale, si è sviluppata una contrattazione territoriale, sostanzialmente unitaria, con le organizzazioni sindacali territoriali, emanazione delle grandi e tradizionali confederazioni sindacali, con un rapporto sinergico, a livello aziendale, con le rappresentanze esistenti nei luoghi di lavoro⁴⁸. Tuttavia la contrattazione collettiva territoriale, pur rivestendo un significativo rilievo anche sul piano dei rapporti tra parti sociali (individuate a livello regionale o locale) e pubblici poteri, sfugge spesso alla possibilità di costruire un osservatorio a livello territoriale⁴⁹. Non va neppure trascurato che, in presenza, peraltro di realtà produttive di ridotte dimensioni che sfuggono al "controllo" sindacale, può ipotizzarsi un ricorso all'art. 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148, di incentivazione della contrattazione collettiva di prossimità, con efficacia generalizzata e valenza derogatoria rispetto alla contrattazione di livello superiore⁵⁰.

Tale rilievo si salda direttamente con il nostro tema di indagine, in quanto proprio l'art. 8 della l. 148/2011 viene richiamato dagli interpreti anche per la regolamentazione collettiva applicabile ai distretti industriali o alle reti di imprese⁵¹.

⁴⁶ Per una rassegna sistematica v. sempre D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 173 ss.

⁴⁷ V., per tale conclusione, ORLANDINI, *op. cit.*, p. 226, il quale precisa che i sindacati sono interessati a tutelare il lavoratore soprattutto nel mercato del lavoro esterno alla fabbrica, sul quale il contratto territoriale consente di incidere.

⁴⁸ Per un'accurata indagine sulla contrattazione collettiva territoriale, oltre agli Autori già citati (v. nt. 38), cfr. ALBERTINI e CASTELLANI, *L'evoluzione della contrattazione decentrata in provincia di Brescia dal 2008 al 2014*, in ALESSI e GUAGLIANONE (a cura di), *op. cit.*, p. 111 ss. e 118; GUAGLIANONE, *Relazioni industriali e processo decisionali dell'impresa nell'area bresciana*, *ivi*, p. 133 ss. nonché TOMMASSETTI, *op. cit.*, p. 169 ss.

⁴⁹ BAVARO (a cura di), *Indagine sulle relazioni industriali in Puglia*, Cacucci, 2016; ed, in particolare, ID., *Sulle relazioni industriali territoriali (note su un' indagine in Puglia)*, *ivi*, p. 7 ss. e 12; VOZA, *Il ruolo delle parti sociali nella legislazione regionale pugliese dell'ultimo decennio*, *ivi*, p. 33 ss. e p. 47 ss., nonché RECCHIA, *La gestione della crisi e il ruolo dell'attore pubblico regionale*, *ivi*, p. 63 ss.

⁵⁰ Per un riepilogo del dibattito sull'art. 8 della legge n. 148 del 2011 v., da ultimo, LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Gappichelli, 2017, p. 105 ss. e OLIVELLI F., *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Giuffrè, 2016, p. 189 ss.

⁵¹ V. in tal senso, ALVINO, *Il lavoro*, *cit.*, p. 306 ss.; D'ARCANGELO, *op. cit.*, p. 205 ss.; ZILIO

A questo punto si tratta di aprire un duplice confronto sul piano dei soggetti collettivi stipulanti, con riguardo sia all'art. 8 della l. 148/ 2011 che agli scenari prefigurati dal Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014, arricchito con il recente accordo del 9 marzo 2018.

5. *La rappresentatività territoriale tra art. 8 della legge n. 148 del 2011 e Testo unico della rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*

Se, pertanto, il problema centrale rimane quello della scelta dell'interlocutore⁵² allora occorre esaminare bene gli spazi che aprono sul punto il legislatore ordinario e le parti sociali, anche perché la crescita di sistemi a rete d'impresa competitivi non può prescindere da regole certe in materia di rappresentanza sindacale e di efficacia soggettiva della contrattazione⁵³ e, sotto questo profilo, considerare il ruolo dell'autonomia collettiva nell'equilibrio con la tutela degli interessi dei lavoratori.

A questo punto della ricerca bisogna sottolineare – senza che tale approfondimento debba ritenersi ultroneo in quanto costituisce il segnale del predetto ruolo assegnato all'autonomia collettiva – che il legislatore da tempo, e con significati non sempre univoci, opera un rinvio alla contrattazione collettiva come strumento di integrazione, specificazione o deroga al precetto legale⁵⁴, rinvio che, secondo una recente rivisitazione, avrebbe trovato nell'art. 51 d.lgs. 81/2015, anche la chiave di volta del sistema⁵⁵. Tuttavia la disposizione in discorso – al di là dell'amplificazione del suo significato ad opera del dibattito dottrinale – si limita solo a “rinviare” agli assetti delle relazioni sindacali che si sono consolidati nel tempo (senza neppure intervenire, a nostro avviso, sui rapporti tra le stesse fonti collettive)⁵⁶.

GRANDI, *La contrattazione collettiva nella rete di imprese*, in ZILIO GRANDI e BIASI (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Wolters Kluwer, 2014, p. 163 ss. p. 170 ss.; MOCELLA, *op. cit.*, p. 259 ss.

⁵² V., con riguardo alla contrattazione nei gruppi di imprese, LUNARDON, *op. cit.*, p. 376.

⁵³ Cfr. sul punto, anche ORLANDINI, *op. cit.*, p. 335 ss.; ZOPPOLI L., *Prospettive*, cit. p. 25 ss., avverte che le relazioni industriali a livello territoriale hanno bisogno di regole chiare per la rappresentatività degli attori.

⁵⁴ Per la più recente trattazione sistematica v. ALVINO, *I rinvii*, cit., *passim*.

⁵⁵ V., in tal senso, ALVINO, *I rinvii*, cit., p. 126 ss.; cfr. anche GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Cedam, 2017, p. 101 ss. per il quale l'art. 51 si configura come una *norma-grimaldello*.

⁵⁶ Sul punto ci permettiamo di rinviare a LAMBERTUCCI, *Il contratto collettivo aziendale nel-*

Infatti, a ben guardare – e al di là di un’indagine sulle ragioni di fondo di tale sistematico rinvio nonché delle diverse prospettive dal quale tale fenomeno può essere apprezzato sul piano dell’analisi storica, profili che, comunque, esulano dalla presente indagine – preme rilevare che il legislatore fissa delle regole di “competenza”, anche diversamente modulate, in favore dell’autonomia collettiva⁵⁷, la quale poi potrà intervenire sul piano delle relazioni sindacali, all’interno della cornice costituzionale che ne protegge la libera autodeterminazione (art. 39, co.1, Cost.).

Il precetto costituzionale, infatti, funge, al tempo stesso, da garanzia in positivo della libertà di contrattazione collettiva, ma anche da “limite”, in negativo, del rispetto, da parte del legislatore, degli equilibri che si consolidano nel sistema delle relazioni industriali, nel senso che il primo ne potrà “fotografare” gli svolgimenti, eventualmente recependo in legge gli assetti dell’ordinamento intersindacale.

Tale rilievo conduce ad una prima conclusione: con la tecnica del rinvio legale si devolve a quello che sono i “moduli” di rappresentanza prevalenti sul piano della singola impresa (rappresentanze sindacali aziendali e/o unitarie) ovvero, sul piano generale, alla rappresentatività sindacale (comparata), senza, tuttavia, che ne possano essere predeterminate le regole sull’articolazione e derogabilità dei diversi livelli di contrattazione collettiva, pena la patente violazione dell’art. 39, primo comma, della Costituzione. Allo stesso modo e, sul piano dell’opportunità, si demanda all’autodeterminazione delle parti sociali sia la necessità di riempire di “contenuto” la nozione di rappresentatività sindacale, nonché l’esplicitazione delle modalità di esercizio della titolarità negoziale della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro.

Il punto di riferimento non potrà che inevitabilmente essere costituito dal Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 2014, alla cui stregua riempire di contenuto, sul piano delle relazioni industriali, le norme di rinvio legale (per tutte l’art. 51 d.lgs. 81/ 2015) ovvero la stessa disciplina di promozione della contrattazione di prossimità (art. 8 l. 148/2011), in quanto

l’assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro tra autonomia e decentramento controllato, in CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Le riforme del quinquennio 2011-2015. Studi in onore di DE LUCA TAMAJO*, Editoriale scientifica, 2018, vol. II, p. 1001 ss. e 1014.

⁵⁷ Per uno sviluppo di tale profilo si veda, da ultimo, COMANDÈ, *Dall’inderogabilità alla competenza*, Jovene, 2017.

il primo costituisce espressione di quell'ordinamento intersindacale⁵⁸, che, attraverso la funzione di “cerniera” assolta dal precetto costituzionale, entra in comunicazione con l'ordinamento statale, mentre i secondi conferiscono poteri e facoltà all'autonomia collettiva, alla luce delle dinamiche delle relazioni collettive definite dal primo. Alla stregua, infatti, dell' art. 8 della l. 148/2011 per i soggetti stipulanti si rinvia alle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o – per quanto specificamente interessa in questa sede – territoriale ovvero alle *loro* rappresentanze sindacali operanti in azienda.

È lampante che la disposizione in discorso, per calarsi sull'assetto delle relazioni industriali, deve trovare, per utilizzare le felici parole di un compianto studioso, una “regola di rappresentanza”⁵⁹, che, se anche individuata dallo stesso legislatore, comunque, implica la necessità di adottare regole di *misurazione quantitativa* dell'organizzazione sindacale.

A tal riguardo non sembra idoneo affidarsi agli orientamenti giurisprudenziali, non solo per la nota vicenda della nozione di maggiore rappresentatività, i cui criteri selettivi sono stati nel tempo ampliati dalla giurisprudenza, ma, soprattutto, per l'alto tasso di discrezionalità (e, pertanto, di arbitrarietà) che accompagnano i percorsi della giurisprudenza⁶⁰.

Secondo l'opzione interpretativa accolta il Testo unico sulla rappresentanza sindacale del 2014 può costituire un utile parametro di riferimento per riempire di “contenuto” la nozione di maggiore rappresentatività comparata⁶¹ e, allo stesso modo, per stabilire le modalità di esercizio del potere negoziale per le rappresentanze sindacali aziendali ovvero per le rappresentanze sindacali unitarie⁶².

Per quanto ci occupa in questa sede un rilievo significativo può assumere la contrattazione territoriale e, in questo ambito, la questione diventa più complessa.

⁵⁸ Cfr., da ultimo, anche PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza e della rappresentatività sindacali tra legge e contratto collettivo*, in *ADL*, 2017, p. 531 ss. e 547.

⁵⁹ V. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Vol. I, Giuffrè, 2000, p. 53 ss. e 63.

⁶⁰ Cfr., per la perdita di efficacia selettiva del criterio della “maggiore rappresentatività”, da ultimo, PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza*, cit., p. 540 ss.

⁶¹ V., sul punto, anche ALVINO, *I rinvii*, cit., p. 195 e 244.

⁶² Come osserva anche PERSIANI, *Le vicende della rappresentanza*, cit., p. 550, il Testo unico del 2014 incide sull'assetto complessivo del sistema di relazioni industriali.

Innanzitutto, sul piano fenomenologico, la stessa “dimensione territoriale” può assumere una duplice valenza: si può intendere in senso topografico ovvero, come può accadere nell’organizzazione reticolare d’imprese, come connessione organizzativo–funzionale⁶³. In ogni caso, fermo rimanendo che il perimetro territoriale non potrà che essere demandato all’autonoma individuazione delle stesse parti sociali, la contrattazione territoriale, la quale può rivestire un’indubbia impiegabilità e duttilità in ragione dei diversi contesti economico – sociali ed organizzativi coinvolti⁶⁴, sicuramente costituisce l’unico strumento per la penetrazione della disciplina collettiva all’interno di imprese di ridotte dimensioni, per le quali, d’altronde, non sarebbe proponibile l’attivazione di un livello aziendale di contrattazione.

A questo punto si tratta di verificare, a fronte di una contrattazione collocata a livello territoriale, la “capacità rappresentativa” delle agenti negoziali stipulanti, nonché le modalità di vincolo per le imprese ed i lavoratori⁶⁵ e, a tale stregua, necessariamente di introdursi nei singoli contesti nei quali si sviluppa la contrattazione collettiva territoriale.

In tale ambito la necessaria disaggregazione delle diverse dinamiche nelle quali vengono coinvolte le parti sociali, conduce, innanzitutto, a verificare se queste ultime sono chiamate ad interagire con le autorità governative locali per fronteggiare le criticità occupazionali ovvero a favorire lo sviluppo del territorio; occorre tener conto, a tale stregua, dei diversi interventi del legislatore (anche regionale) che demandano compiti alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello locale⁶⁶.

Si pone allora il problema della determinazione della rappresentatività territoriale⁶⁷, con riferimento al discusso intervento dell’art.8 della l. 148/2011, il quale, nel valorizzare la contrattazione collettiva di prossimità (anche in funzione derogatoria alla legge e alla contrattazione collettiva di livello superiore) introduce il concetto di rappresentatività (comparata) a livello territoriale.

⁶³ Di “prossimità organizzativa delle imprese” parla BAVARO, *Sulle relazioni*, cit., p. 12 e ID, *Sulla prassi*, cit., p. 22 ss.; cfr. anche MOCELLA, *op. cit.*, p. 255.

⁶⁴ Per un recente riepilogo di taglio “trasversale” v. D’ARCANGELO, *Contrattazione*, cit.; per un’efficace “mappatura” della contrattazione territoriale v. L. ZOPPOLI, *Istituzioni*, cit., p. 39.

⁶⁵ Sotto quest’ultimo profilo penetranti dubbi solleva ZOPPOLI L., *Istituzioni*, cit., p. 40 in ordine all’identificazione degli agenti collettivi stipulanti, nonché alle modalità per determinare l’efficacia soggettiva della contrattazione collettiva territoriale; per un’indiretta replica v. *infra* n. 6.

⁶⁶ Per una mappatura, sia pure di taglio territoriale, v. VOZA, *op. cit.*, p. 46 ss.

⁶⁷ Per una complessiva rivisitazione v., per tutti, D’ARCANGELO, *op. cit.*, p. 210 ss.

A tale stregua gli interpreti hanno ferocemente stigmatizzato l'intervento, sul punto, del legislatore del 2011 sotto diversi profili⁶⁸, relativi sia all'indeterminatezza dei soggetti collettivi stipulanti nonché della "comunità di riferimento" soprattutto da parte datoriale⁶⁹. In particolare la legittimazione negoziale collegata alla rappresentatività territoriale potrebbe astrattamente favorire fenomeni di "localismo sindacale autonomo"⁷⁰ e legittimare, pertanto – in ragione del contesto territoriale di riferimento (comune, provincia o regione) – soggetti sindacali scarsamente rappresentativi o di dubbia rappresentatività⁷¹, viaggiando, oltretutto, in direzione opposta a quella prefigurata dalle stesse parti sociali con l'individuazione dei parametri per l'accertamento di una rappresentatività definita a livello nazionale⁷².

Comunque, e a prescindere dai possibili profili di legittimità costituzionale, sul punto, dell'art. 873, il vivace dibattito dottrinale ha visto, sotto il versante dell'individuazione della rappresentatività territoriale, alla stregua dell'art. 8, l. 148/ del 2011, il tentativo di recuperare le regole previste nel Testo unico sulla rappresentanza sindacale (dato associativo riferito alle deleghe sindacali e voti riportati da ciascun sindacato nelle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie)⁷⁴ ovvero di affidarsi ai criteri elaborati dalla

⁶⁸ Per un efficace riepilogo v., da ultimo, PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, 2017, p. 144 ss. la quale rileva anche la mancata individuazione di criteri di consenso maggioritario a livello territoriale.

⁶⁹ V., in tal senso, ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di "prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. n. 134/2011*, p. 1 ss. e 25.

⁷⁰ V., per tale rilievo, SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. n. 127/2011*, p. 1 ss. e 11, nota 19, il quale paventa anche una frammentazione delle politiche contrattuali collettive a livello locale, difficilmente praticabili su scala nazionale.

⁷¹ V., per tale conclusione anche PERULLI e SPEZIALE, *L'articolo 8 delle legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "Rivoluzione d'Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. n. 132/2011*, p. 1 ss. e p. 33 ss. anche se rilevano come la prassi concreta delle relazioni industriali a livello locale, con la presenza di un numero limitato di sindacati (Cgil, Cisl e Uil e anche Ugl), rende meno rilevante la questione.

⁷² V. sempre PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, p. 58; cfr. anche ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto. Nel merito*, 16 settembre 2011, in www.nelMerito.com.

⁷³ Cfr., per tutti, CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. n. 133/2011*, p. 1 ss. e p. 30 ss.; e TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, p. 613 ss. e 634; da ultimo anche PAPA, *L'attività sindacale*, cit., p. 145 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁷⁴ V., per tale conclusione, MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *DRI*, 2012, p. 17, il quale sottolinea che ciò implicherebbe

giurisprudenza per la dimensione nazionale e “adattati” al contesto locale⁷⁵.

Tuttavia, se l'accertamento in parola viene demandato ai criteri individuati dalla giurisprudenza e “calati” all'interno del contesto territoriale, ci si espone – secondo il ragionamento già anticipato – in ogni caso a possibili contrasti interpretativi⁷⁶, anche in considerazione dell'inevitabile discrezionalità esercitata dalla stessa, nel dosare il “peso” da conferire a singoli criteri (numero degli iscritti, diffusione nelle categorie dei lavoratori, sistematica attività di contrattazione e di autotutela, ecc.).

Più congrua ci sembra allora la soluzione di rimettersi all'autodisciplina sindacale e, segnatamente, ai criteri individuati dal Testo unico del 2014 con riferimento alla “certificazione” della rappresentanza sindacale, sia pure adattati al perimetro territoriale, individuato dalle leggi (anche regionali) in ordine alla concertazione territoriale ovvero dalla stessa autonomia collettiva, ai sensi della garanzia costituzionale assicurata dall'art. 39, primo comma.

Tale rinvio – alla luce del quale “rileggere” la specifica indicazione, contenuta nell'art. 8, l. 148/2011, alla rappresentatività “territoriale” – può costituire anche un segnale significativo per i rapporti tra dimensione nazionale e territoriale, secondo un'opzione da tempo caldeggiata dalle sigle sindacali confederali e che ci consente di riannodare, sul piano sistematico, gli orientamenti del legislatore alla prassi delle relazioni industriali.

A questo punto e non a caso autorevole dottrina aveva già segnalato come il riferimento, contenuto nell'art. 8, l. 148/ 2011, alla rappresentatività territoriale, del tutto indeterminato e privo di criteri orientativi, presenta il rischio di “...una frammentazione arbitraria del sistema delle relazioni industriali e può legittimare il potere negoziale di organizzazioni portatrici di interessi particolaristici e micro – corporativi”⁷⁷.

Se apriamo, infatti, un quadro d'indagine più ampio, possiamo richiamare, in primo luogo, l'esperienza dei contratti (territoriali) di riallinea-

la predisposizione di una sorta di anagrafe sindacale su base territoriale della quale siamo sprovvisti; sul punto, già PERULLI e SPEZIALE, *op. cit.*, p. 34 per i quali i criteri per individuare il sindacato comparativamente più rappresentativo per la contrattazione nazionale potrebbero teoricamente essere utilizzati anche per il livello territoriale, nell'ambito di riferimento spaziale definito dalle parti.

⁷⁵ V., in tal senso, GALANTINO, *L' Art. 8 della Legge N. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2001, 2.V., p. 1 ss. e 17.

⁷⁶ Lo sottolinea anche MARESCA, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷ V., in tal senso, TREU, *L'accordo*, cit., p. 636.

mento, laddove l'allora art. 1, primo comma, della legge n. 608 del 1996, richiedeva che si trattasse di associazioni imprenditoriali ed organizzazioni sindacali locali aderenti o comunque organizzativamente collegate con le associazioni ed organizzazioni nazionali di categoria firmatarie del contratto collettivo nazionale di riferimento⁷⁸, modello che viene ora messo in campo dagli interpreti per rileggere i profili derogatori dell'art. 8, della legge 148/2011⁷⁹, senza dimenticare che, allo stesso modo, nella programmazione negoziata, nonché nella contrattazione di prossimità (e di rete) territoriale si richiede che l'intesa, ex art. 8, l. cit., venga stipulata, secondo la stessa linea di continuità, da agenti collettivi aderenti o autorizzati dalle sigle confederali⁸⁰.

In secondo luogo, altro dato, altrettanto significativo, è contenuto nel Testo unico del 2014, laddove, per definire gli agenti collettivi negoziali "partecipanti alla trattativa" e, pertanto abilitati a richiedere la costituzione di una rappresentanza sindacale aziendale ai sensi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, si indicano le organizzazioni che hanno raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati dallo stesso Testo unico e partecipato alla negoziazione, in ordine alla definizione della piattaforma per l'ultimo rinnovo del contratto collettivo nazionale di categoria (parte terza, punto 5, del Testo unico).

Tale disciplina negoziale crea, infatti, un necessario ponte di collegamento tra rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e dimensione "nazionale" dell'organizzazione sindacale, ai fini della "certificazione" della rappresentanza, sotto il versante della legittimazione alla titolarità negoziale alla stipula del contratto nazionale di categoria, nonché dell'effettiva partecipazione alla trattativa per la stipula di quest'ultimo.

Tali indicazioni sono estremamente significative per comprendere che la legge e le parti sociali articolano il sistema delle relazioni industriali secondo un modello che prevede un collegamento organizzativo tra rappresentanza nei luoghi di lavoro, organizzazioni sindacali territoriali e organizzazioni sindacali nazionali e, proprio con riguardo alle clausole "di

⁷⁸ Per un riepilogo dei conseguenti profili interpretativi ci permettiamo di rinviare LAMBERTUCCI, *Contratti di riallineamento, contratti d'area, patti territoriali*, in EGT, vol. IX, Roma, 1999, n. 2.3.2.

⁷⁹ V., per tale ricostruzione, FAIOLI, *Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata nell'esperienza francese e tedesca*, in RIDL, 2012, I, p. 481 ss. e 518.

⁸⁰ V., in tal senso, ZILIO GRANDI, *op. cit.*, p. 182 ss.

uscita” dal contratto collettivo nazionale, si richiede, in terzo luogo e in via transitoria, l’intesa tra le rappresentanze sindacali esistenti nei luoghi di lavoro e le relative organizzazioni sindacali territoriali (parte terza, punto 12, del Testo Unico).

In tale logica di sistema, nel quale si muove appunto il Testo unico del 2014, deve essere inserito anche l’art. 8, l. 148/2011, con riferimento alla rappresentatività territoriale, con le seguenti precisazioni.

Innanzitutto la contrattazione collettiva territoriale troverà il suo perimetro applicativo nella libera autodeterminazione delle parti sociali e, pertanto, per quanto riguarda i datori di lavoro, non potrà che riguardare quelli appartenenti al “territorio” di riferimento (sul piano che liberamente sarà scelto dalle parti: geografico o organizzativo), secondo, comunque, una linea di adesione volontaria⁸¹, che, tuttavia, non esclude un “recepimento” del contratto territoriale nei successivi contratti aziendali (come in passato accadeva per i contratti di riallineamento).

Anzi, sotto quest’ultimo versante, i contratti collettivi territoriali, per risultare vincolanti devono essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali esistenti nei luoghi di lavoro⁸², con tutto quello che ne consegue sul piano delle regole – in merito alla titolarità negoziale e all’efficacia soggettiva – dettate dal Testo unico del 2014.

Laddove, viceversa, manchi una rappresentanza sindacale aziendale, si tratta di individuare i soggetti collettivi stipulanti⁸³ e, sotto quest’ultimo profilo, va tenuto nel debito conto che le esperienze contrattuali vengono per lo più veicolate da organizzazioni aderenti alle sigle confederali⁸⁴.

Se come iniziano a rilevare gli interpreti il livello di rappresentatività deve essere più ampio rispetto all’ambito di riferimento considerato⁸⁵, cioè

⁸¹ Sulle peculiarità della contrattazione collettiva territoriale, sotto il profilo dell’adesione dei datori di lavoro, v. anche art. 4 della proposta di legge elaborata dai giuristi afferenti alla rivista *Diritti Lavori Mercati*, in *DLM*, 2014, p. 155 ss. e *Guida alla proposta di legge*, *ivi*, p. 166 ss.

⁸² V., per tale conclusione, anche GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *ADL*, 2012, p. 31 ss. e 36

⁸³ Sul punto, come osserva ZOPPOLI L., *Prospettive*, *cit.*, p. 26 la questione della rappresentatività degli agenti contrattuali va affrontata con riguardo ad entrambe le parti, in quanto il contratto territoriale è molto più facilmente riconducibile alla nozione lata di “categoria” di cui all’art. 39 Cost., da intendersi come “categoria aperta”, riferibile ad una pluralità di rapporti di lavoro non predeterminati al momento della stipula del contratto.

⁸⁴ V., sul punto, D’ARCANGELO, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁵ Correttamente TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a con-*

trova la sua giustificazione nel modello disegnato dalle stesse parti sociali (e non certo smentito dal Testo unico del 2014 e dalla successiva e recentissima implementazione contenuta nell'Accordo del 9 marzo 2018⁸⁶), le quali hanno sempre richiesto un costante raccordo tra le istanze aziendali con i soggetti rappresentativi esterni (nazionali o territoriali), inaugurato, peraltro, negli assetti delle relazioni sindacali delineati dal Protocollo del 1993⁸⁷.

In altri termini – e mettendo più a “fuoco” il tema della rappresentatività territoriale – il ragionamento fin qui svolto, che incastona l'interpretazione dell'art. 8 della legge 148/2011 all'interno dell'ordinamento intersindacale disegnato dal Testo unico del 2014, ci impone di individuare i soggetti stipulanti il contratto collettivo territoriale in quelli che hanno superato il *test* della certificazione della rappresentanza a livello nazionale ovvero nelle organizzazioni sindacali territoriali affiliate a queste ultime, delle quali e allo stesso modo, deve essere rilevata anche la “rappresentanza” in ragione del perimetro applicativo del contratto territoriale.

6. *Rilievi conclusivi: verso una legge di attuazione dell'art. 39 della Costituzione?*

A questo punto, nonostante la tendenza diffusiva all'applicazione del Testo unico del 2014, quest'ultimo sconta la debolezza di essere un'intesa negoziale, ragion per cui ferve ormai un nutrito dibattito dottrinale sulle prospettive di una legge in materia di rappresentanza sindacale⁸⁸, con una si-

cludere le specifiche intese., in *LG*, 2012, p. 1 ss. e 25 rileva come si può dubitare che un sindacato il quale svolga la sua attività nel territorio di un comune possa considerarsi maggiormente rappresentativo e, pertanto, abilitato a concludere un contratto di prossimità. Come, d'altronde, rileva anche CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *WP C.S.D.L.E. n. 326/2017*, p. 3 ss. e p. 14 ss. nella contrattazione territoriale la rappresentatività potrebbe essere misurata a livello nazionale e non necessariamente territoriale.

⁸⁶ Quest'ultimo, infatti, nel punto 5, lett. a, stabilisce che la contrattazione collettiva continuerà ad articolarsi in due livelli, salvo una contrattazione collettiva territoriale “laddove esistente secondo le prassi in essere”.

⁸⁷ Come aveva già rilevato BELLARDI, *Concertazione e contrattazione*, Cacucci, 1999, p. 159 si trattava di un raccordo politico – organizzativo tra i soggetti negoziali e un coordinamento politico – funzionale tra i livelli contrattuali.

⁸⁸ Per una messa a punto in tal senso e significative considerazioni v. TREU, *Autoregolazione*

gnificativa ricaduta nell'ambito di articolati progetti di riforma, che spaziano da una completa rivisitazione dell'art. 39 della Carta costituzionale⁸⁹ ad impegnativi progetti predisposti da autorevoli studiosi⁹⁰.

Una linea prudentiale potrebbe essere quella di estendere, in via legislativa, le regole contenute nel Testo unico del 2014, in quanto quest'ultimo costituisce il frutto più maturo dell'ordinamento intersindacale, secondo gli auspici fatti propri dalle stesse parti sociali con il recente Accordo del 9 marzo del 2018⁹¹.

In tal modo si potrebbe risolvere in via legislativa il problema dell'identificazione – secondo parametri oggettivi – del sindacato comparativamente più rappresentativo⁹², vero rompicapo per la dottrina giussindacale e, nel contempo, sancire l'efficacia generalizzata della contrattazione collettiva, in linea di sostanziale attuazione dell'art. 39 della Costituzione, nonché chiarire definitivamente i rapporti tra le diverse fonti contrattuali collettive.

Per quanto interessa in questa sede esistono due profili che vanno riempiti: il primo riguarda la definizione della rappresentatività territoriale per non rimanere “ostaggio” del controverso disposto dell'art. 8 della legge 148/2011 – del quale, peraltro, tutte le proposte in circolazione stabiliscono l'abrogazione – e il secondo attiene alla misurazione della rappresentanza anche da parte datoriale – secondo anche l'auspicio delle parti sociali contenuto nell'Accordo del 9 marzo 2018 – per evitare una “frammentazione associativa” in alcuni settori produttivi, con una contrattazione collettiva nazionale al ribasso⁹³ e contrastare, pertanto, fenomeni di “dumping contrat-

e legge nella disciplina delle relazioni sindacali, in ALESSI e GUAGLIANONE (a cura di), *op. cit.*, p. 29 ss.

⁸⁹ V. la complessa ed articolata Carta dei diritti universali del lavoro, proposta dalla Cgil, nella quale si detta una disciplina attuativa della Costituzione in ordine alla registrazione sindacale e all'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva.

⁹⁰ Si pensi alle proposte avanzate dai giuristi afferenti alla rivista *Diritti Lavori Mercati*, per la quale Guida, cit. e dal gruppo dei giuristi *Freccia Rossa* per la quale *Proposta di intervento legislativo in materia sindacale*, in *RIDL*, 2015, III, p. 205 ss.

⁹¹ In quest'ultimo, infatti, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil stabiliscono che “le intese in materia di rappresentanza possano costituire, attraverso il loro recepimento, il presupposto per l'eventuale definizione di un quadro normativo in materia.”, cfr., da ultimo, SENA, *Le relazioni industriali dopo il testo unico del 2014; il sindacato apre ad una legge sulla rappresentanza*, in *DML*, 2018, II, p. 225 ss.

⁹² V., in tal senso, anche DELL'ARRINGA, *Le relazioni industriali: alcune questioni aperte*, in *QRS*, 2016, p. 173 ss. e 182.

⁹³ V., sul punto le notazioni di TREU, *Autoregolazione*, cit., p. 32.

tuale”⁹⁴; tale profilo manifesta, comunque, un effetto riflesso anche sul piano della rappresentatività territoriale⁹⁵.

Sotto il primo versante la proposta del gruppo dei giuristi *Freccia Rossa* all'art. 8 stabilisce che il Capo I (relativo alla misurazione della rappresentatività sindacale) si applica anche alla contrattazione collettiva territoriale, rilevando i dati della rappresentatività disaggregati per il territorio di riferimento. Va comunque sottolineato che la rappresentatività territoriale deve scontare, *a monte* – secondo l'impostazione qui seguita e la prassi delle relazioni industriali – la certificazione della rappresentanza per la stipula del contratto collettivo nazionale. Infatti, in tale ambito, si muove l'art. 4, comma 3, della proposta dei giuristi afferenti alla rivista *Diritti Lavori Mercati*, nel quale si precisa che il contratto collettivo territoriale è stipulato, dal lato dei lavoratori, da un soggetto collettivo costituito da associazioni sindacali aventi i requisiti per partecipare alle trattative per la conclusione dei contratti collettivi nazionali applicati nelle imprese che rientrano nel campo di applicazione del contratto collettivo territoriale da stipulare⁹⁶. Peraltro, al fine di assicurare una maggiore flessibilità al sistema dei rapporti tra organizzazioni sindacali e lavoratori, si potrebbe inserire una disposizione che, in presenza di un dissenso qualificato, sottoponga l'intesa territoriale ad un referendum, sulla falsariga di quanto disposto sempre dall'art. 4, co. 7, della medesima proposta, nonché dello stesso Testo unico del 2014 con riferimento al contratto collettivo aziendale. Tale correttivo si impone nella considerazione che la certificazione della rappresentanza non può di per sé costituire un “salvacondotto” in presenza di un contratto collettivo stipulato con un risicato consenso dalle organizzazioni sindacali stipulanti, nè tantomeno “imbriagliare” un dissenso collettivo, particolarmente significativo.

Sotto quest'ultimo aspetto si potrebbe ipotizzare l'attivazione di una ri-

⁹⁴ Così si esprimono le parti sociali nell'Accordo del 9 marzo 2018, cfr. sul punto anche PAPA, *L'attività sindacale*, cit., p. 101 ss.

⁹⁵ Come osserva CARUSO, *La rappresentanza*, cit., p. 15 la misurazione della rappresentatività datoriale a livello territoriale è uno dei problemi degli accordi territoriali di prossimità. Sul profilo della necessaria correlazione tra rappresentatività misurata a livello nazionale e contrattazione territoriale v. art. 4 della proposta elaborata dai giuristi afferenti i alla rivista *Lavori Diritti e Mercati*.

⁹⁶ Per una valorizzazione dell'art. 4 v. ZOPPOLI L., *Prospettive*, cit., p. 26 il quale ritiene in tal modo si potrà consolidare quel che di utile è emerso nella legislazione degli ultimi anni in ordine ai c.d. contratti di prossimità, agli accordi di prossimità territoriali fino ad arrivare alle contrattazioni collettive vere e proprie.

chiesta referendaria se si coagula e si formalizza un dissenso collettivo cospicuo (non inferiore al 30 per cento dei lavoratori interessati all'applicazione del contratto collettivo territoriale), sulla scia anche della disposizione contenuta nel Testo unico del 2014 con riferimento al contratto aziendale (parte terza, punto 12), ferma rimanendo, allo stesso modo, la possibilità del dissenso – altrettanto significativo – per i datori di lavoro (art. 4, comma 7, punto b, della proposta dei giuristi afferenti alla rivista *Diritti Lavori Mercati*), anche perché lo strumento referendario non può costituire un automatico e fisiologico strumento di gestione delle relazioni sindacali⁹⁷.

Occorrerebbe, altresì, risolvere il problema dei rapporti tra contratti territoriali ed aziendali, in caso di discipline difformi, nel senso della prevalenza dei primi, in assenza di una specifica disciplina della contrattazione collettiva⁹⁸.

Per quanto riguarda la misurazione della rappresentanza datoriale, a parte l'auspicio “debole”, fatto proprio dalle parti sociali con l'accordo del 9 marzo 2018, di rimettere la questione al CNEL, numerose, articolate e diversificate, sono le proposte in campo⁹⁹, con la necessità, pertanto, di valutare la praticabilità dei parametri afferenti alla dimensione occupazionale e alla grandezza dell'impresa¹⁰⁰, senza trascurare che occorre procedere, in via preliminare, ad una ridefinizione dello stesso ambito di misurazione della rappresentanza sindacale, con una razionalizzazione del panorama contrattuale¹⁰¹.

A questo punto si può anche rispondere efficacemente ai penetranti interrogativi sollevati, con riferimento a quel groviglio interpretativo costituito dall' art. 8 della legge 148/2011, da autorevole dottrina¹⁰², nel senso che, inquadrata la questione della rappresentanza territoriale all'interno della prassi delle relazioni industriali, dell' autodisciplina sindacale e dei possibili inter-

⁹⁷ Per un utilizzo prudente de medesimo v. le considerazioni svolte da CARUSO, *La rappresentanza*, cit., p. 20 ss.

⁹⁸ V. sul punto art. 4, comma 8, della proposta dei giuristi afferenti alla Rivista *Diritti Lavori Mercati*.

⁹⁹ Per un esauriente riepilogo v. PAPA, *L'attività sindacale*, cit., p. 149 ss. e ID. *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentanza datoriale*, in *DLRI*, 2017, p. 21 ss. e p. 32 ss.

¹⁰⁰ Per una rivisitazione dei parametri v. l'accurata indagine svolta da PAPA, *L'attività sindacale*, cit., p. 176 ss.

¹⁰¹ Per un attento vaglio delle proposte sul punto si rinvia a PAPA, *op. cit.*, p. 170 ss. e p. 186 ss. e ID., *Verso una rappresentanza*, cit., p. 38 ss. e p. 43 ss.

¹⁰² V. ZOPPOLI L., *Istituzioni*, cit., p. 40.

venti legislativi, gli agenti collettivi stipulanti saranno adeguatamente rappresentativi in quanto sarà “certificata” a *monte* la loro rappresentanza e a *valle* la loro presenza sul territorio; stipuleranno adottando un sistema di maggioranza qualificata con un correttivo referendario in presenza di un dissenso significativo, con la prevalenza, infine, in caso di concorso/ conflitto, dei contratti territoriali su quelli aziendali.

Abstract

Il saggio analizza brevemente il ruolo dell'autonomia collettiva nella dimensione sovranazionale e territoriale, puntando sulla necessità di identificare, con riguardo a quest'ultima e nei diversi contesti organizzativi di riferimento, i soggetti collettivi stipulanti, con un approfondimento sulla rappresentatività territoriale, tra le incertezze interpretative dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011, le diverse opzioni della dottrina e la prassi delle relazioni industriali. Si conclude, infine, con il tentativo di ricondurre l'accertamento della rappresentatività territoriale all'interno dell'impianto sistematico del Testo unico del 2014 sulla certificazione della rappresentanza sindacale, che privilegia la dimensione nazionale, caldeggiando un risolutore intervento legislativo di attuazione dell'art. 39 della Costituzione.

The essay briefly analyzes the role of collective autonomy in the supranational and territorial dimension, focusing on the need to identify, with regard to the latter and in the different reference contexts, the stipulating collective subjects, with a deepening of the territorial representation, between the uncertainties interpretative of the art. 8 of the law n. 148 of 2011, the different options of the doctrine and the practice of industrial relations.

finally, the essay analyzes the attempt to bring back the ascertainment of territorial representativeness within the systematic system of the Text single of 2014 on the certification of trade union representation, which favors the national dimension, advocating a legislative intervention solver implementing art. 39 of the Constitution.

Key words

Contrattazione collettiva territoriale, soggetti collettivi stipulanti, accertamento della rappresentatività territoriale, testo unico del 2014 sulla rappresentanza sindacale, art. 39 della Costituzione.

Territorial collective bargaining, stipulating collective subjects, verification of territorial representativeness, Text single of 2014 on trade union representation, art. 39 of the Constitution.

Simonetta Renga

*NASpl e Dis-Coll: principio di solidarietà
versus principio assicurativo*

“Idleness is not the same as want but a separate evil,
which men do not escape by having an income”.

W.H. BEVERIDGE, *Full employment in a free society*,
Allen & Unwin, 1944, p. 20.

Sommario: **1.** I principi. **1.1.** Il principio di solidarietà. **1.2.** Il principio assicurativo. **2.** Le regole. **2.1.** *NASpl e Dis-Coll*. **2.1.** La condizionalità. **3.** I principi e le regole.

1. *I principi*

Nell’ambito del nostro sistema di sicurezza sociale possono individuarsi una serie di principi informatori. Un certo numero di questi principi trova fondamento nella Costituzione: principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), principio di non discriminazione (art. 3 Cost.), principio di solidarietà (art. 2 Cost.), principio del riproporzionamento (art. 38 Cost.), principio di adeguatezza (art. 38 Cost.). Altri emergono dalla legislazione previdenziale ordinaria: principio di ripartizione, principio assicurativo e/o contributivo, principio di capitalizzazione. Volgendo le spalle al passato, potremmo aggiungere alla lista il principio del rischio professionale, al quale resta, comunque, ispirato nell’ordinamento attuale soltanto l’istituto dell’esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro nell’ambito della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali¹.

¹ BALANDI, *Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del “rischio professionale”*, in *RGL*, 1976, III, p. 93 e PERSIANI, *Il rischio professionale*, in *Atti del V Congresso Aidlass*, Giuffrè, 1977, p.

Alcuni di questi principi sono in un rapporto di necessaria connessione. Se vogliamo esprimerci nei termini della *liberazione dal bisogno* di stampo beveridgiano, per fare un esempio, allora si individuerà un legame inscindibile tra principio di eguaglianza e principio di solidarietà: la redistribuzione solidaristica delle risorse, volta a realizzare l'integrazione sociale prevista al 2° comma dell'art. 3 della Carta costituzionale, si può realizzare soltanto per il tramite della solidarietà generale. Un tassello ulteriore in questo quadro è la gestione delle risorse secondo il principio di solidarietà intergenerazionale della ripartizione, piuttosto che secondo il principio, improntato ai canoni della corrispettività, della capitalizzazione.

Altri principi presenti nel nostro ordinamento sottendono, invece, valori molto diversi fra loro e difficilmente conciliabili. Ancora un esempio: la corrispettività strutturalmente propria del principio assicurativo – braccio operativo del principio del riproporzionamento della tutela sociale in dipendenza della quantità del lavoro svolto – si pone decisamente in contrasto con la ricostruzione dei diritti sociali come diritti all'eguaglianza sostanziale redistributiva. D'altra parte, il principio assicurativo, lasciato operare secondo i propri meccanismi, tende a circoscrivere la protezione ai portatori di rischi omogenei, limitando la redistribuzione delle risorse a una mera circolazione mutualistica, azzerando così il livello di solidarietà.

In realtà, dal diverso combinarsi di questi principi – immaginiamoli come degli atomi pronti a congiungersi in una materia senza perdere la loro specificità – possono scaturire sistemi di sicurezza sociale molto diversi fra loro².

Il nostro ordinamento di tutela, per la compresenza di frammenti di carattere assicurativo–corrispettivo e di elementi di matrice solidaristica – sintomo di un eterno conflitto tra *essere* e *dover essere* della protezione sociale – è riconducibile a sistema soltanto attraverso pesanti forzature interpretative.

II. Ma si veda già la prolusione romana del 1948 di F. SANTORO PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *RIPS*, 1948, I, p. 1.

² In questo contesto e grazie anche all'irrisolta ambiguità del dato costituzionale di riferimento sono fiorite, a livello interpretativo, diverse ricostruzioni del sistema di protezione sociale: PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, 1960; BALANDI, *Per una definizione del diritto della previdenza sociale*, in *PD*, 1984, p. 576; ROSSI, *La previdenza sociale*, in *Enciclopedia giuridica del lavoro*, Cedam, 1998, p. 29 ss.; ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 1979; MAZZIOTTI, *Determinazione della pensione e modelli di welfare state*, in *Il sistema pensionistico riformato*, Jovene, 1994; PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2000; CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Giuffrè, 1998, p. 42 ss.; CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 1989, p. 11 ss.

Sebbene alcune valvole di sicurezza, ovvero dei meccanismi volti a limitare i vuoti di tutela ingenerati da strumenti di protezione di matrice corrispettiva, appaiano endogene al sistema stesso: per esempio, il principio di adeguatezza della tutela si pone come argine all'operatività del principio del riproporzionamento alla quantità del lavoro svolto, in funzione del recupero dell'obiettivo dell'integrazione sociale posto dal 2° comma dell'art. 3 Cost.

Ebbene, nel sistema di tutela della disoccupazione, il combinarsi del *principio di solidarietà* e del *principio assicurativo* è particolarmente rilevante.

1.1. Il Principio di solidarietà

Schematicamente: il sistema di sicurezza sociale è strumento di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale – distributiva – la quale a sua volta ha per obiettivo finale la pari dignità umana, che trova il suo nucleo nei diritti inviolabili della persona umana dell'art. 2 Cost.; il sistema, nella sua funzione di realizzazione della giustizia distributiva, deve fornire prestazioni nel complesso idonee a rendere effettiva la garanzia dell'integrazione sociale, ossia “il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3, comma 2 Cost.).

In questo quadro costituzionale, va aggiunto un tassello essenziale: il *principio di solidarietà*.

Eguaglianza sostanziale e solidarietà sono strettamente interconnesse: l'una trova realizzazione nell'altra e viceversa. E la solidarietà è al tempo stesso un valore e uno strumento.

Che la solidarietà sociale sia un *valore* costituzionalmente sancito, agli artt. 2 e 3, comma 2, della Carta costituzionale, si tende a darlo per scontato, concentrandosi piuttosto sull'aspetto relativo al dovere di solidarietà imposto ai cittadini. Piacevole, dunque, è leggere degli scritti di previdenzialisti in cui si ricorda che “l'assenza di relazioni solidaristiche ... crea divisione tra le persone, priva ciascuno della qualità degli altri, crea dominio e subordinazione anche dove non sono necessari, rende ciascuno di noi inferiore a quello che potrebbe essere”³. La solidarietà è un valore ovviamente anche per il diritto

³ Il ricordo di Richard Titmuss di MILLER, *Introduction: The Legacy of Richard Titmuss*, in ABEL-SMITH, TITMUSS (a cura di), *The Philosophy of Welfare, Selected Writings of Richard M. Titmuss*, Allen & Unwin, 1987 è citato da BALANDI, *Che cosa resta della Fraternità*, in LD, 1990, p. 26. Sul valore della solidarietà si leggano: PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2001, pp. 22;

dell'Unione europea: si pensi al ruolo che riveste nella Carta dei diritti fondamentali; sebbene poi si rilevi in dottrina come la solidarietà targata UE sia vittima dei “rischi di un bilanciamento giurisdizionale dei diritti senza alcuna gerarchia tra gli stessi”⁴.

Ma la solidarietà è anche il mezzo per il fine dell'eguaglianza sostanziale distributiva. La redistribuzione di risorse volta a realizzare l'integrazione sociale prevista dal 2° comma dell'art. 3 della Carta costituzionale si realizza per il tramite della solidarietà generale. All'attuazione dei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2 Cost.) sono chiamati tutti i cittadini. Il sistema di sicurezza sociale trae, dunque, le risorse economiche per il suo funzionamento dalla solidarietà generale⁵.

A questo punto la nozione di solidarietà è agevolmente deducibile: la solidarietà, nei sistemi di Stato sociale, consiste nella redistribuzione di risorse finalizzata alla rimozione degli “ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3 Cost.)⁶. Per inciso, la solidarietà alla base del sistema di sicurezza sociale non può che essere riferita alla totalità dei cittadini. Il legislatore, invece, a volte utilizza lo stesso termine per individuare situazioni transattive d'interessi collettivi (per esempio, il contratto di prossimità), o fattispecie più correttamente inquadrabili come mutualistico-corporative (per esempio, il contratto di solidarietà). Tanto è vero ciò che in dottrina si è parlato di “poliformismo” della solidarietà⁷: questa lettura costringe il previdenzialista a ripensare, o quantomeno a non dare per scontata, la nozione di solidarietà tradizionalmente utilizzata.

Il fine, dunque, della solidarietà attuata attraverso il sistema di protezione

MENGGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, pp. 10 e 11; GIUBBONI, *Solidarietà*, in *PD*, 2012, p. 525; PESSI, *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in *RDSS*, 2016, p. 595. Con riferimento ai diritti sociali nel sistema multilivello, può leggersi ALES, *Diritti sociali e discrezionalità nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Atti delle Giornate di studio Aidlass*, Giuffrè, 2016, p. 241.

⁴ L. ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona.IT”*, n. 356/20, pp. 13 e 14.

⁵ PERSIANI, *Diritto della previdenza*, cit., pp. 13 e 14.

⁶ BALANDI, *Sulla possibilità di misurare la solidarietà*, in *Rechtsgeschichte*, 2004, n. 6, p. 18. Si legga per una diversa visione LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, 2001, p. 28.

⁷ L. ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto*, cit., p. I e ss., pp. 14 e 15.

sociale, coincide con quella tutela del bisogno oggi misurata in termini d' idoneità a realizzare o ripristinare l'integrazione sociale del cittadino.

E qui occorre aprire una breve parentesi. Il concetto di “bisogno socialmente rilevante”⁸ ha subito nel corso del tempo una significativa evoluzione nel nostro come in altri ordinamenti occidentali. Alla fine del secolo XIX, il bisogno tutelato coincideva con una *poverty line* collocata al limite della mera sopravvivenza materiale. Nel sistema corporativo, in quanto sistema assicurativo, era assente quella che è stata definita una “valutazione oggettiva del bisogno”: l'ammontare delle pensioni veniva determinato avendo riguardo alle contribuzioni versate, senza alcuna preoccupazione in ordine alla capacità dei trattamenti di realizzare una concreta liberazione dallo stato di bisogno⁹. Con l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la tutela del bisogno – “oggettivamente valutato” – ha assunto il significato d'integrazione sociale del cittadino nei termini proposti dall'art. 3, comma 2¹⁰. Sin dalla fine degli anni sessanta, infine, in risposta alla già grave crisi finanziaria del sistema, si transita da una definizione convenzionale dello stato di bisogno, quale conseguenza presunta del verificarsi di una situazione protetta, a un concreto accertamento a livello individuale dell'effettiva ricorrenza dello stato di bisogno¹¹. Si pensi che ai fini della fruizione di prestazioni sociali agevolate sono stati introdotti degli indicatori della situazione economica, ovvero dei criteri unificati di misurazione effettiva e individualizzata dello stato di bisogno.

Ebbene, nel linguaggio della solidarietà, un sistema di protezione sociale che misuri lo stato di bisogno in termini di mancata integrazione sociale del cittadino e che valuti l'effettiva ricorrenza della condizione di bisogno realizza il livello massimo di solidarietà. Il fine dell'integrazione sociale si pone, infatti, come obiettivo di una tutela a carattere universalistico, che conduce a una redistribuzione di risorse tarata sul raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale e, conseguentemente, a un grado elevato di circolazione solidaristica di risorse¹².

Avere parlato di livelli maggiori o minori di solidarietà introduce un'altra rilevante considerazione: “la solidarietà presente in un ordinamento si

⁸ La definizione è di F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 1.

⁹ PERSIANI, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, in *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, *Atti delle Giornate di studio Aidlass*, Rimini, 28-29 Aprile 1984, Giuffrè, 1985, p. 8.

¹⁰ Cfr. anche BALANDI, *Per una definizione*, *cit.*, p. 575.

¹¹ PERSIANI, *Rischio e bisogno*, *cit.*, p. II ss.

¹² Su questi aspetti si legga anche BALANDI, *Per una definizione*, *cit.*, p. 575 e BALANDI, *Sulla possibilità di*, *cit.*, p. 26.

può misurare ... essa può essere apprezzata in dosi più o meno elevate ...”¹³. Il nostro sistema di sicurezza sociale ce ne offre conferma, essendo espressione di un insieme d’istituti eterogenei, alcuni improntati ai principi della solidarietà generale, altri a principi di origine assicurativa e dunque a gradi di solidarietà decisamente inferiori.

In particolare, sono improntate ai canoni della solidarietà generale le prestazioni di cittadinanza. Il sistema previdenziale in senso stretto, invece, ha una natura ibrida, nell’ambito della quale frammenti di carattere spiccatamente assicurativo si intrecciano con elementi solidaristici.

È chiaro che il livello di solidarietà potrà ridursi a zero qualora la redistribuzione di risorse, attuata all’interno della comunità economicamente omogenea, coincida totalmente con la normale diversificata incidenza dei vari eventi aleatori sui soggetti esposti allo stesso rischio¹⁴. Ciò sta a significare che il principio assicurativo, ove sia lasciato operare secondo i propri meccanismi, in quanto tende a limitare la protezione a rischi omogenei e a restringere conseguentemente il campo applicativo della tutela a portatori di rischi omogenei, finisce per ridurre la redistribuzione delle risorse a una mera circolazione mutualistica, azzerando il livello di solidarietà¹⁵.

1.2. Il Principio assicurativo

Il *principio assicurativo* ha caratterizzato la protezione sociale fin dai primordi del *welfare state* ed è sopravvissuto in molte delle sue applicazioni anche dopo, e nonostante, l’accoglimento nella nostra Carta costituzionale della concezione della sicurezza sociale¹⁶. Le ragioni della “fortuna”¹⁷ dello strumento assicurativo riposano essenzialmente in tre ordini di fattori.

¹³ BALANDI, *Sulla possibilità di*, cit., p. 26. Si legga in merito anche A. BARBERA, *sub Art. 2 Costituzione*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Il Foro Italiano*, Zanichelli, 1975, p. 97.

¹⁴ Così BALANDI, *Che cosa resta della Fraternità*, in *LD*, 1990, p. 30.

¹⁵ Così BALANDI, *Che cosa resta*, cit., p. 38, il quale sottolinea che “la struttura assicurativa si fece promotrice di una solidarietà di carattere corporativo ossia che si estendeva ai soggetti appartenenti ad una determinata categoria professionale ...” (p. 37). Convinto dell’assenza di solidarietà nella mutualità assicurativa rigidamente intesa è anche LAGALA, *op. cit.*, p. 28 ss.

¹⁶ Per una disamina del ruolo interpretato da tale principio nel nostro ordinamento possono leggersi: BALANDI, *Assicurazione sociale*, in *Digesto IV*, Utet, 1987; PERSIANI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 47 ss. e CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018, p. 12 ss.

¹⁷ L’espressione è di CINELLI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 12.

In primo luogo, il meccanismo assicurativo è tale che il disequilibrio prodotto dall'erogazione di reddito non connesso all'effettuazione di una prestazione lavorativa viene adeguatamente controbilanciato dalla funzione di controllo sul comportamento del soggetto protetto che l'assicurazione riesce a esercitare, restandone per questa via inalterato l'ordine economico-sociale. L'erogazione della prestazione economica viene, infatti, condizionata: al verificarsi di un evento protetto, il quale riporta tutte le caratteristiche del rischio assicurato, consistenti nell'essere l'evento "futuro, incerto, possibile, controllabile nel suo verificarsi"; a un comportamento specifico del soggetto assicurato beneficiario della prestazione, coincidente con il pagamento dei contributi e con un atteggiamento di meritevolezza, riassumibile nella estraneità del soggetto al verificarsi dell'evento, che deve rimanere appunto aleatorio¹⁸.

Queste considerazioni conducono alla seconda ragione del successo dello strumento assicurativo: i soggetti protetti possono vantare la titolarità formale di un diritto soggettivo, piuttosto che un interesse legittimo; l'*an* e il *quantum* della tutela, al verificarsi delle condizioni previste, diventano certi.

Infine, la forma assicurazione consente di far rimanere l'onere finanziario della tutela a carico delle categorie interessate o, comunque, dei datori di lavoro¹⁹.

Il principio assicurativo in sé e per sé è privo di un fondamento costituzionale. Dalla lettera dell'art. 38 della Carta costituzionale, infatti, non si può certo trarre alcuna opzione di favore per il principio assicurativo. Trasmigrato dalle assicurazioni private a quelle sociali, tracce consistenti del principio assicurativo sono invece rinvenibili nella legislazione ordinaria, ovvero nella struttura composita e spesso contraddittoria del nostro sistema previdenziale.

I principali elementi strutturali attraverso i quali il principio assicurativo trova espressione sono stati individuati nel concetto di rischio – quale evento futuro, incerto, possibile, non imputabile all'assicurato, nella sinallagmaticità tra contributi e prestazioni e nella mutualità²⁰.

Evidentemente e diversamente da quanto accade nelle assicurazioni private, nella previdenza sociale, non si ha più quell'assunzione di una molteplicità di rischi omogenei verso il pagamento dei contributi in misura sufficiente a sostenere l'onere della prestazione. Come didascalicamente ha affermato Persiani: "Nel sistema giuridico della previdenza sociale, il 'rischio' rileva, oramai, soltanto come motivo che induce il legislatore, per la natura

¹⁸ BALANDI, *Attualità e problemi delle assicurazioni sociali*, in *DLRI*, 1986, pp. 524 e 525.

¹⁹ BALANDI, *Attualità e problemi*, cit., p. 524 ss.

²⁰ BALANDI, *Attualità e problemi*, cit., p. 527 ss.

di determinati eventi e per le conseguenze che ne possono derivare, a predisporre una forma di tutela a favore dei soggetti che si vengono a trovare in situazioni di ‘bisogno socialmente rilevante’²¹.

Tuttavia, la nozione di rischio assicurato ha certamente lasciato le sue impronte nel sistema. Si pensi, per esempio, nell’assicurazione infortuni sul lavoro, alla circoscrizione della tutela dal punto di vista dei destinatari in funzione della pericolosità dell’evento, o all’esclusione del risarcimento nel caso di dolo del lavoratore o di rischio elettivo.

L’elemento assicurativo della sinallagmaticità è certamente più difficilmente rintracciabile nel sistema attuale delle assicurazioni sociali. Dal punto di vista normativo, infatti, non esiste una correlazione, né a livello genetico né a livello funzionale, tra contributi versati e prestazione erogata: a escluderla è, in primo luogo, l’assenza di una connessione di ordine attuariale tra contributi e prestazioni; l’inesistenza di una tale correlazione è, inoltre, confermata sia dal principio di automaticità delle prestazioni che dalla gestione a ripartizione del sistema previdenziale.

Purtuttavia, una connessione tra contributi e prestazioni esiste ancora, anche se certamente non a livello attuariale né di corrispettività in senso tecnico: “esiste ... come requisito di contribuzione minima per avere diritto alle prestazioni (settori Ivs e trattamenti per la disoccupazione) e come parametro per la determinazione della prestazione”²².

Decisamente più rari nel sistema sono i frammenti dell’ultimo elemento strutturale della forma assicurazione, quello della mutualità. È chiaro che, nel sistema previdenziale attuale, della mutualità mancano i requisiti principali: intanto, quegli interessi privati che nell’area della mutualità vengono reciprocamente subordinati alla soddisfazione del comune interesse, nell’ambito della previdenza pubblica sono necessariamente, e non volontariamente, subordinati all’interesse pubblico che costituisce il fine del sistema di protezione sociale; inoltre, la previdenza pubblica è caratterizzata dalla partecipazione statale al finanziamento delle prestazioni e dall’imposizione di contributi anche a soggetti che non nutrono un interesse specifico alla realizzazione della tutela; infine, la gestione delle risorse avviene mediante il meccanismo della ripartizione, ciò che incrina il requisito mutualistico della reciprocità fra gli esposti al rischio²³. Il tasso di coerenza costituzionale del principio as-

²¹ PERSIANI, *Rischio e bisogno*, cit., p. 16.

²² BALANDI, *Attualità e problemi*, cit., p. 536.

²³ Così PERSIANI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 51 ss.

sicurativo è, come si può notare riflettendo sulle caratteristiche strutturali proprie di quel principio, estremamente basso.

Dal punto di vista sistematico, non può sottacersi come la corrispettività, strutturalmente connessa al meccanismo assicurativo, si ponga in netto contrasto con la visione costituzionale dei diritti alla sicurezza sociale come diritti all'eguaglianza sostanziale, realizzata attraverso i principi dell'eguaglianza distributiva. Più specificamente, deve rilevarsi come tali tecniche non riescano a garantire né l'universalità della tutela, né quell'integrazione sociale dei cittadini costituzionalmente imposte.

Sebbene debba sottolinearsi che, ai fini della realizzazione della giustizia distributiva, un conto è l'operare del principio assicurativo cui dava luogo il sistema corporativo, tutt'altra cosa è l'assicurazione sociale quale si è andata configurando dal secondo dopoguerra, la quale si connota per il concorso finanziario dello Stato e per la recisione del legame fra livello delle prestazioni e contributi pagati.

2. *Le regole*

2.1. *NASpI e Dis-Coll*

La tutela sociale per la disoccupazione trova un importante strumento nella *Nuova assicurazione sociale per l'impiego (NASpI)*. La prestazione è stata così ribattezzata dalla riforma Renzi (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22)²⁴, che ha perseverato nell'uso dell'eufemismo già congegnato dalla riforma Fornero, la quale aveva coniato il nome appunto di *Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI)* in sostituzione della vecchia *Assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria*, il cui nome era certamente più onesto. La *NASpI* diventa poi *Dis-Coll* per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Il campo applicativo della *NASpI* è definito *ad escludendum*. Restano, in particolare, fuori dalla tutela i pubblici dipendenti a tempo indeterminato (quelli a tempo determinato rimangono inclusi) e gli operai agricoli a tempo determinato e indeterminato. Gli operai agricoli conservano, d'altra parte, la loro area di privilegio, posto che a essi si continuerà ad applicare una disciplina speciale²⁵.

²⁴ Attuativo della l. d. 10 dicembre 2014 n. 183.

²⁵ Anche i giornalisti iscritti all'*Inpgi* godono di una tutela speciale.

Per l'accesso alla prestazione sono richieste 13 settimane di contribuzione nei 4 anni precedenti l'evento e almeno 30 giorni di lavoro effettivo o equivalenti nei dodici mesi antecedenti l'inizio della disoccupazione. Il requisito contributivo è evidentemente stato portato dall'ultima riforma ai minimi termini; difficile ridurlo dell'altro, pena lo snaturamento della prestazione. È chiaro come il legislatore abbia tenuto presenti i dipendenti i cui record contributivi siano ridotti a causa della saltuarietà e discontinuità della loro carriera lavorativa.

Il recente rilassamento dei requisiti contributivi, tuttavia, è stato subito compensato dalla riduzione della durata della prestazione rispetto al regime dell'*ASpI*. La *NASpI* è corrisposta, mensilmente, per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni; ai fini del calcolo della durata, non sono comunque computati i periodi contributivi che hanno già dato luogo a erogazione delle prestazioni di disoccupazione. Permane il periodo di carenza assicurativa di 7 giorni.

L'ammontare della *NASpI* è pari al 75% della retribuzione mensile media degli ultimi quattro anni, qualora tale retribuzione sia inferiore a 1.208,15 euro (annualmente rivalutato); mentre, nel caso in cui la retribuzione mensile sia superiore al predetto importo, l'indennità è pari al 75% dell'importo in questione, incrementato di una somma pari al 25% del differenziale tra la retribuzione mensile e tale importo; l'indennità, non risibile, non può in ogni caso superare l'importo massimo mensile di 1.314,30 euro (annualmente rivalutato). L'ammontare della prestazione è ridotto progressivamente nella misura del 3% al mese dal primo giorno del quarto mese di fruizione. Le percentuali sono nel complesso simili a quanto sino ad oggi erogato dalle prestazioni di disoccupazione precedenti la *NASpI*.

La cattiva sorpresa è contenuta piuttosto nel periodo di riferimento per il calcolo dell'indennità, rapportato alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi quattro anni utili²⁶. Originariamente il periodo utile era tre mesi, poi esteso a due anni con l'*ASpI*. È chiaro che più lungo è il periodo di riferimento, più esso risentirà delle oscillazioni del reddito patite dal lavoratore.

Inoltre, sebbene alla prestazione acceda come di consueto la contribuzione figurativa ai fini del diritto e della misura dei trattamenti pensionistici, è stato introdotto un tetto ai contributi riconoscibili in totale; questo tetto incide sulla misura della pensione.

²⁶ Più precisamente, la *NASpI* è rapportata alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi quattro anni divisa per il numero di settimane di contribuzione e moltiplicata per il numero 4,33.

La *NASpI* è finanziata: dai contributi ordinari a carico dei datori di lavoro; da un contributo addizionale dell'1,4% sui contratti a termine²⁷; da un ulteriore contributo *una tantum*, una "tassa di licenziamento"²⁸, pari al 41% del trattamento mensile iniziale di disoccupazione per ogni 12 mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni, triplicabile in caso di licenziamento collettivo non supportato da accordo aziendale²⁹.

La *NASpI* si tramuta in *Dis-Coll* per i collaboratori coordinati e continuativi (iscritti in via esclusiva alla Gestione separata), per molto tempo i grandi esclusi dalla tutela contro la disoccupazione, assieme ai lavoratori a progetto. Con la riforma Monti-Fornero, i collaboratori coordinati e continuativi erano stati resi destinatari in via definitiva, ma a condizioni stringenti e nei limiti dei fondi a ciò destinati, di quella indennità *una tantum* già prevista in passato in via provvisoria dall'art. 19, l. 28 gennaio 2009 n. 2. La riforma Renzi, temporaneamente, aveva riconosciuto ai collaboratori coordinati e continuativi e ai lavoratori a progetto una indennità di disoccupazione mensile (*Dis-Coll*). La l. 22 maggio 2017 n. 81 rende definitiva la *Dis-Coll* per i collaboratori coordinati e continuativi, estendendola anche agli assegnisti universitari e ai dottori di ricerca con borse di studio.

Per poter fruire della prestazione, i parasubordinati devono far valere: almeno tre mesi di contribuzione, nel periodo che va dal primo gennaio dell'anno solare precedente sino all'evento di cessazione dal lavoro; e, nell'anno solare in cui si verifica l'evento, un mese di contribuzione oppure di lavoro parasubordinato, purché abbia originato un reddito pari almeno alla metà dell'importo che dà diritto all'accredito di un mese di contribuzione.

La misura della prestazione è calcolata, *mutatis mutandis*, come la *NASpI*, in relazione al reddito imponibile, derivante da rapporti di collaborazione, dell'anno in cui si è verificato l'evento di cessazione dal lavoro e dell'anno solare precedente³⁰.

L'indennità è corrisposta mensilmente per un numero di mesi pari alla metà dei mesi di contribuzione presenti nel periodo che va dal primo gen-

²⁷ Restituibile nei limiti delle ultime 6 mensilità in caso di conversione a tempo indeterminato (Art. 2, co. 28-30, l. 28 giugno 2012 n. 92).

²⁸ CINELLI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 367.

²⁹ Art. 2, co. 31-35, l. 92/2012 e art. 1, co. 250, l. 24 dicembre 2012 n. 228.

³⁰ L'art. 15, co. 3, d.lgs. 22/2015, più specificamente stabilisce che la *Dis-Coll* è rapportata al reddito imponibile ai fini previdenziali risultante dai versamenti contributivi effettuati, derivante da rapporti di collaborazione, relativo all'anno in cui si è verificato l'evento di cessazione dal lavoro e all'anno solare precedente, diviso per il numero di mesi di contribuzione, o frazione di essi.

naio dell'anno solare precedente sino all'evento di cessazione del lavoro; l'indennità non può in ogni caso superare la durata massima di sei mesi. Anche qui è applicato il periodo di carenza di 7 giorni. La *Dis-Coll* non dà diritto ai contributi figurativi.

A decorrere dal 1° luglio 2017, i collaboratori, gli assegnisti e i dottorandi di ricerca con borsa di studio che hanno diritto di percepire la *Dis-Coll*, nonché amministratori e sindaci (iscritti in via esclusiva alla Gestione separata) che tale diritto non hanno, sono tenuti a versare i contributi per il finanziamento della prestazione (art. 15, co. 15 *bis*, d.lgs. 22/2015).

2.2. La condizionalità

NASpI e *Dis-Coll*, come da articolo 38 della Costituzione, sono erogate a fronte di una disoccupazione *involontaria*.

L'involontarietà è sanzionata dall'iniziale esistenza e dalla successiva permanenza dello *stato di disoccupazione* come normativamente definito.

La conseguenza più immediata dell'esistenza iniziale dell'involontarietà è che i lavoratori la cui disoccupazione dipenda da dimissioni, fatta salva l'ipotesi della giusta causa, o risoluzione consensuale del rapporto restano esclusi dalla tutela sociale³¹.

La misura dell'involontarietà della disoccupazione resta la *disponibilità al lavoro*.

In quest'area, il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150 ha finalmente realizzato un sistema organico di definizione dello stato di disoccupazione e della condizionalità valido sia ai fini delle politiche attive del lavoro che delle prestazioni di disoccupazione. Questo in sé è già un pregio, ponendosi fine allo strabismo legislativo del doppio canale di accertamento dello stato di disoccupazione e della disponibilità al lavoro ai fini dell'attivazione delle politiche attive dell'impiego. Viene così istituzionalizzata la connessione necessaria fra erogazione di prestazioni economiche per la disoccupazione e attuazione di politiche attive del lavoro dirette alla reintegrazione del lavoratore nel mercato. Al di là di quanto efficace sia questo sistema di gestione del mercato

³¹ La regola è risalente. Da ultimo essa è prevista dall'art. 2, co. 5, l. 92/2012. La risoluzione consensuale non impedisce, tuttavia, il godimento della prestazione di disoccupazione qualora sia intervenuta nell'ambito della procedura di cui all'art. 7, l. 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni o di cui all'art. 6 d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Si legga in tema CINELLI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 363.

del lavoro e delle politiche attive, comunque, per la prima volta viene stabilita una connessione organica fra prestazioni economiche e politiche attive. L'erogazione delle prestazioni di disoccupazione viene, per questa via, finalizzata, oltre che al sollievo di natura economica, anche a un progetto articolato d'integrazione occupazionale del soggetto attraverso politiche attive del lavoro, in ottemperanza all'art. 4 della Carta costituzionale.

La normativa definisce disoccupati i soggetti privi d'impiego che dichiarino, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego. La domanda all'Inps di una prestazione di disoccupazione equivale a dichiarazione di immediata disponibilità ed è trasmessa dall'Inps all'Anpal (*Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro*), ai fini dell'inserimento nel sistema informativo unitario delle politiche del lavoro.

Sulla base delle informazioni fornite in sede di registrazione, gli utenti dei servizi per l'impiego vengono assegnati a una classe di profilazione (periodicamente aggiornata), secondo una procedura automatizzata di elaborazione dei dati, allo scopo di valutarne il livello di occupabilità. I beneficiari delle prestazioni a sostegno del reddito sono tenuti a contattare i centri per l'impiego entro il termine di 15 giorni dalla data di presentazione della domanda; in mancanza, sono convocati dal centro per l'impiego. In quella sede, viene elaborato il *patto di servizio personalizzato*, nel cui ambito il lavoratore si impegna a partecipazione a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro, a occasioni di carattere formativo o di riqualificazione nonché ad accettare congrue offerte di lavoro.

L'*offerta di lavoro congrua* è proposta dall'ANPAL, sulla base della: coerenza con le esperienze e le competenze maturate; distanza dal domicilio e tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico; durata della disoccupazione; livello di retribuzione offerta, che deve essere superiore di almeno il 20% rispetto all'indennità percepita nel mese precedente. È evidente che il legame fra retribuzione e indennità percepita, che va in *décalage*, può risultare molto penalizzante per il lavoratore. Mentre importante, dal punto di vista della valorizzazione professionale del lavoratore, è il riferimento alle competenze pregresse.

Nel caso in cui il beneficiario di prestazioni non si attenga ai comportamenti previsti nel patto di servizio personalizzato, decadrà dalle prestazioni

di disoccupazione, per una parte o per l'intero, a seconda della gravità e della reiterazione delle infrazioni.

Inoltre, ai disoccupati percettori della *NASpI*, la cui disoccupazione ecceda i quattro mesi è riconosciuta, qualora ne facciano richiesta, una somma denominata *assegno individuale di ricollocazione*, graduata in funzione del profilo personale di occupabilità, spendibile presso i centri per l'impiego o presso i servizi accreditati. Sulla carta, l'assegno si differenzia dal patto di servizio, che viene sospeso per il periodo di erogazione dell'assegno, per l'intensità del servizio erogato, cui è coesenziale lo strumento del tutoraggio. Il soggetto accreditato a rendere il servizio previsto dall'assegno ha diritto all'incasso solo a risultato occupazionale ottenuto³².

È chiaro che il sistema nel suo complesso comporta un inasprimento del requisito della condizionalità per il lavoratore beneficiario di prestazioni di tutela della disoccupazione³³.

L'efficacia di questo apparato di tutela, che sulla carta ha una apparenza di organicità, dipenderà molto dal grado di effettività che i servizi di gestione del mercato del lavoro e delle politiche attive riusciranno a raggiungere³⁴. Diversamente, il patto di servizio personalizzato conterrebbe obblighi solo per i lavoratori disoccupati, garantendo l'involontarietà della loro disoccupazione, ma non concreterebbe l'attuazione dell'obbligo posto allo Stato dall'art. 4, comma 1 della Carta costituzionale: "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto".

Un altro segnale positivo che ha a che fare con la condizionalità, in relazione alla ridefinizione dell'evento oggetto di tutela, è contenuto nelle disposizioni della *NASpI* e *Dis-Coll* che completano l'accoglimento della figura del lavoratore marginale, ovvero del lavoratore che non guadagna un reddito sufficiente all'integrazione sociale o che è titolare di un rapporto di lavoro di breve periodo. Questo concetto era già stato parzialmente introdotto dalla riforma Fornero ed era già utilizzato nell'area delle politiche attive del lavoro ex art. 4 del d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181.

³² Artt. 18-26, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150. Il d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181 (salvi gli artt. 1 *bis* e 4 *bis*) è abrogato, come anche è abrogato l'art. 4, co. 40-45, l. 92/2012 (art. 34 d.lgs. 150/2015). Si legga anche l'art. 7 d.lgs. 22/2015. Si vedano inoltre: l'art. 8 d.lgs. 22/2015 e l'art. 7, co. 5, l. 9 agosto 2013 n. 99, come modificato dall'art. 24, co. 3, d.lgs. 150/2015. Sull'assegno di ricollocazione si leggano anche le delibere *Anpal* n. 1/2017 e nn. 3 e 14/2018.

³³ Così anche CINELLI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 383.

³⁴ Nella stessa lunghezza d'onda anche CINELLI, *Diritto della previdenza*, cit., p. 383.

Si prevede, in particolare, la sospensione e non la decadenza dalla prestazione a fronte di rapporti di lavoro di durata non superiore ai sei mesi instaurati dal disoccupato. Inoltre, qualora il reddito derivante da un rapporto di lavoro (subordinato o parasubordinato) assunto dal percettore delle prestazioni sia inferiore al reddito minimo escluso da imposizione, la *NASpl* viene mantenuta, naturalmente in misura ridotta³⁵. D'altro canto, il lavoratore titolare di due rapporti a tempo parziale che ne perda uno e il cui reddito corrisponda a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni dell'imposta sul reddito può chiedere la prestazione di disoccupazione in misura ridotta. La *NASpl* viene ridotta anche: quando il soggetto percettore dell'indennità svolge attività di lavoro accessorio con reddito annuo previsto tra 3.000 e 7.000 euro³⁶; in caso di rioccupazione con contratto di lavoro intermittente, con o senza obbligo di risposta alla chiamata, ove il reddito prodotto consenta il mantenimento dello stato di disoccupazione. Parallelamente nel lavoro autonomo, il titolare della prestazione che intraprenda un'attività autonoma o d'impresa individuale, dalla quale derivi un reddito che corrisponda a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni dell'imposta sul reddito, conserva la prestazione sociale in misura ridotta³⁷. Si tenga, infine, presente su questo tema anche la l. 21 giugno 2017 n. 96, che all'articolo 54, co. 4, prevede che i compensi percepiti dal prestatore di lavoro occasionale sono esenti da imposizione fiscale e *non incidono sullo stato di disoccupazione*.

Ebbene, per tale via, l'evento protetto diventa capace di contenere, oltre alla disoccupazione tradizionalmente intesa, anche la *sottoccupazione e la discontinuità lavorativa*³⁸.

³⁵ I contributi versati in connessione con tali attività possono essere fatti valere ai fini della durata e dei requisiti contributivi.

³⁶ Sino a 3.000 euro, prestazione e reddito sono cumulabili.

³⁷ Artt. 9 e 10 d.lgs. 22/2015, come modificati dall'art. 34, co. 3, lett. a) e b), d.lgs. 150/2015. In caso di nuova occupazione con contratto di lavoro subordinato, anche la *Dis-Coll* è sospesa sino a un massimo di 5 giorni. Se invece il reinserimento nel mercato del lavoro avviene attraverso un'attività lavorativa autonoma o d'impresa individuale, dalla quale derivi un reddito che corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai fini dell'imposta sul reddito, la *Dis-Coll* è conservata in misura ridotta (art. 12 d.lgs. 22/2015, come modificato dall'art. 34, co. 3, lett. b, d.lgs. 150/2015). La *Dis-Coll* è ridotta anche in caso di attività di lavoro accessorio dalla quale derivi un compenso superiore a 3.000 euro netti.

³⁸ Per questi concetti si legga BOZZAO, *Dal "lavoro" alla "laboriosità"*. *Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, p. 568.

3. *I principi e le regole*

La tutela della disoccupazione trova le sue origini, nell'ambito del sistema di sicurezza sociale, in primo luogo, negli artt. 38, 4 e 35 della Costituzione.

L'art. 38, co. 2, prevede che l'intervento del sistema di sicurezza sociale si attivi quando c'è una carenza di lavoro nel mercato. Questa norma condiziona l'intervento pubblico alla presenza di una situazione di disoccupazione involontaria. L'inattività del prestatore di lavoro, in altre parole, deve dipendere da una mancanza di lavoro connessa alla particolare posizione occupata dal soggetto nel mercato e non da una libera determinazione dello stesso. L'art. 38 Cost. prevede un sistema di protezione per la disoccupazione essenzialmente basato sulla tutela del reddito.

D'altra parte, il sistema di tutela della disoccupazione si fonda anche sugli artt. 4, co. 1, e 35, co. 1, Cost. Queste norme riconoscono il diritto al lavoro a tutti i cittadini.

L'art. 38, da un lato, e gli artt. 4 e 35, dall'altro, possono essere considerati come complementari: la situazione di disoccupazione, infatti, è cagionata dall'inattuazione del diritto al lavoro. Inoltre, lo scopo principale del sistema di sicurezza sociale consiste nella rimozione della causa, oltreché degli effetti, dello stato di bisogno: nell'ipotesi della disoccupazione, pertanto, la protezione del diritto al lavoro si realizza in primo luogo con la reintegrazione del lavoratore nella sua posizione sostanziale nel mercato, garantendogli nel frattempo la tutela del reddito.

Il sistema di sicurezza sociale previsto dalla Costituzione, il cui carattere essenziale è l'universalità, dunque, è stato concepito per garantire ai lavoratori una tutela di tipo sia economico che occupazionale: l'una rivolta alla reintegrazione del reddito del cittadino lavoratore rimasto privo di occupazione, per tal via attenuando le conseguenze dell'evento lesivo; l'altra, presidio dell'effettività della garanzia costituzionale del diritto al lavoro prevista dagli artt. 4 e 35, diretta a incentivare l'impiego dei soggetti beneficiari nel mercato, rimuovendo per tal via la causa dello stato di bisogno.

La ragion d'essere della tutela, lo si è detto, è la realizzazione dell'egualianza sostanziale – distributiva – la quale a sua volta ha per obiettivo finale la pari dignità umana, che trova il suo nucleo nei diritti inviolabili della persona umana dell'art. 2 Cost.; il sistema, nella sua funzione di realizzazione della giustizia distributiva, deve fornire prestazioni nel complesso idonee a rendere effettiva la garanzia dell'integrazione sociale, ossia “il

pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" dell'art. 3, comma 2, Cost.

Questo il contesto costituzionale che fa da sfondo a *NASpI e Dis-Coll*.

Gli elementi costitutivi della *NASpI* e la declinazione che ne è stata offerta dal legislatore certamente trovano l'ispirazione prevalente nel principio di tutela assicurativo. Del resto, questa caratterizzazione non è nuova al sistema, essendo stata in passato propria anche dell'*Assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria*. Sebbene, l'istituto abbia da sempre avuto anche alcune caratteristiche riconducibili al principio di solidarietà.

Partiamo dal *principio assicurativo*. L'*involontarietà* dell'evento disoccupazione – che appare addirittura nel testo costituzionale, all'art. 38, co. 2 – non è che la traduzione in termini previdenziali della richiesta estraneità del soggetto al verificarsi dell'evento, ovvero della non imputabilità all'assicurato del rischio. All'*involontarietà* è connessa innanzitutto una funzione di disciplina sociale sul comportamento del soggetto protetto, che si sostanzia nella richiesta di disponibilità al lavoro, accertata dagli organi di gestione del mercato del lavoro. All'*involontarietà* è legata, inoltre, la negazione della tutela al lavoratore dimissionario o in caso di risoluzione consensuale del rapporto, in quanto 'volontariamente' disoccupato³⁹; per inciso, si sottolinea che la volontà di porre fine al rapporto non necessariamente conduce a una successiva mancanza di lavoro né implica la volontà di rimanere in uno stato di disoccupazione⁴⁰. Anche i *part timer* verticali restano vittime del requisito dell'*involontarietà* della disoccupazione: la Corte di Cassazione, prima, e la Corte Costituzionale, poi, hanno negato la corresponsione dell'indennità di disoccupazione ai *part timer* verticali, sulla base del fatto che la stipulazione di un contratto a tempo parziale su base annua dipende dalla libera volontà del lavoratore contraente e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria, ossia indennizzabile, nei periodi di pausa⁴¹.

³⁹ La disoccupazione resta, invece, involontaria nell'ipotesi di dimissioni per giusta causa ex art. 2119 c.c., in quanto in questa ipotesi le dimissioni sono la conseguenza di un grave inadempiamento del datore di lavoro piuttosto che il frutto di una scelta volontaria del lavoratore: in questi termini C. Cost. 17 giugno 2002 n. 269. Si legga sul punto anche la circolare Inps 4 giugno 2003 n. 97.

⁴⁰ Si legga in materia, BALANDI, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1984, p. 59 ss.; cfr., però, D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 61.

⁴¹ Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2003 n. 1732 e C. Cost. 24 marzo 2006 n. 121.

I tratti peculiari del rischio assicurato, del resto, conducono a esclusioni dal campo di applicazione soggettivo della tutela che sono direttamente dipendenti dall'inesistenza del rischio, dalla certezza del suo verificarsi o dalla sua volontaria accettazione. Così, per esempio, l'eccettuazione dal campo applicativo dell'assicurazione dei lavoratori cui sia garantita la stabilità dell'impiego è riconducibile all'assenza del rischio. Mentre la *ratio* della preclusione operante nei confronti dei lavoratori titolari di rapporti contrassegnati da elementi associativi riposa nella volontaria assunzione del rischio di disoccupazione da parte del soggetto assicurato.

Il ruolo assunto dal meccanismo assicurativo emerge, altresì, in tutta la sua pregnanza nella previsione dei requisiti di anzianità assicurativa e di attualità contributiva, cui è subordinato l'accesso alla prestazione.

Anche le modalità di computo della *NASpI* conservano un legame con i principi assicurativi: la prestazione è proporzionalmente commisurata, infatti, alla retribuzione, base di calcolo dei contributi datoriali. La durata della prestazione, che è corrisposta, mensilmente, per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni, è severa espressione del principio assicurativo. Per fare un esempio, un lavoratore che abbia solo il minimo contributivo di 13 settimane (di cui naturalmente 30 giorni negli ultimi 12 mesi) non avrà più di 6 settimane e mezzo di prestazione. Mentre, il soggetto che abbia 12 mesi di contribuzione negli ultimi quattro anni e due anni di contribuzione totale, che con l'*ASpI* avrebbe avuto diritto a un anno di prestazione (o a 18 mesi se di età superiore ai 55 anni), oggi avrà diritto soltanto a sei mesi di prestazione: esattamente la metà di prima. E si sottolinea che l'andamento del mercato del lavoro degli ultimi anni può aver prodotto diversi casi di questo tipo. Lo stesso allungamento, rispetto al passato, del periodo di riferimento per il calcolo dell'indennità è un altro elemento di accentuazione della natura assicurativa della prestazione.

Il periodo di carenza assicurativa di 7 giorni, infine, è diretta derivazione dell'istituto della franchigia delle assicurazioni private: i benefici della corresponsione di un trattamento per pochi giorni vengono ritenuti insufficienti a giustificare i costi⁴².

Anche sotto l'aspetto del finanziamento, la *NASpI* resta intrisa di reflui del principio assicurativo. I contributi datoriali sono differenziati per settore, presumibilmente a seconda dell'entità del rischio del verificarsi dell'evento;

⁴² BALANDI, *Tutela del reddito*, cit., p. 75 ss.

inoltre, le contribuzioni addizionali sulla stipula di contratti a termine e sui licenziamenti effettuati altro non sono che sanzioni per l'aggravamento del rischio.

Considerazioni simili, sotto questi aspetti, possono farsi, *mutatis mutandis* per la *Dis-Coll*. Aggiungendosi qui che la diminuzione, rispetto alla *NASpI*, nell'entità della tutela erogata ha pure matrice assicurativa, ovvero l'abbassamento delle condizioni contributive di accesso conduce ad una prestazione meno elevata.

Il *principio di solidarietà* è intervenuto a mitigare l'operatività del principio assicurativo sotto diversi aspetti.

Intanto, i requisiti contributivi sono stati ridotti ai minimi termini. Nella *Dis-coll* essi sono davvero risibili.

Poi, come si è più volte avuto modo di precisare, le esigenze attuariali connesse ai requisiti contributivi conservano oggi valore a un livello meramente strutturale, risultando prive di rilevanza sul piano finanziario. L'intervento pubblico in quest'area completa il sistema di finanziamento.

La *Dis-Coll* rappresenta in sé un'eccezione alla circoscrizione del campo applicativo della tutela a opera del rischio assicurato: i beneficiari, ovvero i collaboratori coordinati e continuativi, restano lavoratori autonomi, dunque soggetti per i quali si realizza la certezza del verificarsi del rischio.

Ancora in relazione alla *Dis-Coll*, il contributo posto su amministratori e sindaci (iscritti in via esclusiva alla Gestione separata) può essere letto soltanto con le lenti della solidarietà, atteso che gli stessi non sono beneficiari della prestazione di disoccupazione che sono chiamati a finanziare.

Argomentazioni simili a quelle della *Dis-Coll*, in tema di campo applicativo, possono prodursi in relazione ai lavoratori a tempo determinato, i quali hanno accesso alla *NASpI* pur versando anche essi in una situazione connotata dalla prevedibilità della futura disoccupazione.

Anche l'istituto della contribuzione figurativa, sebbene la sua operatività sia stata da ultimo ridotta nell'ambito della tutela della disoccupazione, è espressione del principio di solidarietà.

Lo stesso può dirsi del periodo di riferimento per il calcolo della prestazione: nonostante esso sia stato aumentato, comunque non corrisponde, evidentemente per ragioni di solidarietà di sistema, all'intera vita lavorativa.

In tema di condizionalità, infine, è considerato disponibile al lavoro, e come tale meritevole della tutela economica e occupazionale, anche chi, a causa della marginalità o discontinuità del proprio lavoro, non riesca a rag-

giungere un reddito sufficiente a garantirgli l'integrazione sociale, nel senso posto dall'art. 3, co. 2, della Carta costituzionale. La strada percorsa, nel nome del principio di solidarietà, è stata in sostanza quella della ridefinizione del concetto d'involontarietà della disoccupazione e della sua misura, ovvero della disponibilità al lavoro.

L'esercizio di definire i diversi aspetti della natura composita di *NASpI* e *Dis-Coll* ci aiuta a comprenderne le potenzialità di attuazione del sistema di tutela della disoccupazione immaginato dal legislatore costituzionale.

È evidente che se la tutela per la disoccupazione si esaurisse in prestazioni di matrice assicurativa, essa risulterebbe inadeguata alla luce dei principi costituzionali. Il principio assicurativo, infatti, geneticamente preclude l'universalità della tutela: coloro che non hanno una provvista contributiva o che non hanno un numero di contributi sufficienti, ovvero gli inoccupati e i lavoratori saltuari, occasionali, discontinui, frequentemente disoccupati sono esclusi dalla protezione sociale.

Il concetto stesso di rischio assicurato circoscrive il campo applicativo della protezione, attesa l'impossibilità di accordare tutela alle situazioni di bisogno che non rispondano alle caratteristiche proprie del rischio.

Inoltre, l'entità della prestazione e la sua durata non risultano determinate sulla base della condizione di bisogno, ma in relazione a parametri di origine assicurativa.

L'inadeguatezza del principio assicurativo nella tutela sociale della disoccupazione, d'altra parte, è fenomeno che non emerge certo con l'incremento nel mercato di forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo pieno e indeterminato. Sono piuttosto le crisi economiche degli anni '70 a porre in discussione, e con riferimento al lavoratore a tempo pieno e indeterminato, l'idoneità dell'assicurazione contro la disoccupazione a integrare la soglia di garanzia costituzionalmente riconosciuta: anche per il lavoratore 'tipico', infatti, i criteri assicurativi hanno reso inevitabile la circoscrizione della tutela erogata dall'assicurazione disoccupazione sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo; ancora a elementi di chiara matrice assicurativa è stata a lungo connessa l'entità irrisoria e la durata limitata dell'indennità ordinaria. Ne sono prova, a tacer d'altro, i meccanismi d'emergenza – quali gli ammortizzatori in deroga, e le proroghe infinite dei trattamenti di mobilità o di integrazione salariale, o i mostri dalla natura ibrida quale l'ormai abrogato *Assegno di disoccupazione (ASDI)* – che negli anni sono serviti a compensare l'assenza di un *safety net* specificamente rivolto ai lavoratori disoccupati.

Diventano, dunque, strutturalmente importanti le iniezioni di solidarietà che hanno reso queste prestazioni socialmente più sostenibili.

Mentre, resta cruciale la necessità di avere sempre nel sistema di tutela una rete minima di protezione specificamente rivolta agli inoccupati/disoccupati.

Accanto a ogni assicurazione sociale, anche a quella più *soft* quanto a requisiti contributivi, è necessaria una prestazione di sicurezza sociale finanziata attraverso la solidarietà generale e idonea a garantire l'integrazione sociale (art. 3, co. 2, Cost.), ovvero, per usare le belle espressioni di Mortati e D'Aloja, la "mobilità sociale"⁴³, "l'effettiva circolazione delle *chances* di vita"⁴⁴.

⁴³ MORTATI, *Art. 1, Commento sub art. 1 Costituzione*, in BRANCA (a cura di), *op. cit.*, p. 15.

⁴⁴ D'ALOJA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, 2002, p. 11.

Abstract

L'A. parte dalla premessa che il sistema di sicurezza sociale sia frutto del diverso combinarsi di principi contenuti nella Carta costituzionale e nella legislazione ordinaria. Il principio di solidarietà e quello assicurativo vengono specificamente analizzati per indagarne l'influenza nel sistema previdenziale di tutela della disoccupazione. In particolare, viene analizzato l'impatto dei due principi sulla *NASpI* e sulla *Dis-Coll*.

L'esercizio di definire i diversi aspetti della natura composita di *NASpI* e *Dis-Coll* aiuta a comprenderne le potenzialità di attuazione del sistema di tutela della disoccupazione immaginato dal legislatore costituzionale. Appare evidente all'A. che se la tutela per la disoccupazione si esaurisse in prestazioni di matrice assicurativa, essa risulterebbe inadeguata alla luce dei principi costituzionali. Diventano, dunque, strutturalmente importanti le iniezioni di solidarietà che hanno reso queste prestazioni socialmente più sostenibili. Mentre, resta cruciale la necessità di avere sempre nel sistema di tutela una rete minima di protezione.

The A. starts from the premise that the social security system is the end result of the combining of principles of both the constitutional chart and the ordinary legislation. In particular, the principle of solidarity and the insurance principle are analysed so as to show their influence upon the system of protection for the unemployed. The objective is that of evaluating if *NASpI* and *Dis-Coll* implement the social protection system envisaged by the Italian Constitutional Chart. The main finding of the paper is that if a system is exclusively inspired to the social insurance principle, then it does not fulfil the Constitution; thus solidarity injection are of extreme importance for the social sustainability of benefits. Moreover, it is crucial to have in the system a safety net for those who cannot fulfil insurance conditions.

Key words

Disoccupazione, sicurezza sociale, assicurazioni sociali, *NASpI*, *Dis-Coll*.

Unemployment, social security, social insurance, unemployment insurance.

Rosa Casillo

Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale*

Sommario: **1.** L'attuale interpretazione legislativa, politica e sociale del contrasto assistenziale all'esclusione sociale. **1.1.** I termini di una riflessione nella prospettiva di diritto della sicurezza sociale. **2.** Protezione e sicurezza nel programma di dignità/partecipazione/cittadinanza sociale universale. **3.** L'art. 38, co. 1, Cost. Il bisogno: povertà, lavoro, inclusione sociale. **3.1.** La tutela: le prestazioni di mantenimento. **3.1.1.** Le prestazioni di assistenza sociale. **3.2.** I destinatari: l'inabilità al lavoro. **4.** Quale razionalizzazione per le misure assistenziali.

1. L'attuale interpretazione legislativa, politica e sociale del contrasto assistenziale all'esclusione sociale

La cifra delle misure assistenziali di contrasto all'esclusione sociale in Italia, come noto, è sempre stata la frammentazione.

Anzitutto locale, e già prima che le Regioni fossero abilitate in via esclusiva a legiferare in materia di assistenza sociale (l. cost. 23 gennaio 2001 n. 1), avvalendosi, a quell'epoca, della devoluzione in materia di beneficenza pub-

* Mentre questo contributo era in stampa, è stata resa nota la bozza del d.l. sul Reddito di cittadinanza. L'istituto in fieri, che ha una struttura perfettamente sovrapponibile al Rei, non è suscettibile dei rilievi sull'inadeguatezza degli indicatori di povertà (par. 3) e sulla scarsa attenzione ai servizi sociali (par. 3.1.1.). Nella prospettiva sistematica, nella quale si conferma invece diverso dal Rei, esso, come nella versione di cui al d.d.l. 1148, rimane calibrato su una soglia di povertà superiore a quella assoluta, benché sia scomparso il riferimento al "rischio di povertà" (par. 3). Il beneficio economico, pure se rimodulato su 780 euro mensili come limite massimo, si conferma fuori dall'essenzialità del bisogno di mantenimento, e delicate questioni non solo permangono, essendo, la Pensione di cittadinanza prevista nello stesso d.l., una pura questione nominalistica; sono, di più, accentuate, per essere, l'istituto, dichiarato "livello essenziale delle prestazioni" (par. 3.1.).

blica (art. 117, co. 1, Cost., versione originaria) e, gli Enti locali minori, del decentramento amministrativo a partire dal d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616¹. Poi, con la sperimentazione del Reddito minimo di inserimento (Rmi: d.lgs. 18 giugno 1998 n. 237) l'iniziativa locale ha impulso decisivo, e si intensifica di fronte ai crescenti numeri della povertà dovuti alla crisi del 2008², ai quali il legislatore ancora non reagiva con rimedi strutturali definitivi e, soprattutto, adeguati alla complessità del fenomeno da aggredire, perseguendo nell'approccio disorganico alla soluzione del tema sociale.

Qui è l'altro profilo della frammentazione della tutela. Per un tempo lungo le politiche sociali *post* costituzionali sono state orientate dalla prospettiva statica della povertà³: interpretata come indigenza o disagiate condizioni economiche, essa ha sollecitato misure in garanzia del mantenimento vitale e del godimento di singole prerogative fondamentali laddove impedito dalla povertà⁴. La prospettiva dinamica, che guarda al fenomeno e alle sue soluzioni inglobando nello stato di mera povertà gli effetti di esclusione sociale, emerge solo nel 1995, quando, oramai chiaro il mutamento della fisiologia della povertà delle persone e delle famiglie⁵, la Commissione di indagine sulla povertà e sull'emarginazione (CIPES)⁶ ipotizzò l'introduzione, a livello nazionale, di una misura che combinasse integrazione al reddito e integrazione sociale attraverso il lavoro: l'assegno di minimo vitale⁷. L'istituto, perfezionato, fu poi riproposto due anni dopo dalla Commissione Onofri

¹ Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale (c.d. Commissione Onofri), *Relazione finale*, 28 settembre 1997, p. 157 ss.

² V. la sintesi di: GRANAGLIA, BOLZONI, *Il reddito minimo di inserimento. Analisi e valutazione di alcune esperienze locali*, Quaderni CIES n. 3, 2010; GIUBILEO, *Qualche ragionamento sul reddito minimo: teoria, sperimentazione e problemi dello strumento*, in *RDSS*, 2013, p. 337 ss.; LA FORGIA, *Le politiche regionali di contrasto alla povertà e di inserimento lavorativo*, in *RGL*, 2016, p. 562 ss.; VINCIERI, *Verso la tutela della povertà: l'ipotesi dei Reddito di inclusione*, in *LD*, 2017, p. 302 ss.

³ SGRITTA, *Assistenza sociale*, in *Enc. Scienze Soc.*, Ist. Enc. It., 1991, p. 370 ss.

⁴ SANDULLI, *Disagiate condizioni economiche e sicurezza sociale*, in *DL*, 1989, p. 291 ss.

⁵ Grazie ai lavori della Commissione di indagine sulla povertà (1984-1990), a cui si deve il primo Rapporto sulla povertà in Italia del 1985 (Rapporto Gorrieri).

⁶ Così nel 1990 muta denominazione l'organismo ministeriale appena richiamato in nota, mantenendola sino alla l. 328/00, per la quale emblematicamente il fenomeno da osservare non è più la povertà e l'emarginazione bensì l'esclusione sociale. L'art. 27 della stessa l. 328/00 istituisce la Commissione per l'indagine sull'esclusione sociale (CIES), i cui compiti sono oggi demandati alla Direzione per l'inclusione e le politiche sociali del Ministero del lavoro (art. 12, co. 20, d.l. 6 luglio 2012).

⁷ CIPES, *Verso una politica di lotta alla povertà. L'assegno per i figli e il minimo vitale*, 1995, p. 19 ss., in *www.sitiarcheologici.lavoro.gov.it*.

come Reddito minimo di inserimento (Rmi)⁸: subito sperimentato a livello locale (con il d.lgs. 237/98 per gli anni 1999-2000; con l. 23 dicembre 2000 n. 338 per gli anni 2001-2002)⁹ e immaginato come strutturale nel sistema integrato di interventi e servizi sociali (art. 23, l. 8 novembre 2000 n. 328). Ma la sperimentazione, come noto, non superò il primo quadriennio¹⁰. Né seguì mai, ad essa, l'attuazione del Reddito di ultima istanza (Rui): proposto nel Libro Bianco sul *Welfare* (2003), previsto con l. 24 dicembre 2003, n. 205, art. 3, co. 101-103, ma censurato dalla Corte costituzionale rispetto all'autonomia anche finanziaria delle Regioni in materia di assistenza sociale¹¹. Fu solo l'irrompere della crisi economica del 2008 a segnare, dopo un quinquennio, il riavvio degli interventi statali. Prima con la Carta acquisti (c.d. *social card*: d.l. 25 giugno 2008 n. 112), che, sollevando dal "bisogno estremo" di natura alimentare¹², nuovamente aggrediva la mera povertà; poi con una misura che riaffermava la concezione multidimensionale del fenomeno affiancando la provvidenza economica a misure di inclusione sociale: la Carta Acquisti sperimentale (art. 60, d.l. 9 febbraio 2012 n. 5). Dopo un triennio di sperimentazione¹³, come già aveva anticipato la l. 27 dicembre 2013 n. 147, art. 1, co. 216, la misura, rinominata¹⁴ Sostegno all'inclusione attiva (Sia), fu estesa a tutto il territorio nazionale (l. 28 dicembre 2015 n. 208, art. 387 e d.m. 26 maggio 2016 n. 166). In quello stesso anno, per i disoccupati (c.d. di lunga durata) già percettori di Naspi, *ultra* 55enni non pensionabili e privi di mezzi, si sperimentava, con il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22, un secondo livello di tutela in caso di disoccupazione, a metà tra assistenza e previdenza: l'Asdi¹⁵. Ma già dal

⁸ Commissione Onofri, *op. cit.*, p. 152 ss.

⁹ CIES, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale*, Anno 2010, Carocci, 2011, p. 189 ss.

¹⁰ Per l'accordo tra governo e parti sociali del 7 luglio 2002 (il Patto per l'Italia): RANCI ORTIGOSA, *Il reddito minimo di inserimento dal rapporto Onofri ad oggi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2007, p. 17 ss.; VIVALDI, GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive di riforma*, in *DS*, 2014, p. 115 ss., p. 131 ss.

¹¹ C. cost. 29 dicembre 2004 n. 423: PIZZOLATO, *L'incompiuta attuazione del minimo vitale nell'ordinamento italiano*, in *RDSS*, 2005, p. 258 ss.

¹² C. cost. 15 gennaio 2010 n. 10.V, par. 3.1.

¹³ D'EMILIONE, RACITI, VIVALDI, *La Carta Acquisti Sperimentale come azione propedeutica all'implementazione del SIA: evidenze di una valutazione qualitativa della misura*, in *Quaderni INAPP*, 2017.

¹⁴ Dal Gruppo di lavoro sul reddito minimo istituito con d.m. 13 giugno 2013: MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Verso la costruzione di un istituto nazionale di contrasto alla povertà*, 2013.

¹⁵ V. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in *DLM*,

febbraio del 2016, nelle aule parlamentari si cominciò a discutere il d.d.l. delega AC 3584 (poi AS 2494), divenuto l. 15 marzo 2017 n. 33, a cui si deve, dopo meno di un anno, il d.lgs. 15 settembre 2017 n. 147 che ha introdotto il Reddito di inclusione (Rei) – che assorbe il Sia, la Carta acquisti e l’Asdi.

Il Rei è presentato come “misura unica nazionale di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale” (art. 2, co. 2, d.lgs. 147/17) e come “livello essenziale delle prestazioni” ai sensi dell’art. 117, co. 2, lett. m), Cost. (art. 2, co. 13), e completa il sistema integrato di interventi e servizi sociali, esso pure livello essenziale¹⁶, come definito dall’art. 22, co. 1, l. 328/00¹⁷. La tutela – si accennano solo, ora, temi dei quali si dirà dopo – è “riconosciuta ai nuclei familiari in una condizione di povertà” (co. 3), identificata per il profilo sociale in ciò che, secondo le misurazioni economico-statistiche, corrisponde alla soglia (Istat) di povertà assoluta (artt. 3, 9-11). Il beneficio si compone di due prestazioni legate da una severa condizionalità (art. 12): una economica e una di servizi sia sociali alla persona *ex* l. 328/00 (art. 7) sia finalizzati l’inserimento/reinserimento al lavoro *ex* d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150 (art. 6, co. 4), secondo le necessità definite, con un’analisi multidimensionale del bisogno (art. 5), in un progetto personalizzato “di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa” (art. 2, co. 2; art. 6).

Al di là dell’idea che si ha sull’efficacia della misura, non si può negare che, così costruita, essa guarda alla povertà nel senso composito di esclusione sociale, e ne riporta l’azione assistenziale di contrasto tra i doveri di solidarietà pubblica (i compiti dello Stato sociale) e, perciò, tra i diritti sociali, la cui garanzia almeno essenziale non tollera né inazione del legislatore nazionale (inazione dello Stato sociale) né graduazioni territoriali nelle tutele (con un *vulnus* all’unità nazionale, che è anche coesione sociale). Il Rei, si vuol dire, senz’altro esprime un approccio non più frammentato al tema sociale.

La lentezza con cui ha avuto risposta giuridica l’istanza sociale, dovuta anche alle scelte politiche di allocazione delle risorse scarse, stride con la ra-

2015, p. 521 ss.; OCCHINO, *L’assegno sociale di disoccupazione involontaria: un nuovo strumento di politica assistenziale*, in BASENGHI, RUSSO (a cura di), *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 193 ss. Dal 2015, poi, anche misure pensionistiche sono state impiegate al fine sociale: la c.d. Ape sociale (art. 1, co. 179-186, l. 11 dicembre 2016).

¹⁶ V. qui ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e “livello essenziale di prestazione” nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull’“uguaglianza solidale”*, in RDSS, 2002, p. 549 ss.

¹⁷ L’art. 23 prima richiamato, che disponeva la generalizzazione con successivo atto normativo del Rmi, è stato abrogato proprio dal d.lgs. 147/17 (art. 27).

pidità con cui l’iniziativa governativa del 2016 è stata accolta dal legislatore¹⁸. Una rapidità che molto deve alle ultime manifestazioni della *governance* persuasiva dell’Unione Europea. A partire dalla Raccomandazione del Consiglio 92/441/CE, l’Unione, come noto, ha sempre più esplicitamente declinato i principi di contrasto all’esclusione sociale delle sue fonti fondamentali, vincolanti e non, come garanzia di un reddito minimo¹⁹: sia nei programmi comuni ex art. 5, n. 3, e art. 153 TFUE (il Mac) – strategia di Lisbona 2000²⁰; strategia Europa 2020 e sue basi condivise²¹ – sia negli interventi *soft* emanati anche nell’ambito dei programmi medesimi²², costruendo nel tempo un quadro, oggi arricchito dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 24 ottobre 2017 e dal Pilastro Europeo dei diritti sociali (art. 14)²³, in cui la misura si colloca non solo come *policy* europea ma come diritto “costituzionalizzato”, anche grazie al contributo della Cgue²⁴. Un diritto che forse non è tecnicamente opponibile agli Stati membri, perché l’art. 34 della Carta di Nizza, che è il principio “giuridico” suo fondamento, vincola gli Stati nel fine, non nei mezzi²⁵. Ma che sicuramente impone un’azione prescrittiva che definisca le linee di coordinamento delle scelte nazionali verso la misura “costituzionalizzata”. Un’azione nella forma di direttiva²⁶, già ipotizzata più volte in passato²⁷ e che

¹⁸ È trascorso un anno e mezzo tra l’avvio della discussione sul d.d.l. delega AC 3584 (febbraio 2016) e l’approvazione del d.lgs. 147/2017 (settembre 2017); ma ne sono trascorsi circa 20 da quando la Commissione Onofri (1997) proponeva il Rmi.

¹⁹ Si rinvia per questo profilo a BOZZAO, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi giurisprudenziali*, in *DLRI*, 2011, n. 4, p. 499 ss., spec. p. 595 ss.

²⁰ V. GIUBBONI, *Diritto della sicurezza sociale e lotta all’esclusione: il caso italiano in prospettiva europea*, in CINELLI, GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Giappichelli, 2005, p. 145 ss.

²¹ Anche per questi aspetti, per ragioni di brevità, si rinvia a CARPARELLI, BERTI, *Europa 2020. Le politiche contro la povertà e l’esclusione nella strategia europea per il prossimo decennio*, in *RPS*, 2010, p. 53 ss.

²² Tra i più espliciti: Raccomandazione della Commissione 2008/867/CE; Risoluzione del Parlamento europeo 2008/2330(INI) e 2010/2039(INI).

²³ Rispettivamente: Risoluzione del Parlamento europeo 2016/2270(INI); Comunicazione della Commissione, Bruxelles, 26.4.2017, COM(2017) 250 final.

²⁴ V. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell’Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *DLRI*, 2011, p. 225 ss.; ID., *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitori ed esperienze applicative*, in *RDSS*, 2014, p. 1 ss.

²⁵ ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull’attuazione della legge n. 33/2017*, in *RDSS*, 2017, p. 419 ss., spec. 433 s.

²⁶ Con più di una base giuridica: ALAIMO, *op. ult. cit.*, p. 423.

²⁷ Comunicazione della Commissione COM(2000)379; Risoluzione del Parlamento europeo 2011/2052(INI); Parere del Comitato economico e sociale 2014/C 170/04. La stessa Rac-

oggi trova un rinnovato consenso²⁸. Dell'assenza di una direttiva non ha però risentito l'azione dei Paesi membri, e schemi di reddito minimo sono presenti nel panorama europeo dal 1992²⁹. Il nostro Paese, destinatario di Raccomandazioni specifiche sin dal 2014 e, infine, nel 2016³⁰, ha disposto solo oggi, con il Rei.

Benché l'*iter* sia della l. 33/17 sia del d.lgs. 147/17 testimoniano che il Rei è il prodotto di un esecutivo aperto e collaborativo³¹, si può dire che esso riflette più le sollecitazioni della società civile³² che quelle della classe politica³³; tant'è che nell'attuale legislatura la nuova maggioranza di governo intende introdurre una misura diversa dal neonato Rei, proposta sin dal 2013 con d.d.l.A.S. 1148: il Reddito di cittadinanza (Rdc), la l. 30 dicembre 2018 n. 145 ne prevede finanziamento e successiva normativa di attuazione; i tratti essenziali dell'istituto tuttavia sono già noti, e conformi a quelli previsti con d.d.l. 1148, al quale perciò si farà riferimento.

È comune il rilievo che, nonostante la denominazione, questa misura, come il Rei, appartenga alla famiglia dei redditi minimi, che sono selettivi, non dei redditi universali, che invece, prescindendo dalla condizione economica dei beneficiari, non lo sono³⁴. Il Rdc è però regolato in modo diverso dal Rei. A partire dai destinatari: cittadini, italiani ed europei, residenti (art. 4, d.d.l. 1149), in condizioni economiche inferiori alla "soglia di povertà relativa", verificata con un "reddito netto medio mensile" inferiore ai "6/10 del reddito mediano equivalente familiare" definito nel rispetto delle indicazioni UE sulla quantificazione del rischio di povertà (art. 2, co. 1, lett. h).

comandazione del 1992 era, in origine, una proposta di direttiva: Rapporto CER, *Verso schemi di reddito minimo europei?*, 2017, n. 2, p. 55.

²⁸ Nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 24 ottobre 2017 (ma non anche nel PES: GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *QCost.*, 2017, p. 953 ss.

²⁹ V. il rapporto CER, *op. cit.*

³⁰ Raccomandazione del Consiglio Europeo all'Italia, (2016/C 299/01).

³¹ MACCABIANI, *Una misura nazionale e strutturale di contrasto alla povertà: portata, iter e profili di rilievo costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2017.

³² Esattamente del *network* Alleanza contro la Povertà, autore di una proposta (il Reis) le cui linee sono confluite nel *Memorandum* d'intesa sottoscritto dal Governo il 14 aprile 2017, in parte considerevole riprodotto nel Rei.

³³ Da tempo sensibile al tema: i primi progetti e disegni di legge compaiono già nella 13^o legislatura (v. Commissione Onofri, *op. cit.*), poi divenuti numerosi nelle ultime due (2013-2018: v. Banche dati del Senato).

³⁴ Sulla nota distinzione: RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Giappichelli, 2018, p. 35 ss.; BRONZINI, *Il reddito minimo*, cit., p. 227.

Tale soglia è indicata (per il 2014) in 780 euro mensili: somma assicurata con il Rdc al nucleo familiare unipersonale e, elevata in proporzione, ai nuclei di più componenti (art. 3, co. 1-3), legata essa pure alla “partecipazione attiva” del beneficiario (art. 9).

Nel dibattito sociale e scientifico, poi, è sempre coltivata la proposta di una soluzione all’esclusione sociale molto diversa sia dal Rei sia dal Rdc. Varie ne sono le configurazioni: reddito di base, di esistenza, di dignità, minimo vitale, reddito di cittadinanza in senso proprio. Le si può riassumere, con la dottrina prevalente, come Reddito minimo universale (Rmu): una misura economica senza barriere all’ingresso che non siano riferibili alla cittadinanza politica o alla residenza e senza connessione tra corresponsione del beneficio e attivazione del destinatario. Con ciò, secondo i suoi sostenitori³⁵, la misura elimina in radice il rischio di povertà ed esclusione sociale assicurando, a tutti, i beni sociali con garanzia di libertà di scelta del lavoro.

Pur lontana dalla tradizione del nostro Stato sociale, che, per quanto attiene alla sfera assistenziale, ha conosciuto e conosce soluzioni all’esclusione sociale esclusivamente legate alla povertà, una tale misura non è più solo un’ipotesi teorica. Sperimentazioni in diversi Paesi già ve ne sono³⁶, e nel nostro, benché non sia stata formalizzata in proposte di legge, essa è vista come “ideale da raggiungere” nella presentazione del d.d.l. sul Rdc.

1.1. I termini di una riflessione nella prospettiva di diritto della sicurezza sociale

Non è facile condurre una riflessione giuridica sulle tre soluzioni che rimanga ancorata al dato positivo e al suo retroterra meta-positivo (dei valori

³⁵ Oltre ai richiami dei par. 1.1. e 2, v. BIEN ITALIA (a cura di), *Oltre il Reddito di inclusione. Un reddito garantito come diritto di base*, 2018; SARACENO, *Povertà ed esclusione sociale oggi in Italia: cause e possibili rimedi*, in *RGL*, 2016, n. 4. p. 717 ss.; GRANAGLIA, BOLZONI, *Il reddito di base*, Ediesse, 2016; GNESUTTA (a cura di), *Come minimo. Un reddito di base per la piena occupazione*, e-book sbilanciamoci.info, 2013; FERRAJOLI, *Manifesto per l’eguaglianza*, Laterza, 2018; BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l’Italia e per l’Europa*, EGA, 2011 e, ora, ID, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell’era dell’innovazione*, EGA, 2017; TRIPODINA, *Povertà e dignità nella costituzione italiana: il reddito di cittadinanza come strumento costituzionalmente necessario*, in *RGL*, 2016, p. 732 ss.

³⁶ MARTONE, *Il reddito di cittadinanza. Una grande utopia*, in *RIDL*, 2017, I, 399 ss. Non è Rmu la nota misura dell’Alaska, perché non deriva dalla solidarietà sociale ma dalla distribuzione, tra i consociati, della ricchezza petrolifera del Paese.

giuridici) senza scivolare anche sul piano meta-normativo (dei valori etici) risentendo delle personali preferenze sul significato di solidarietà, giustizia e libertà sottesi a ciascuna. Né è possibile liberarsene acquisendo, di questi valori, la concezione oggettiva: essa manca, perché il processo di storicizzazione ha riguardato solo l'assunzione di questi beni come valori etici, non anche il loro significato³⁷.

Peraltro, le giustificazioni valoriali delle tre soluzioni di universalità/selettività/condizionalità sono, in astratto, tutte condivisibili.

Lo è quella che fa da sfondo al Rei, che espone tutta la collettività per eliminare il *deficit* nelle condizioni essenziali alla “conquista” della libertà sociale³⁸. È la più vicina alla tradizione dello Stato sociale³⁹ e, per questo, espressione di valori più di altri condivisi nella morale sociale⁴⁰. Rimanda all'idea che la dimensione sociale individuale segue solo al “merito”, in un consorzio sociale che però, avendo nella solidarietà il collante valoriale, accoglie l'ideale di giustizia sociale (giustizia distributiva) finalizzata all'eguaglianza nel godimento (nella distribuzione) dei beni che danno opportunità di accesso alla vita comunitaria – mediante redistribuzione secondo equità (diseguale ripartizione del sacrificio solidale) per ragioni di coesione sociale⁴¹.

I medesimi valori tradizionali di merito e giustizia li condivide il Rdc, che pure sottende un contratto sociale che assicura il sacrificio collettivo solo a beneficio di chi non gode di libertà sociale. Qui, però, le condizioni materiali

³⁷ Il quale, in una cultura che fa della democrazia un bene fondamentale, è aperto al pluralismo, che non ammette tirannie, né anarchie, di valori: BARBERIS, *La strana coppia: relativismo etico e pluralismo dei valori*, in VILLA, MANIACI, PINO, SCHIAVELLO, *Il relativismo. Temi e prospettive*, Aracne, 2010, p. 251.

³⁸ Assenza di impedimenti materiali alla partecipazione alla vita comunitaria, nel senso etico, e, nel senso giuridico (art. 3 Cost.), alla vita politica, economica e sociale: BALDASSARRE, *Libertà I) Problemi generali*, cit., p. 8.; D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Cedam, 2002, p. 94 ss.; PACE, *Eguaglianza e libertà*, in PD, 2011, p. 115 ss.

³⁹ V. RIMOLI, *Stato sociale (dir. Costituzionale)*, voce, in EGT, Agg., 2005, p. 1 ss.; BALDASSARRE, *Lo stato sociale: una formula in evoluzione*, in AA.VV., *Critica dello Stato sociale*, Laterza, 1982, p. 25 ss.

⁴⁰ In tema: MAFFETTONE, *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Il Saggiatore, 2001; MORI, *Biodiritto e pluralismo dei valori*, in RODOTÀ, TALACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, 2010, p. 437 ss.

⁴¹ Queste considerazioni prendono spunto da: RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di S. Maffettone, 2008, Feltrinelli, p. 25 ss., p. 32 ss.; SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010, p. 27; GRANAGLIA, *La giustizia distributiva*, in AA.VV., *Le prospettive del welfare in Europa*, Viella, 2011, p. 43 ss.; HOFFE, *Teorie della giustizia*, in *Enciclopedia del novecento*, Treccani, 1998; D'ALOIA, *Giustizia e società. Il “progetto” della Costituzione italiana*, in www.dirittifondamentali.it, 5 maggio 2012, p. 13 ss.

necessarie all'attivazione individuale ai fini partecipativi (che l'intervento garantisce) sono quantificate nella povertà c.d. relativa, cioè ad un livello più elevato della povertà c.d. assoluta, presupposta dal Rei – lo si dirà dopo.

Il Rmu, invece, è giustificato in base a costruzioni valoriali⁴² in cui libertà, giustizia e solidarietà hanno fisionomie (le prime due) e legittimazioni (la solidarietà) diverse da quelle tradizionali; ma non per questo le tesi sono meno suggestive e meno desiderabili sono gli effetti delle misure che ne derivano. Alcune sostengono il Rmu all'interno di un ideale di giustizia⁴³. Talvolta giustizia distributiva, la quale, secondo queste tesi, nella società della “produzione simbolica” in cui viene meno l'equazione “tempo libero/tempo di non lavoro” e nessuno è davvero escluso dal processo produttivo, richiede *ab origine* un riequilibrio in senso paritario della distribuzione della ricchezza “naturalmente” generata da ciascuno e che ricade a beneficio di tutti. A questo fine, l'attribuzione patrimoniale incondizionata remunera il valore (la ricchezza) generato dall'esistenza individuale – per questo è un bio-reddito, o reddito di esistenza – e si atteggia a “variabile distributiva primaria” (che remunera fattori di produzione), non “secondaria” (la visione tradizionale della giustizia distributiva, che rimedia alle diseguaglianze): e tale è la legittimazione della solidarietà generale che sostiene la misura⁴⁴. Altra volta è un ideale di giustizia correttiva che fonda il Rmu, configurato come preventivo risarcimento (indennizzo) per il mancato godimento dei “beni esterni ereditati” (risorse naturali o prodotte dalle generazioni precedenti) alle quali tutti hanno “diritto” pro-quota, ma il cui sfruttamento segue percorsi non egualitari⁴⁵. Al di fuori delle teorie della giustizia, poi, in una prospettiva contigua a quella in cui si muovono Rei e Rdc, il fondamento del Rmu si rinviene in una costruzione valoriale che pure pone al centro la li-

⁴² Le riepiloga VAN PARIJS, *Reddito di base: ragioni a confronto*, in BIEN ITALIA (a cura di), *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, 1997, p. 117 ss.

⁴³ DEL BÒ, *Il reddito di cittadinanza tra mito e realtà*, in *Il Mulino*, 2013, p. 790 ss.

⁴⁴ Gli incisi riportati sono di FUMAGALLI, *Il reddito di base come reddito primario. Alcuni elementi per una teoria della libertà*, in BIEN ITALIA (a cura di), *Un reddito garantito ci vuole! Ma quale? Strumento di libertà o gestione della povertà*, Quaderni del reddito, n. 3, 2016, p. 156 ss. V. anche ID., *Teoria economica, postfordismo e reddito di cittadinanza*, in BIEN ITALIA (a cura di), *La democrazia*, cit., p. 47 ss.

⁴⁵ L'idea originaria è di PAINE (*La giustizia agraria*, ora in ID. *I diritti dell'uomo... e altri scritti politici*, Editori Riuniti, 2016, p. 393 ss.) della quale risente molto il dibattito moderno sul Rmu: CASADEI, *Oltre lo Stato sociale? Il dibattito di lunga durata sul “reddito di cittadinanza*, in *Quaderni Fiorentini*, 2017, n. 3, p. 141.

bertà individuale, ma in un'accezione che combina il profilo sociale con quello dell'autodeterminazione (c.d. libertà reale). L'ideale perseguito è l'espressione della dimensione sociale secondo le aspirazioni soggettive, con una misura che, indiscriminata e incondizionata, non impone il "ricatto del bisogno", il "ricatto del lavoro" qualunque⁴⁶. Ed è desiderabile anche una tale circostanza, specie nel contesto socioeconomico attuale, in cui l'assenza di libertà sociale è sempre meno legata al de-merito individuale.

La prospettiva pragmatica, si deve riconoscere, influenza molto il ragionamento su queste misure, e, all'estremo, può anche contaminarne la verifica giuridica, con forzature del dato positivo alla ricerca di conformità del singolo sfondo valoriale con l'idea di Stato sociale, di rapporto tra cittadini e comunità solidale, accolto nel nostro ordinamento.

Per queste ragioni si sceglie di condurre l'osservazione seguendo un metodo forse poco originale ma utile a minimizzare il rischio di contaminazioni tra i piani. Non si muoverà dagli istituti – attuale (Rei), *in fieri* (Rdc) o solo potenziale (Rmu) – per costruirvi intorno la cornice di fondamento e, sulla sua base, verificarne legittimità e regolazione. Si muoverà, invece, dalla (ri)costruzione della base di fondamento comune: che non è il sistema preordinato alla "finalità" di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale, che tecnicamente attiva solo il Rei e il Rdc, non anche l'ipotesi Rmu. È, invece, il più ampio sistema preordinato all'effettiva universalità della partecipazione sociale, che è la "funzione" di tutte e tre le misure, ricavando, da esso, struttura e elementi necessari a misure strumentali a quel fine, sovrapponendovi poi i caratteri identitari del Rei, del Rdc e l'ipotesi di Rmu.

Per le stesse ragioni, questa cornice non si ricostruirà a partire dai diritti e/o libertà in cui è giuridicamente declinata la dimensione sociale della persona che più traggono alimento da queste misure – diritti inviolabili e dignità (art. 2), libertà individuale (sociale o di autodeterminazione: art. 2 e 3, co. 2, Cost.), diritto al lavoro (art. 4 Cost.), all'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost. e non solo), all'assistenza e/o alla previdenza (art. 38). Questa prospettiva condurrebbe a risultati ancora viziati da un'opzione di valore, perché il carattere universale o selettivo dei diritti e libertà presi a riferimento già orienta verso l'una o l'altra misura (universale o selettiva). Ciò che forse si può evitare

⁴⁶ È la tesi di VAN PARIJS, VANDERBORGHT, *Il reddito minimo universale*, Università Bocconi Editore, 2013 (trad. it. a cura di Tallarico). Tra i più autorevoli sviluppi: RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, 2015, p. 232 ss.; FERRAJOLI, *op. cit.*, e, prima, ID, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, 2007, p. 408.

se lo scenario sistematico di fondo si compone, come detto, a partire dal principio che, nel nostro ordine costituzionale⁴⁷, è l'origine di tutte le prerogative funzionali all'effettività della partecipazione universale: il (poco frequentato) principio di protezione sociale⁴⁸.

2. Protezione e sicurezza nel programma di dignità/partecipazione/cittadinanza sociale universale

Esso è un elemento di struttura dell'ordinamento come lo è il principio repubblicano e democratico (art. 1) e quello, connesso, della universalmente pari dignità di contare nella (di partecipare alla) definizione dei percorsi politici, economici e sociali della comunità, di essere "socialmente cittadini" (art. 3, co. 1); come lo è il principio del lavoro unico veicolo della libertà cui segue la partecipazione (art. 1, 3, co. 2, e 4 Cost.) e quello della solidarietà, collante per la coesione sociale e l'eguaglianza (art. 2, e 3, co. 2, Cost.)⁴⁹. È il principio che governa l'effettività del progetto costitutivo del 1948, perché traduce sul piano positivo l'ideale che assegna alla comunità organizzata (la Repubblica) la responsabilità delle "condizioni pratiche di sicurezza contro tutti i rischi della vita associata"⁵⁰: i presupposti materiali della libertà neces-

⁴⁷ L'identità dello Stato: DICKMANN, *La ricchezza della Costituzione. Democrazia e persona umana*, Rubettino, 2012, p. 142 ss.

⁴⁸ Il tema è importante per la ricostruzione dei diritti sociali, in particolare dell'art. 38 Cost., perché "sistema" gli ambiti della previdenza, assistenza e sicurezza sociale. Quando non intesa come sinonimo di quest'ultima, la protezione sociale è vista come la sua parte relativa alla tutela degli esclusi dal lavoro (GUARINO, *Brevi osservazioni in tema di Costituzione e previdenza sociale*, in *RIPS*, 1955, p. 695 ss.); come termine in cui si annullano le distinzioni tra previdenza e assistenza e altre misure sociali per far posto alla bipartizione tra protezione sociale in senso stretto e in senso ampio (LA SPINA, *La protezione sociale*, in *Ti. Cassese, Diritto amministrativo speciale*, 2003, p. 824 ss.); infine, e condivisibilmente (*infra* nel testo), come comprensiva dell'assistenza, previdenza (sicurezza sociale nell'insieme) e ogni altra misura di carattere sociale (CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *ID, La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, 1952, p. 115 ss.; ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un "sistema integrato di microsistemi"*, in *ADL*, 2001, p. 981 ss., spec. p. 991; MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale*, Torino, 2007; BENVENUTI, *Diritti sociali, voce*, in *DDP*, *agg.V.*, 2012, p. 220 ss., spec. p. 257.

⁴⁹ V. ZOPPOLI L., *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" - IT*, 356/2018, spec. pp. 1-4.

⁵⁰ CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 141.

saria alla dignità/partecipazione/cittadinanza sociale, affinché, ricadendo essa in sovranità e governo universale, si inveri per il profilo sostanziale il tratto repubblicano e democratico dello Stato.

Con questa identità l'osservazione dei diritti fondamentali sociali restituisce il principio di protezione sociale. Esso ne è la trama, ben visibile se si considera che i beni primari per l'opportunità di accesso alla dignità/partecipazione/cittadinanza sociale sono garantiti non solo per il profilo formale, con attribuzione di prerogative universali – i diritti sociali⁵¹ al lavoro e alla formazione professionale (art. 4 e 35 Cost.); all'educazione scolastica e all'istruzione (art. 33 e 34); alla salute (art. 32). Sono garantiti anche per il profilo sostanziale, per tre vie – le vie che disegnano il principio di protezione sociale.

In primo luogo, impegnando la Repubblica a promuovere, in ogni contesto economico-sociale, le condizioni che rendono effettivi questi diritti: con le politiche per il lavoro, per la sicurezza sul lavoro, la formazione, l'istruzione, la salute, la famiglia.

In secondo luogo, attribuendo prerogative soggettive che calano l'eguaglianza sostanziale direttamente nei rapporti privati: affinché il lavoro sia veicolo partecipativo anche quando le relazioni soffrono di squilibri di fatto – i diritti sociali c.d. di libertà⁵² o di eguaglianza commutativa⁵³: alla retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36) e l'eguaglianza retributiva di genere (art. 37), la libertà sindacale (art. 39), il diritto di sciopero (art. 40); e affinché il diritto al lavoro non sia frustrato da diversità soggettive – il diritto all'educazione e l'avviamento professionale per gli inabili e i minorati (art. 38, co. 3).

In terzo luogo, declinando in diritti quel patto costituzionale irrinunciabile che (anche) informa l'art. 3, co. 2, Cost., per il quale la Repubblica tutta, chiamata a solidarietà (art. 2 Cost.), rimuove il bisogno (generato da

⁵¹ E sul legame tra socialità dei diritti e finalità partecipativa non c'è più dubbio, come sul fatto che allo stesso fine concorrono i diritti e libertà civili: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *EGT*, vol. XI, Roma, 1989, p. 29; CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto, Studi in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, 1995, p. 1772 ss.; GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2° ed., Cedam, 2008, p. 13 ss. HABERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, 2003, p. 193; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *DD*, 1994, p. 551 ss. Sul rapporto tra lavoro, diritti sociali e cittadinanza oggi: ZOPPOLI A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT*, 131/2011.

⁵² BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 13 ss.

⁵³ GIORGIS, *op. cit.*, p. 208 ss.; ZOPPOLI L., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in questa rivista, 2017, p. 279 ss.

ostacoli economici e/o sociali) che impedisce o limita la fruizione dei diritti che danno opportunità di partecipazione, con *vulnus* alla parità e universalità nel concorso alla costruzione sociale⁵⁴. Un patto (idea politica) dal quale germina la declinazione dell'eguaglianza sostanziale più espressiva della vocazione sociale dello Stato: il principio di sicurezza sociale⁵⁵. È questo principio, che concorre alla protezione sociale ma non la esaurisce, che fonda i diritti sociali di eguaglianza sostanziale nella partecipazione sociale, rappresentati emblematicamente all'art. 38 Cost.⁵⁶. Sono i diritti del co. 1, che guardano ai margini della partecipazione (all'esclusione sociale), dove non vi è lavoro adeguato (e quindi non vi è libertà sociale) e vi è bisogno economico (la povertà), e assicurano, con il mantenimento e l'assistenza, la condizione che è il primo presupposto per la decisione individuale di (accesso ai diritti di) partecipazione: le prerogative, selettive, di assistenza sociale (ma v. par. 3.1). Sono, poi, i diritti che eliminano il *deficit* di partecipazione dei già lavoratori, assicurandone continuità in caso di eventi che limitano la capacità di lavoro o di guadagno: i diritti previdenziali, pure selettivi, del co. 2⁵⁷. Sono, infine, i diritti che danno effettività alle prerogative di opportunità di partecipazione quando il bisogno economico ne impedisce il godimento: le cure gratuite per gli indigenti (art. 32, co. 1) e l'istruzione per i privi di mezzi (art. 34, co. 3), essi pure diritti di assistenza sociale (v. par. 3.1.1).

Ulteriori rilievi non sono necessari per formulare, ai nostri fini, tre prime conclusioni.

Non appare conforme all'etica repubblicana la promozione della dignità/partecipazione universale con una misura che, altra dall'indirizzo delle

⁵⁴ Ciò che, non è banale precisarlo, non esaurisce le declinazioni dell'eguaglianza *ex* art. 3, co. 2, Cost., che si attiva anche in assenza di bisogno, quando volta a prevenirlo eliminando gli ostacoli che ne sono causa (es.: i diritti sociali dei lavoratori, già richiamati; la legislazione di pari opportunità). Si attiva cioè oltre la sicurezza sociale (*infra* nel testo).

⁵⁵ Che si rifrange nei soli diritti che sollevano da un bisogno ostativo di pari dignità sociale: PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, in *ED*, 2011, p. 450 ss.

⁵⁶ Sebbene i diritti sociali siano tradizionalmente sistemati tutti come diritti di eguaglianza sostanziale (MAZZIOTTI, *op. cit.*; MENGONI, *Diritti sociali*, in *ADL*, 1998, p. 8; BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 10 ss.; GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti di eguaglianza sostanziale*, Jovene, 1999, pp. 1-50), la connessione con la solidarietà non si ritrova nei diritti sociali di opportunità di partecipazione, la cui titolarità prescinde dalla condizione soggettiva di bisogno che la richiama: lavoro, istruzione, salute, ecc. L'automatica riconduzione di tutti i diritti sociali all'art. 2 Cost., dice LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 573, ne rischia il "dissolvimento".

⁵⁷ Per questa ricostruzione: CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, *ESI*, 2016, p. 32 ss.

politiche pubbliche e dalla limitazione dell'autonomia dei privati, non risponda alle logiche della sicurezza sociale. Logiche che giustificano l'esposizione della collettività solo in presenza di un bisogno che, opponendosi alla fruizione dei diritti che ne sono lo strumento o mortificando l'attivazione individuale a questo fine, impedisce a tutti (universalmente) la medesima (pari) opportunità di partecipazione (dignità sociale) che si concretizzerà, poi, con il lavoro, secondo il progetto di vita individuale. In assenza di questa condizione lo sforzo solidale non si giustifica perché l'eguaglianza in fatto ai fini partecipativi è già verificata (art. 3, co. 2, Cost.)⁵⁸.

Ciò significa che nell'assiologia dell'ordinamento nazionale il Rmu non ha spazio tra i diritti sociali di eguaglianza sostanziale. Né tra i diritti sociali c.d. di libertà, che egualmente non rimediano ad un bisogno pur riequilibrando diseguaglianze di fatto rispetto al fine sociale, ma non richiamano la solidarietà generale come, invece, il Rmu.

Nemmeno sembra possibile leggere nell'art. 3, co. 1, Cost., l'ideale di una dignità/partecipazione non pari nelle possibilità (di accesso ai diritti partecipativi) ma uguale nel risultato (la partecipazione), e, per questa via, affermare l'impegno repubblicano a garanzia di una condizione di già libertà sociale uguale per tutti in partenza. In tale prospettiva ben si giustificerebbe una prestazione solidale indifferente al bisogno e svincolata dal lavoro, rintracciando, negli artt. 1, co. 2, 2 e 3, co. 2, Cost., il c.d. diritto all'esistenza: alle condizioni di vita libera dal bisogno (materiale) e socialmente dignitosa (partecipativa). Una pretesa originaria nei confronti dello Stato in capo all'universalità dei consociati e solo rafforzata, con attribuzione esplicita che la rende irretrattabile, per gli inabili al lavoro privi di mezzi (art. 38, co. 1)⁵⁹. Ma una tale costruzione è smentita sia dal pre-testo costituzionale⁶⁰ sia dall'etica repubblicana descritta agli stessi artt. 1-4 Cost., che concepisce "libera e dignitosa" solo la vita di colui che lavora. Quella che è esito dello sforzo di la-

⁵⁸ Il che vale, ovviamente, solo per il dovere *ex art. 2 Cost.* che si attiva in ragione dell'art. 3, co. 2, Cost., non per altre ragioni del pari fondamentali (ad es.: in ragione dell'art. 53 Cost.).

⁵⁹ TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in www.costituzionalismo.it, 2015, p. 6 ss.

⁶⁰ V. I sottocommissione, seduta del 9 ottobre 1946, in www.legislature.camera.it, dove si esclude il riconoscimento di un "minimo vitale" alla persona in quanto tale: BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in IDICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro*, in questa rivista, Quaderno n. 2, 2016, p. 167 ss., spec. p. 172.

voro, non della contribuzione solidale, la quale si attiva solo verso chi soffre del bisogno che ne impedisce la “conquista” con il lavoro⁶¹: bisogno che solo quando è “assenza di mezzi necessari per vivere” dà origine a un diritto di natura perfetta e intangibile verso la comunità – ciò che rende il Rmu più *contra* che *preater constitutionem*⁶².

Per questo si fatica a sistemare la misura anche tra gli strumenti di libertà: segnatamente, libertà di autodeterminazione in sede sociale⁶³. È vero che la tranquillità economica rende liberi da condizionamenti nella costruzione della propria dimensione sociale (nella scelta del lavoro); ma questo profilo (quasi edonistico) del principio personalistico non sembra riconducibile al bisogno che attiva solidarietà/sicurezza sociale, sollecitando, piuttosto, la regolazione per un lavoro di qualità⁶⁴.

Sin qui la prima conclusione. La seconda è che sia Rei sia il Rdc condividono la funzione partecipativa nella veste di strumenti di sicurezza sociale, perché presuppongono un bisogno ostativo alla condizione dell’art. 3, co. 1 Cost. e, nella prospettiva del suo co. 2, sono finalizzati ad eliminarlo col concorso solidale della collettività (art. 2, Cost.). In entrambi i casi il bisogno è riconducibile alla condizione di privazione materiale che impedisce la decisione individuale di accesso ai beni necessari alla vita sociale. Non si tratta, quindi, del *deficit* partecipativo in cui incorrono i già lavoratori in caso di malattia, infortunio, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria di cui al co. 2 dell’art. 38 Cost.⁶⁵; ma dell’assenza di mezzi necessari per vivere di cui al co. 1.

⁶¹ V. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 171 ss.; PIZZOLATO, *L'incompiuta attuazione del minimo vitale nell'ordinamento italiano*, in *RDSS*, 2005, p. 243 ss., spec. p. 251 s.

⁶² V. invece: TRIPODINA, *op. ult. cit.*, p. 16; CASAMASSIMA, VIVALDI, *Ius existantiae e politiche di contrasto alla povertà*, in *QCost*, 2018, p. 115 ss., spec. p. 117 ss.; RAVELLI, *op. cit.*, p. 95. L'accostamento con la tutela della salute, oggi universale (l. 23 dicembre 1978, n. 833) benché la Costituzione rimandi ad una tutela selettiva (art. 32 Cost.), non è utile ad argomentare la compatibilità costituzionale del Rmu (TRIPODINA, *op. ult. cit.*): la l. 833/78 espone la collettività per garantire universalmente un bene strumentale alla partecipazione mediante il lavoro (la salute), non il risultato della medesima a prescindere dal lavoro, come invece il Rmu.

⁶³ BRONZINI, *Il reddito*, cit., p. 4; TARGETTI LENTI, *Reddito di cittadinanza e minimo vitale*, in *DFSC*, 2000, n. 3, p. 205 ss., p. 221; RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, in *DP*, 2011, p. 391 ss.; MARTELLONI, *Il reddito di cittadinanza nel discorso giuslavoristico: le interferenze con la disciplina dei rapporti di lavoro*, in *RDSS*, 2014, p. 189 ss.

⁶⁴ BAVARO, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, in *RDSS*, 2014, p. 169 ss.

⁶⁵ Al quale è anzi del tutto estranea la mancanza di mezzi, che potrebbe non seguire affatto all'interruzione del lavoro, come nel caso di lavoratori (o pensionati) “benestanti”, i quali non per questo perdono i diritti previdenziali: CASILLO, *op. cit.*, p. 94 s.

Tanto è sufficiente – ed è la terza conclusione – per fermare in questa norma, non in altre (v. par. 3.2), il fondamento delle due misure – che, come per ogni tutela sociale, si ricostruisce a partire dalla sua finalità (descritta anzitutto dal bisogno a cui essa rimedia) non dai caratteri dello strumento con cui si realizza (destinatari e/o prestazioni). Da questa disposizione, la meno indagata tra quelle che attribuiscono diritti sociali, può perciò proseguire il ragionamento giuridico sul Rei e sul Rdc, partendo dai principi e dalle regole che se ne possono derivare: in tema di bisogno, di prestazione che realizza la tutela, dei destinatari della protezione.

3. *L'art. 38, co. 1, Cost. Il bisogno: povertà, lavoro, inclusione sociale*

Come in tutte le disposizioni che assegnano allo Stato un debito di sicurezza sociale, anche qui il bisogno si ricostruisce in prospettiva sistematica. E così, l'essere "sprovvisti di mezzi necessari per vivere" non indica la mancanza di risorse per la mera sussistenza/sopravvivenza o per la vita dignitosa secondo i canoni sociali minimi: non è questo l'ideale sotteso all'etica repubblicana (artt. 1-4 Cost.). Indica, invece, la mancanza di mezzi per la vita "socialmente dignitosa": quella di chi dal lavoro trae le risorse per le necessità dell'esistenza dignitosa e con il lavoro partecipa alla costruzione sociale. Questo significa che l'art. 38, co. 1, Cost., non dispone per il rimedio alla privazione materiale in sé, ma alla privazione materiale perché, mortificando la dignità delle condizioni di vita, ostacola l'impegno individuale verso il lavoro, bene vitale⁶⁶ che consente la partecipazione. Significa, cioè, che il bisogno su cui si cala la tutela non si esaurisce nella mancanza di mezzi, ma comprende il conseguente mancato accesso ai beni della "partecipazione mediante il lavoro", che, solo, realizza inclusione/cittadinanza sociale (artt. 1-4 cost.).

Emerge, così, ciò che, pur essendo una recente scoperta nel discorso giuridico e legislativo⁶⁷, è il tratto finalistico dei diritti sociali di eguaglianza sostanziale⁶⁸: il contrasto all'esclusione sociale. Una finalità che pervade (anche) l'art. 38, co. 1, Cost., e rivista una suggestiva lettura del

⁶⁶ VIMERCATI, *Il diritto ai beni vitali*, www.gruppodipisa.it, 10 giugno 2016.

⁶⁷ GRAGNANI, *Inclusione e solidarietà*, in www.gruppodipisa.it, 6 giugno 2014. MOTTOLA, *Povertà* (I agg.), in *DDPCiv*, 2017.

⁶⁸ Cioè i diritti di sicurezza sociale, anche previdenziale: CASILLO, *op. cit.*, p. 27 ss.

passato, ripresa ancora oggi, che vede la tutela finalizzata ad un “risarcimento per mancato procurato lavoro”, configurando in capo allo Stato un’obbligazione alternativa tra il lavoro e “un’assistenza che lo surroggi”⁶⁹. Alternativa che non è solo estranea alla logica repubblicana; è anche incompatibile con la natura non precettiva del diritto al lavoro (art. 4, co. 1, Cost.): è certo vero che la “promessa” del lavoro si salda col dovere, della Repubblica, di attuare politiche economicosociali e giuridiche utili alla piena occupazione; ma questa, e con essa il lavoro per tutti, è funzione anche di variabili sovranazionali e globali non disponibili all’azione nazionale – se il lavoro manca o non è di qualità, non vuol dire necessariamente che la promessa è stata “tradita”⁷⁰.

Sul piano dell’attuazione della tutela, sono due le implicazioni che si possono trarre da questo ragionamento sul bisogno *ex art.* 38, co. 1, Cost. L’una riguarda le prestazioni idonee a porvi rimedio, e se ne dirà dopo. L’altra, di cui si dirà ora, riguarda l’identificazione della seconda condizione di fatto che integra la fattispecie costituzionale e la sua traduzione giuridica: l’assenza dei mezzi di vita e il suo accertamento – della prima condizione, l’inabilità al lavoro, pure si dirà dopo.

La questione non si risolve assorbendo il fatto giuridico nella condizione di povertà. Il termine è troppo generico. Indica un fenomeno sociale che ha una pluralità di facce in quanto, definibile solo per relazione, riflette tutte le dimensioni della relatività: quella connessa al momento storico in cui si compie l’osservazione, alla percezione soggettiva, al termine rispetto al quale si costruisce il confronto. E se la relatività storica e soggettiva sono indifferenti alla traduzione corretta del precetto costituzionale – la prima, perché è il portato naturale della traduzione economica di ogni diritto sociale c.d. a prestazione; la seconda perché è antitetica rispetto alla rilevanza solo sociale che ha il bisogno a cui rimedia la tutela pubblica⁷¹ – su di essa incide moltissimo, invece, l’elemento in base al quale si stabilisce la condizione di povertà. In proposito le scienze socioecon-

⁶⁹ La lettura di MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1957, p. 242 ss., ripresa da TRIPODINA, nei due lavori qui citati.

⁷⁰ TRIPODINA, *Reddito*, cit. Sul tema in generale: NANIA, *Riflessioni sulla “costituzione economica” in Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto”, come “dovere”*, in *www.rivistaaic.it* 19 gennaio 2009.

⁷¹ Il “bisogno socialmente rilevante”: PERSIANI, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, in *DLRI*, 1984, p. 481 ss. Sul punto v. RENGA, *NASpI e Dis-Coll: principio di solidarietà versus principio assicurativo*, in questa rivista; BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *LD*, 2018, n. 4, p. 675 ss.

miche⁷² distinguono: la povertà assoluta, che testimonia l'incapacità di acquisire mezzi essenziali di vita dignitosa, e la quasi povertà, di poco superiore; la povertà relativa, stabilita in base alla capacità di consumo del contesto di riferimento, e la c.d. incapacitazione, che fa riferimento a ogni bene utile all'integrazione sociale⁷³; distinguono poi la povertà e l'indigenza, guardando alla temporaneità o meno delle cause che la determinano.

Il tema giuridico, allora, è individuare, tra queste concezioni di povertà, quella riconducibile alla condizione di cui all'art. 38, co. 1, Cost.; e la soluzione è ancora una volta nella finalità della tutela. La povertà presupposta dalla norma che attribuisce il diritto sociale corrisponde alla condizione socioeconomica che mortifica l'interesse tutelato dal diritto: la privazione che osta all'accesso al comprensivo insieme di beni strumentali alla vita dignitosa col lavoro⁷⁴.

In questa prospettiva appare senz'altro adeguato l'indicatore di povertà assoluta previsto per l'accesso al Rei: ad essa⁷⁵ è infatti riferibile la "situazione economica che non permette di disporre dell'insieme di beni e servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso" di cui all'art. 1, co. 1, let. a), d.lgs. 147/17. E appare adeguato anche l'indicatore di povertà relativa, base di calcolo per il "rischio di povertà" che dà accesso al Rdc, verificato con un reddito inferiore (di 6/10) al "reddito mediano equivalente familiare" secondo l'UE (art. 6, d.d.l. 1148)⁷⁶. La circostanza che qui, nel Rdc, la soglia di povertà è definita in rapporto alla propensione di consumo delle famiglie medie, non alla capacità di acquisto di un paniere essenziale come nel Rei, non altera la finalità dell'art. 38, co. 1. La tutela insiste sempre sulla mancanza di mezzi che osta alla vita dignitosa col lavoro: solo che i beni necessari a tal

⁷² ADELMAN e NEGRI, *Povertà*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996; CARBONARO (a cura di), *Studi sulla povertà. Problemi di misura e analisi comparative*, Milano, 2002. V. poi la sintesi di MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *RTDP*, 2012, 2, p. 359 ss.

⁷³ È la tesi di SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza, 2011, p. 25 ss., che, in realtà, non richiama la povertà ma l'esclusione sociale, che ne è l'effetto.

⁷⁴ Il tema è analogo a quello che si pone, da una parte, per l'indigenza e la privazione di mezzi a cui pure sono connesse prestazioni di sicurezza sociale: per la cura della salute, nel primo caso (art. 32, co. 1, cost.) e per l'istruzione, nel secondo (art. 34, co. 3, Cost.); dall'altra, per le disagiate condizioni economiche a cui il legislatore connette benefici non di sicurezza sociale: SANDULLI, *op. cit.*

⁷⁵ Condizione di chi non dispone del "valore monetario, a prezzi correnti, del paniere di beni e servizi considerati essenziali per ciascuna famiglia, definita in base all'età dei componenti": ISTAT, *cit.*

⁷⁶ Su questi due indicatori v. BUSILACCHI, *La povertà come concetto duttile e come informatore delle politiche*, in *RPS*, 2004, p. 247 ss.; BALDINI, *Questioni valutative in relazione alla definizione di "povertà"*, in *CAPPaper* n. 158, settembre 2017.

fine non sono definiti per convenzione, come nel Rei, ma dal comportamento di consumo medio nel contesto di riferimento. E tale livello, al disotto del quale è fissata la soglia di povertà giuridicamente rilevante, riflette sempre la valutazione che ne fa la collettività, non il singolo, benché, impiegando l'indice di povertà assoluta (Rei), questo livello è inferiore a quello che esprime, con i consumi, la collettività storicamente contestualizzata (Rdc).

Piuttosto, il profilo problematico che investe sia il Rei sia il Rdc riguarda l'applicazione della soglia di povertà. All'indicatore si dà valenza universale, insensibile alle peculiarità del contesto nazionale che disegnano, invece, una mappatura del costo della vita, e della povertà comunque intesa, notevolmente diversa su base territoriale⁷⁷. Effetto ne è l'esclusione dalla tutela di situazioni che senz'altro vi rientrerebbero, con gravi diseguaglianze, arginabili solo con la modulazione dell'indicatore sulle identità socioeconomiche delle realtà locali⁷⁸.

Il dato sociologico si intreccia con quello giuridico anche sul piano dell'accertamento in concreto della condizione di povertà: la selezione degli indicatori di disponibilità di mezzi, determinando la sussistenza o meno del fenomeno produttivo di effetti giuridici, ha infatti conseguenze sull'attuazione della tutela. Tale misurazione, necessaria per l'accesso a tutte le prestazioni sociali di povertà, sin dal 1998 il legislatore l'ha affidata all'Isee, affiancato, dal 2014, dall'Isre, entrambi modificati, da ultimo, nel 2016⁷⁹. In prospettiva di maggiore equità, essi oggi misurano la situazione economica tenendo conto di elementi ulteriori al reddito da lavoro e da capitale, alla composizione qualitativa e quantitativa del nucleo familiare (anche unipersonale), e del tipo di prestazione sociale⁸⁰. Sono entrambi impiegati per l'accesso al Rei (art. 3, d.lgs. 147/2017). E si può certo discutere del valore che ne è previsto, che influisce sull'ampiezza della platea dei beneficiari⁸¹, ma

⁷⁷ V. BRANDOLINI, TORRINI, *Disuguaglianza di redditi e divari territoriali: l'eccezionalità del caso italiano*, in RPS, 2010, 3, p. 37 ss.; SACCHI, *I nodi critici dell'attuazione di uno schema di reddito minimo in Italia: alcune proposte*, in DLRI, 2011, 2, p. 247 ss.; ACLI, *La povertà in Italia. Morfologia, geografia e strumenti di contrasto*, Dossier n. 4, marzo 2017; ISTAT, *La povertà in Italia*, Rapporto di giugno 2017.

⁷⁸ Per tali indicatori, che esistono, v. sempre il Rapporto Istat, cit.

⁷⁹ La prima regolazione si deve al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 109; le modifiche ai dd.mm. 7 novembre 2014, 29 dicembre 2015 n. 363, d.m. 1 giugno 2016 n. 146; alla l. 26 maggio 2016 n. 89 e al d.m. 13 aprile 2017 n. 138.

⁸⁰ Sull'istituto: ARLOTTA, *La storia infinita. L'ISEE fra riforme, sentenze e cambiamenti in corso*, in RPS, 2016, n. 2, p. 363 ss.

⁸¹ Al Rei si accede con: un Isee non superiore a euro 6.000; un Isre non superiore a euro 3.000; un valore del patrimonio immobiliare, diverso dalla casa di abitazione, non superiore ad

senza far velo sul fatto che la scelta rientra nella discrezionalità legislativa la quale è (come sempre) orientata anche dalle disponibilità di risorse pubbliche. Non sembra invece armonica con la finalità della tutela la misurazione della consistenza dei mezzi col solo dato reddituale e con un Isee senza limitazioni, com'è previsto nel Rdc (art. 2, let. i), art. 3, co. 1-6, art. 7, d.d.l. 1148)⁸². La scelta non sembra empiricamente corretta⁸³ e non è una via obbligata: il “reddito mediano equivalente” indica in percentuale la linea di povertà, non la fonte delle risorse dalle quali devono derivare i mezzi disponibili (o non disponibili) in base ai quali la povertà viene accertata.

3.1. La tutela: le prestazioni di mantenimento

L'interpretazione del bisogno, come si diceva, chiarisce molto anche sulle prestazioni di mantenimento e assistenza sociale che realizzano la tutela secondo l'art. 38, co. 1 Cost. Da essa deriva che i due termini, non equivalenti né annullabili l'uno nell'altro, descrivono due posizioni giuridiche distinte e di contenuto proprio ma accomunate dal fine di contrasto all'esclusione sociale in un rapporto di complementarità necessaria: l'una ha ad oggetto un sostegno economico, in garanzia del c.d. minimo vitale alimentare⁸⁴; l'altra, un sostegno non economico, in garanzia degli ulteriori beni che conducono alla vita dignitosa *ex* art. 1-4 Cost. Per la tutela fondamentale, si intende dire, è attribuito un “diritto” che si articola in due posizioni soggettive: autonome in quanto ad obiettivo ma non in quanto a finalità, che le richiama ad unità per la funzione *ex* art. 3, co. 1, Cost.

Tale identità giuridica esse mantengono, singolarmente e come parte dell'unica posizione soggettiva al mantenimento e assistenza, anche nell'espressione (dottrinale, giurisprudenziale e legislativa) che comprende tutti i diritti, e le prestazioni, connesse alla povertà: la “assistenza sociale”, la quale, insieme alla “pre-

euro 20.000; un valore del patrimonio mobiliare non superiore a euro 6.000, accresciuto di euro 2.000 per ogni componente il nucleo familiare successivo al primo, fino ad un massimo di euro 10.000 (art. 3, co. 1, d.lgs. 147/2017).

⁸² Si tratta del “Reddito netto medio mensile derivante da tutti i redditi percepiti in Italia o all'estero, anche sotto la forma di sostegno del reddito, al momento della presentazione della domanda”: art. 2, co. 1, let. i), d.d.l. 1148.

⁸³ Può essere causa di sprechi di risorse: VECCHIATO, *Il Reddito di inclusione è lotta alla povertà?*, in *RPS*, 2017, p. 169, spec. p. 177 ss.

⁸⁴ Soprattutto: C. cost. 23 gennaio 1986 n. 1986; C. cost. 15 gennaio 2010 n. 10.

videnza sociale” (espressione con cui anche il legislatore costituzionale, a partite dalla l. cost. 1/01, riassume le prestazioni di cittadinanza sociale destinate solo ai già lavoratori: art. 38, co. 2) realizza l’ideale di “sicurezza sociale”.

Il diritto al “mantenimento e assistenza sociale”, si può ancora precisare, proprio per questo non esaurisce l’ambito disciplinare che l’art. 117, co. 4, Cost. implicitamente riserva alla competenza esclusiva delle Regioni: la “assistenza sociale” comprende, s’è detto, anche le altre tutele sociali il cui presupposto è la mancanza di mezzi⁸⁵. Né il mantenimento è ad essa estraneo, in quanto costitutivo della tutela *ex art. 38, co. 1*. Vi è estraneo solo se considerato come diritto *ex se*, svincolato dal sostegno non economico che completa la tutela contro l’esclusione sociale⁸⁶ (v. *infra*). Diversamente, infatti, esso configurerebbe l’originaria “carità di stato”⁸⁷, che ha, sì, orientato l’azione pubblica contro la povertà anche per un lungo tempo *post* costituzionale, come beneficenza pubblica⁸⁸, ma che oggi è travolta dalla maturazione degli ideali repubblicani di sicurezza sociale.

È nella configurazione unitaria, ora descritta, che il mantenimento e l’assistenza sociale, ciascuno in un livello essenziale ai fini della tutela (contro l’esclusione sociale), sono nella responsabilità dello Stato verso l’universalità selettiva dei consociati col carattere di inviolabilità (art. 117, co. 3, lett. m, Cost.), per assicurare il “nucleo essenziale” della tutela oltre il quale si apre lo spazio all’azione esclusiva incrementale delle Regioni – e si segna il limite di irretrattabilità legislativa della tutela⁸⁹. La garanzia di titolarità formale e

⁸⁵ Ad esempio: istruzione, sanità, salute per gli indigenti e privi di mezzi. Non comprende invece, l’assistenza sociale *ex art. 38, co. 1 e 117, co. 4, Cost.*, l’assistenza relativa a questi stessi beni quando è assente il disagio economico: qui il termine non ha significato giuridico ma sociologico. Peraltro, la garanzia universale di questi beni è competenza legislativa concorrente ai sensi dell’art. 117, co. 3, Cost.

⁸⁶ Conforme è il pre-testo dell’art. 38, co. 1, Cost.: il diritto al minimo vitale i Costituenti leggono solo in quella norma, cioè insieme all’assistenza sociale e per la medesima finalità, non altrove: MASSA, *Profili costituzionali del diritto al mantenimento nella dinamica tra normazione e interpretazione*, in *RDSS*, 2004, p. 184 ss.

⁸⁷ PINELLI, “*Social card*”, o ritorno alla carità di Stato?, in BANNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, 2009, p. 1177.

⁸⁸ MAZZIOTTI M., *Assistenza (profili costituzionali)*, in *ED*, 1958, p. 749 ss.; SGRITTA, *op. cit.*; DE SIERVO, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *DDPPub*, 1987, p. 445 ss.; SORACE, *Assistenza e beneficenza*, *ivi*, I agg., 2008, p. 31 ss.

⁸⁹ Su livello e nucleo essenziale: BELLETTI, I “*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*” alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile, in *Ist. Fed.*, 2003, p. 613; ALES, *Diritti*, *cit.*, p. 356 s.

sostanziale della tutela *ex art. 38, co. 1, Cost.*⁹⁰, si vuol dire, è preservata assicurando l'inviolabilità del "cuore" di tutti e due i diritti in cui essa si articola, non di uno solo, nemmeno se si tratta del mantenimento che soddisfa il "bisogno estremo", come invece ha sostenuto la Corte in riferimento alla ormai abrogata (e già richiamata) Carta acquisti⁹¹. Nella soluzione del bisogno radicale è, semmai, il nucleo essenziale dello stesso mantenimento, che il d.l. 112/08 assicurava con una misura che solo per infelice terminologia rimandava alla "carità di stato"⁹²: pur "concessa" per i soli bisogni alimentari, la Carta acquisti comunque si affiancava ai servizi di assistenza sociale, disposti, anch'essi in una prospettiva dichiarata di livello essenziale, con l. 328/00. Era tuttavia assente, questo sì, il coordinamento tra le due prestazioni.

L'approccio "separato" al tema dell'esclusione sociale, di cui la Carta acquisti è l'ultima espressione, interrompono, si è detto già in apertura, sia il Rei sia, in prospettiva, il Rdc, con soluzioni di mantenimento e insieme assistenza sociale calibrate sulle realtà di disagio. Diversa ne è però la costruzione, anzitutto in ordine al mantenimento.

Il beneficio economico previsto dal Rei senz'altro appare nucleo essenziale del mantenimento. Non perché partecipa alla natura di "livello essenziale delle prestazioni" del Rei o perché copre la povertà assoluta, che richiama bisogni di sopravvivenza: il rilievo formale (il primo) e sociologico (il secondo) non valgono ad accertare il carattere giuridico della misura per il profilo sostanziale. Ciò che consente, invece, il suo rapporto di continenza nel limite dell'importo annuale dell'assegno sociale (art. 4, co. 1, d.lgs. 147/17). L'istituto infatti, pure attuazione dell'art. 38, co. 1, Cost.⁹³, assicurando il bisogno alimentare essenziale a colui che, non lavoratore ai fini pensionistici, è inabile al lavoro per età e privo di mezzi necessari per vivere⁹⁴, quantifica gli indispensabili beni di "esistenza" che, insieme alle misure di assistenza (dedicate agli anziani), garantiscono il minimo di libertà dal bisogno materiale che ammette alla vita "solo" dignitosa, cioè "senza lavoro" (convenzionalmente precluso per età). Il che descrive esattamente la condizione di colui che accede al Rei.; solo che,

⁹⁰ Per questa ricostruzione del nucleo essenziale: CASILLO, *op. cit.*, p. 66 ss.

⁹¹ C. cost. 15 gennaio 2010 n. 10, secondo la condivisibile lettura di PIZZOLATO, *La "social card" all'esame della Corte costituzionale*, in *RDSS*, 2010, p. 349 ss.

⁹² V. invece PINELLI, "Social card", *cit.*, p. 1177.

⁹³ V. ancora C. cost. 31/1986.

⁹⁴ Così C. cost. 31/1986 interpreta la prestazione *ex art. 2, co. 6, l. 8 agosto 1995 n. 335*, che sostituisce la pensione sociale *ex l. 30 aprile 1968 n. 153, art. 8*.

quando non inabile al lavoro per età, la tutela per lui ha uno sviluppo ulteriore: in funzione dell'abilitazione alla conquista della libertà sociale con il lavoro, essa si arricchisce delle prestazioni di assistenza a questo fine (*infra*).

All'opposto, il Rdc si muove fuori dalla logica "essenziale", perché garantisce risorse economiche (al singolo 780 euro mensili, aumentati in proporzione alla famiglia) attualmente superiori all'assegno sociale (euro 448,07 mensili)⁹⁵. Questo, però, non rende la misura *contra legem*, ben potendo, la discrezionalità legislativa, disporre per la garanzia di un diritto sociale oltre l'essenziale, e anche elevare la soglia di essenzialità, salvo poi superare la verifica in rapporto al limite sostanziale di bilancio *ex art. 81 Cost*⁹⁶.

Proprio il riposizionamento verso l'alto del livello essenziale di mantenimento sarebbe l'effetto della misura – essa pure finanziata nella l. 145/18 e, come il Rdc, in attesa di provvedimenti normativi attuativi – denominata "pensione di cittadinanza", qualora assumesse la forma di aumento, sempre a 780 euro mensili, dell'assegno sociale, non solo delle pensioni inferiori – a partire dalla pensione minima, che, per il 2018, è di 507,42 euro⁹⁷. Tuttavia, la condivisibile intenzione⁹⁸ non sembra possa avere in questa misura lo strumento idoneo, risultandone assai problematica l'armonizzazione col sistema sia previdenziale sia assistenziale arricchito dal Rdc. Infatti: l'uniformità tra prestazione economica assistenziale di povertà (Rdc) e prestazione assistenziale di vecchiaia (assegno sociale) – art. 38, co. 1 – con la prestazione previdenziale di vecchiaia a requisiti contributivi minimi – art. 38, co. 2 – cancellerebbe la distinzione tra i "mezzi necessari per vivere", da assicurare ai non lavoratori senza risorse, anziani e non (co. 1), e i "mezzi adeguati alle esigenze di vita", da prevedere per i già lavoratori in età di vecchiaia (co. 2), annullando uno dei caratteri ineliminabili del sistema pensionistico nazionale. Un effetto che, peraltro, ci sarebbe anche se la misura fosse destinata solo alle

⁹⁵ L'importo, come noto, è definito annualmente in sede di legge di stabilità, come l'importo della pensione minima, di cui subito si dirà nel testo.

⁹⁶ OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, 2017, p. 3 ss.; D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013.

⁹⁷ Già questo chiarisce che la denominazione della misura è del tutto impropria: tecnicamente è "di cittadinanza" una pensione uniforme e universale (libera da requisito contributivo), non un'erogazione che livella l'importo delle pensioni basse.

⁹⁸ Che peraltro, per l'incremento a 780 euro di tutte le pensioni di importo inferiore, risolverebbe il problema della perdurante assenza della garanzia di pensione minima ai pensionati contributivi, essendo essa, come noto, assicurata, con integrazione al minimo, ai soli (residui) pensionati retributivi: art. 16, l. 335/95.

pensioni, non anche all'assegno sociale: si perderebbe il privilegio che l'etica repubblicana accorda al lavoro e ai lavoratori, equiparando il mantenimento del non lavoratore "povero", destinatario del Rdc, coi mezzi adeguati del lavoratore pensionato con requisiti minimi⁹⁹.

Analogo profilo critico si riscontra osservando il Rdc in rapporto alla relazione costituzionale tra il mantenimento assicurato col sussidio e il reddito da lavoro¹⁰⁰. Affinché non risulti alterata questa relazione, cioè il rapporto tra lavoro e cittadinanza sociale, non lavoro e solidarietà (artt. 1-4 e 38 Cost.), il sussidio con cui si garantisce la vita dignitosa (art. 38, co. 1, Cost.) non può dar luogo ad una condizione equiparabile a quella che deriva dal reddito da lavoro, al quale, solo, segue la (vita "socialmente dignitosa", cioè) l'esistenza libera e dignitosa (art. 36, co. 1, Cost.) – la tutela offre i mezzi strumentali a questo risultato, non il risultato medesimo¹⁰¹. Vero è che, da una parte, l'importo garantito col Rdc è inferiore al "reddito mediano familiare equivalente" e, dall'altra, la condizione di *working poor* (del lavoratore con profilo retributivo vicino alla soglia di povertà) è tutt'altro che sconosciuta alla realtà socioeconomica del lavoro autonomo sempre più economicamente dipendente e del lavoro subordinato classicamente *non standard* e anche *on demand*. Ma questo fatto sociologico non elimina il problema giuridico: l'assenza, nel nostro ordinamento, del dato utile a comporre, nel disegno degli art. 38, co. 1, e 36, co. 1, un sussidio definito in base ad un dato della realtà sociale (la realtà delle relazioni sindacali) non giuridica. Si tratta del salario minimo legale, della cui necessità invero si fa carico l'art. 19 del d.d.l. 1148¹⁰² – e, oggi, il d.d.l. AS 658 del 12 luglio 2018.

3.1.1. Le prestazioni di assistenza sociale

È un po' meno problematico il giudizio sul Rei e il Rdc se si guarda all'altra dimensione attuativa della tutela: l'assistenza sociale.

In ambedue le misure la prestazione di mantenimento si affianca a servizi per la soluzione dei bisogni altri da quello alimentare, pure preclusivi dell'accesso alla libertà sociale con il lavoro. Anzitutto i servizi "destinati a

⁹⁹ V. per entrambi i profili: C. cost. 31/1986.

¹⁰⁰ Tecnicamente, e a dispetto al *nomen*, il Rdc, ma che il Rei, è un sussidio non un reddito, perché misura di matrice solidale per un bisogno connesso al non lavoro.

¹⁰¹ Il sussidio non sostituisce il reddito da lavoro: BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 198.

¹⁰² V. in tema: BAVARO, *op. cit.*, p. 179 s.; FERRANTE, *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *RDSS*, 2016, p. 447 ss.

rimuovere le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita”: assicurati dalla l. 328/00 a tutti i consociati ma prioritariamente, anche in regime di totale gratuità, ai privi di mezzi (art. 2, co. 3)¹⁰³. Ne è diverso però il ruolo che vi assegnano le due misure¹⁰⁴.

Nel Rei è sicuramente un ruolo di primo piano: i servizi prioritari sono specificati in dettaglio (art. 7, d.lgs. 147/17) e sono individuati, nel caso concreto, con un’analisi multidimensionale del bisogno, compiuta dai “punti di accesso” all’istituto e formalizzata, anche in collaborazione con i soggetti erogatori di servizi sociali, nel progetto personalizzato, che sintetizza il complessivo bisogno individuale ai fini dell’art. 38, co. 1, Cost. (art. 5 e 6, d.lgs. 147/17)¹⁰⁵. Nel Rdc, invece, questo profilo è abbastanza marginale: i servizi alla persona sono richiamati quali “misure integrative del reddito di cittadinanza” alla cui erogazione sono tenuti gli Enti locali (art. 14, d.d.l. 1148), ma non appaiono essenziali al composito programma verso l’inclusione sociale. Esso ruota tutto intorno all’altra dimensione del supporto statale al contrasto all’esclusione sociale: l’inserimento o reinserimento al lavoro. Mentre nel Rei questo è parte del progetto personalizzato e lo esaurisce, sostituito dal Patto di servizio *ex* art. 20, d.lgs. 150/2015, solo se la situazione di povertà è connessa esclusivamente alla dimensione di lavoro (art. 5, co. 5, d.lgs. 147/17), nel Rdc esso è, invece, obiettivo unico del programma individuale predisposto dai Centri per l’impiego che gestiscono la procedura (art. 5, 9 e 10) – ed è rafforzato con incentivi alle assunzioni (art. 17) e con la previsione di interventi volti alla creazione di opportunità imprenditoriali dedicate (art. 10).

La sistemazione dei servizi per il lavoro tra le (sole) prestazioni di assistenza sociale in cui si articola la tutela *ex* art. 38, co. 1, Cost. non deve apparire una forzatura: la mancanza di lavoro (di qualità) è con/causa del bisogno a cui rimedia la tutela, e l’occupazione (sempre di qualità)¹⁰⁶ ne descrive essa stessa la finalità, l’inclusione sociale¹⁰⁷.

Ed è in tale prospettiva che si rinviene il senso giuridico della c.d. con-

¹⁰³ ALES, *Diritto del lavoro*, cit., p. 995; BANO, *Povertà*, in *DDPComm*, 2003.

¹⁰⁴ E diversi sono anche i problemi applicativi dei due sistemi, la cui indagine però esula dal taglio di questa riflessione.

¹⁰⁵ V. ALAIMO, *op. cit.*, p. 447 s.; GRASSO, *Appunti su reddito di inclusione, assistenza socio-sanitaria e vincoli sulle risorse disponibili*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

¹⁰⁶ ZOPPOLI L., *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in questa rivista, 2007, p. 75 ss., spec. p. 84

¹⁰⁷ V. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 243.V. par. 3.

dizionalità. Il legame strettissimo tra erogazione del sussidio e attivazione individuale verso l'occupazione – stabilito nel Rei (art. 12, d.lgs. 147/17), nel Rdc (art. 11 e 12, d.d.l. 1148) e in misure previdenziali¹⁰⁸ – interpreta correttamente finalità e funzione della tutela, che nel nostro ordinamento riflettono la relazione intima tra libertà sociale e lavoro (art. 1-4 Cost.), e ne è, per questo, un tratto non eliminabile.

Non sembra, questo legame, giuridicamente criticabile perché fa ricadere sul singolo la responsabilità della sua povertà¹⁰⁹ o perché realizza un paternalismo lesivo della dignità dei beneficiari¹¹⁰: lo sfondo di queste considerazioni è una concezione di libertà, quella assoluta, che non si ritrova nel nostro ordinamento, perché guarda all'individuo avulso dalla comunità organizzata della quale è parte e sui cui ideali di lavoro, solidarietà e rispetto si conforma la libertà del “cittadino socialmente degno”. Né, per converso, il legame tra prestazioni di sicurezza sociale e lavoro si può giustificare intendendo il lavoro come corrispettivo dell'esposizione della collettività ai sensi dell'art. 2 Cost.¹¹¹: in questa norma sono piuttosto i doveri inderogabili di solidarietà da intendersi come “restituzione” dei diritti inviolabili di cui ciascuno ha beneficiato nel corso della vita sociale. E nemmeno è, la condizionalità, indicatore di una necessaria meritevolezza del sostegno sociale¹¹²: il lavoro è “merito” che dà ragione della tutela solo previdenziale conformandone le prestazioni¹¹³, non anche assistenziale la quale, all'opposto, proprio nel “non lavoro” ha fondamento¹¹⁴.

Il termine condizionalità, si può dire, se depurato del significato di “scambio” è conforme agli ideali repubblicani esprimendoli appieno: la percezione del sussidio di povertà pretende l'attivazione del beneficiario verso l'occupazione perché è proprio a questo, cioè alla conquista di libertà sociale

¹⁰⁸ È noto che, avviata con il d.lgs. 181/00, la scelta è proseguita con l. 92/12, il d.lgs. 22/15 e, da ultimo, intensificata con d.lgs. 150/15.

¹⁰⁹ GOBETTI, *La colpa della povertà non è dei poveri. Il reddito garantito per ribaltare la narrazione dominante*, in BIEN ITALIA, *Oltre il reddito*, cit., p. 35 ss.

¹¹⁰ CASAMASSIMA, VIVALDI, *op. cit.*, p. 135 s.; FUMAGALLI, *Il valore politico ed economico dell'incondizionalità nella proposta di reddito di base*, in BIEN ITALIA, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

¹¹¹ Così invece RAVELLI, *op. cit.*, p. 127 ss.

¹¹² V. ancora RAVELLI, *op. cit.*, p. 140 ss.

¹¹³ CASILLO, *op. cit.*, p. 32 ss., p. 182 ss.

¹¹⁴ V. già MAZZIOTTI M., *op. cit.*, p. 753; COSTA, *Cittadinanza e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in LD, 2009, p. 35 ss.; GIUBBONI, *Solidarietà*, in PD, 2012, p. 525 ss.; GAROFALO M.G., *Solidarietà e lavoro*, in NAPOLI (a cura di), *Solidarietà*, Vita e pensiero, 2009, p. 3 ss.

con il lavoro, che la tutela è funzionale. Almeno quando il lavoro non è di fatto o convenzionalmente impedito.

3.2. I destinatari: l'inabilità al lavoro

Quest'ultimo rilievo svela un tema importante per la corretta delimitazione dei destinatari della tutela. La mancanza di lavoro ne è senz'altro un elemento utile, ma, è ben noto, non esaurisce la questione, rimanendo tutt'oggi incerto se abbia rilevanza la causa del non lavoro. Così si può sintetizzare il tema dell'inabilità al lavoro, primo requisito soggettivo di accesso alla tutela *ex art. 38, co. 1*. Ed è un tema, pure è noto, importante: se l'inabilità si intende riferita al solo dato fisico, anche d'età, ne rimane escluso l'inoccupato che inabile non è, il già lavoratore disoccupato e colui che il lavoro lo ha, ma non adeguato alla vita libera e dignitosa.

Una lettura ampia del termine sembra possibile, se si accede alla tecnica di interpretazione che trae il significato del testo costituzionale integrandolo col pre-testo al tempo costituente e col contesto legislativo e sociale del tempo storico in cui l'analisi si compie¹¹⁵.

E così, interrogando lo sfondo valoriale che ha accompagnato la costruzione della disposizione, emerge che la questione circa la causa della condizione di non lavoro è stata ben presente nella discussione sull'allora art. 34¹¹⁶; e che la versione finale del testo presentata in assemblea plenaria ("Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere") rimane indifferente alle ragioni della mancanza di lavoro comunque senza colpa, perché lo "spirito e l'oggetto della disposizione" con cui si vedeva in contrasto la formulazione più ampia, proposta in quella sede ("Ogni cittadino che non abbia la possibilità di provvedere alla propria esistenza"), non appare riferito al collegamento tra impossibilità di lavoro e inabilità fisica, bensì tra (i mezzi necessari per) l'esistenza e il lavoro, visto come unico strumento di vita dignitosa¹¹⁷. Se si riconosce in questo ideale "l'imposta-

¹¹⁵ V. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *QCost*, 2007, p. 42; RUGGIERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *QCost*, 2007, p. 519 ss. BARBERA, "Ordinamento costituzionale" e carte costituzionali, p. 324, in *QCost*, 2010, p. 311 ss.; DICKMANN, *Costituzione e contesto costituzionale*, in *DS*, 2010, p. 37 ss.

¹¹⁶ La discussione in sede di I sottocommissione, seduta del 9 ottobre 1946, il cui resoconto sommario è reperibile in www.legislaturecamera.it.

¹¹⁷ V. l'intervento di Ghidini all'Assemblea plenaria, 10 maggio 1947, seduta pomeridiana, p. 3835 s. del resoconto sommario, *loc. ult. cit.*

zione logica che sottostà alla norma” – dalla quale l’interprete deve trarre il senso di una disposizione costituzionale immune dal fluire storico, ancorandovi la realtà storicamente mutata¹¹⁸ – il termine inabilità attrae alla tutela non solo l’impossibilità fisica al lavoro. Attrae anche l’impossibilità al lavoro causata da ciò che l’evoluzione socioeconomica fa emergere, nel tempo, come “ostacolo” al lavoro: oggi, il contesto di scarse opportunità occupazionali di qualità. Non si tratta di una forzatura interpretativa¹¹⁹, e nemmeno di una lettura attualizzata dell’art. 38, co. 1, che ne accrescerebbe il contenuto: il termine inabilità al lavoro, poiché pensato in modo da sopravvivere all’ invecchiamento della costituzione¹²⁰, già nasce ampio e capace di attrarre ogni condizione soggettiva che, in un dato momento storico, è, per via dell’art. 3, co. 2, Cost., impeditiva del lavoro: anche l’inabilità sociale¹²¹.

L’argomento testuale e sistematico proposto è analogo a quello che conduce ad una lettura ampia della disoccupazione involontaria di cui all’art. 38, co. 2, consentendo di includere nell’evento produttivo di effetti previdenziali i casi di mancanza di lavoro in cui formalmente il rapporto ancora c’è (la disoccupazione in costanza di rapporto). Ma, sembra, non anche ulteriori contenuti.

Si può dubitare, infatti, che la condizione dell’inoccupato o del disoccupato di lunga durata – che in un discorso sociologico è accostabile alla disoccupazione involontaria – integri la fattispecie a cui l’art. 38, co. 2, annette la tutela previdenziale, tale da assumere in questa norma, anziché nel co. 1, il fondamento della tutela per inabilità sociale al lavoro¹²². Nella tutela previdenziale è diverso anzitutto il bisogno: che è l’assenza dei mezzi adeguati alle

¹¹⁸ V. Dossetti, I sottocommissioni, 9 settembre 1984, resoconto sommario, *loc. ult. cit.*, p. 21, ove è l’intimo inciso riportato nel testo.

¹¹⁹ Sembra tale, piuttosto, il tentativo di superare il problema considerando l’inabilità al lavoro una condizione alternativa, non concorrente alla povertà, per l’accesso alla tutela (TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza*, cit., p. 29, nota 8), in contrasto “collo spirito e l’oggetto della disposizione” (Ghidini, cit.), che è assicurare tutela a chi è povero perché non può lavorare, non a chi è povero oppure a chi non può lavorare.

¹²⁰ RUGGIERI, *Il diritto “vecchio” e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/ 2012.

¹²¹ MAZZIOTTI F., *Diritto della previdenza sociale*, ES, 2001, p. 68. Nel discorso sul reddito minimo: PIZZOLATO, *L’incompiuta attuazione*, cit., p. 247; CASAMASSIMA, VIVALDI, *op. cit.*, p. 120 ss.; ALAIMO, *op. cit.*, p. 429 ss. Un’interpretazione cauta è in MASSA, *op. cit.*, p. 218; GIUBBONI, *Il reddito*, cit., p. 150 s. La tesi opposta si legge in ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giusvaloristica*, in *DLRI*, 2015, p. 455 ss., nota 33.

¹²² BENVENUTI, *Quali misure*, cit., p. 179; RUOTOLO, *op. cit.*, p. 232 s.; BOZZAO, *Reddito minimo*, cit., p. 621; ID, *Reddito di base*, cit., p. 335; RAVELLI, *op. cit.*, p. 83.

esigenze di vita partecipativa causata da un evento che ne interrompe, temporaneamente o definitivamente, la fonte, cioè il lavoro (co. 2); non è invece la mancanza dei mezzi necessari per vivere (la povertà) causata dall'assenza *tout cour* del lavoro (adeguato) (co. 1). Sono diverse anche le prestazioni: che consistono in un reddito sostitutivo di quello di lavoro (e su di esso calibrato) per la continuità nella partecipazione sociale interrotta (co. 2), non invece in un sussidio e servizi necessari alla “conquista” del reddito con il lavoro (co. 1). Sono diversi, infine, i destinatari: i già lavoratori secondo la valutazione sociale basata sul requisito contributivo (co. 2), non invece i non lavoratori per qualsiasi causa socialmente rilevante (co. 1)¹²³.

Ma anche se non si accoglie questa ricostruzione, l'ancoraggio della tutela passiva di disoccupazione per ragioni di contesto nel co. 2 dell'art. 38 si scontra con un dato che, si è detto prima, è estraneo al nostro ordinamento: l'attribuzione in favore di soggetti socialmente inabili al lavoro che però non soffrono di privazione materiale (che non è presupposto dalla tutela previdenziale). L'argomento, cioè, pare idoneo a fondare un reddito di base incondizionato, non una misura di contrasto all'esclusione sociale.

L'osservazione del contesto costituzionale conferma l'ampiezza del requisito soggettivo. Sebbene per lungo tempo il “mantenimento e assistenza sociale” sono stati circoscritti all'incapacità fisica di lavoro nelle forme di invalidità e inabilità, quest'ultima anche solo convenzionale (la pensione sociale, ora assegno sociale)¹²⁴, il legislatore coglie le potenzialità espansive dell'art. 38, co. 1, Cost. proprio quando il fenomeno della disoccupazione, e della conseguente povertà, emerge come problema giuridico *ex art. 3, co. 2, Cost.* non più rinviabile. Lo fa con i (faticosi) tentativi di introdurre il Rmi, con l'istituzione del sistema integrato di interventi e servizi sociali e poi l'Asdi – se ne è detto in apertura. Tutti casi in cui la protezione sociale non pretende mai l'inabilità fisica al lavoro, ma solo l'assenza di lavoro o di lavoro sufficiente all'esistenza libera e dignitosa.

Così è oggi con il Rei. A partire dall'1 luglio 2018, tra le condizioni di accesso alla misura non figura più la componente familiare di disabilità¹²⁵, e, sin dalla sua prima formulazione, essa è compatibile col reddito da lavoro, se non ne risulta modificata la soglia Isee di accesso (art. 2, II, d.lgs. 147/17). Così è anche nell'ipotesi di Rdc, che non esclude dai beneficiari i lavoratori,

¹²³ Per la ricostruzione della tutela previdenziale di cui al testo v. CASILLO, *op. cit.*

¹²⁴ MASSA, *op. cit.*; BALANDI, *Sicurezza sociale*, in *DDPComm*, 1996, p. 419 ss.

¹²⁵ Eliminata, come pure altri requisiti restrittivi, dall'art. 1, co. 190-192, l. 205/17.

sempre che il reddito complessivo sia inferiore alla soglia di povertà relativa (art. 4, d.d.l. 1148).

Forse è meno agevole rintracciare nelle due misure l'individualità, altro carattere soggettivo della tutela *ex art. 38, co. 1, Cost.*, perché la verifica dei mezzi in entrambe i casi fa riferimento al reddito familiare, non esclusivamente individuale, configurandosi, per questo, più vicina ai sostegni alla famiglia *ex art. 31 Cost.* È dirimente, però, il fatto che il nucleo familiare a cui è rivolta la tutela, in entrambi le misure può essere anche unipersonale: sia perché così è previsto, come nel Rdc (art. 4, co. 4, d.d.l. 1148), sia perché anche da una sola persona può essere costituito il nucleo familiare rilevante ai fini Isee, previsto nel Rei¹²⁶.

4. *Quale razionalizzazione per le misure assistenziali*

Sullo sfondo del sistema di protezione sociale descritto all'inizio, un'ultima riflessione si può svolgere, a chiusura di questo studio, sul riordino delle misure assistenziali di contrasto alla povertà.

Il d.lgs. 147/17 vi dedica gli art. 17-19, con i quali, si è già detto, sopprime il Sia, l'Asdi e la Carta acquisti. La scelta sembra condivisibile, perché tutti e tre gli istituti hanno la medesima finalità del Rei: il primo lo anticipa; il secondo è un beneficio la cui platea di destinatari è assorbita dal Rei; il terzo è un istituto di solo mantenimento, esso pure parte del Rei. È condivisibile anche la sopravvivenza delle misure a sostegno delle famiglie numerose (art. 9, co. 10) e le agevolazioni per l'accesso alle utenze necessarie (co. 11). Esse non sono prestazioni assistenziali contro l'esclusione sociale sovrapponibili al Rei (art. 38, co. 1, Cost.), bensì prestazioni a tutela della famiglia (art. 32, co. 1), e sono compatibili con esso: semperché, col concorso della prestazione assistenziale eventualmente percepita, ne permangono i presupposti economici.

Allo stesso modo, sembrano compatibili col Rei le agevolazioni per spese sanitarie, per all'accesso al credito, all'istruzione e alla formazione, che pure non sono finalizzate al contrasto alla povertà che *ab origine* impedisce l'inclusione sociale (come il Rei), bensì a rendere effettivi diritti che ne sono lo strumento (v. par. 2)¹²⁷.

¹²⁶ V. Circolare Inps 22 novembre 2011, n. 172, nota 4.

¹²⁷ Cfr. GIUBBONI, *Il reddito minimo*, cit., p. 159 ss.

Si dubita che la razionalizzazione possa spingersi sino a cancellare i trattamenti di disoccupazione in costanza o alla cessazione del rapporto di lavoro. Questi rispondono alla finalità previdenziale – che, si è già detto, è assicurare il reddito sostitutivo del lavoro e, con esso, la continuità della partecipazione sociale che viene meno per mancanza del veicolo partecipativo – non rispondono alla finalità assistenziale – assicurare sussidio e servizi per sollevare dalla povertà e condurre al lavoro. Ne sono perciò diversi i presupposti: soggettivi (lavoratori/cittadini) e oggettivi (povertà/contribuzione)¹²⁸. Ma anche in questo caso la contemporanea fruizione delle due misure è da intendere subordinata alla persistenza del requisito economico per quella assistenziale. È condivisibile, piuttosto, l'idea di assorbire nel Rei (o nel Rdc) l'assegno sociale¹²⁹, il quale, si è già detto, corrisponde al (solo) mantenimento garantito da entrambe le misure. Come pure l'idea di eliminare già oggi le maggiorazioni alle pensioni più basse¹³⁰, potendo, il pensionato, avere accesso al Rei, se ne ricorre il requisito dei mezzi.

¹²⁸ Per queste ragioni, tra le altre, non sembra possibile considerare il Rei o qualsiasi altra misura di reddito minimo come ammortizzatore sociale in caso di disoccupazione: v. invece BAVARO, *op. cit.*, p. 171 ss.

¹²⁹ V. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 161.

¹³⁰ BOERI, *Relazione annuale del Presidente Inps*, 4 luglio 2018, p. 6.

Abstract

L'autore, partendo da una ricostruzione del principio di protezione sociale, analizza i tratti identitari del Reddito di inclusione (previsto dal d.l.gs. 147/2017), del Reddito di cittadinanza (previsto dal d.d.l. 1148) e dell'ipotesi del Reddito minimo universale, verificandone i profili di conformità, o non conformità, alla tutela assistenziale per il contrasto all'esclusione sociale ai sensi dell'art. 38. co. 1, Cost.

The author, starting from a reconstruction of the principle of social protection, analyzes the identity traits of the Inclusion Income (d.l.gs. 147/17), Citizenship Income (d.d.l. 1148) and Basic Income, verifying the profiles of conformity, or non-conformity, in relation to the welfare protection against social exclusion within the meaning of art. 38. co. 1, Cost.

Key words

Reddito di inclusione, reddito di cittadinanza, reddito minimo universale, esclusione sociale, cittadinanza sociale, lavoro.

Inclusion income, Citizenship income, Basic income, social exclusion, social citizenship, poverty.

Matteo Corti

Il lavoro interinale “*Modell Deutschland*”.

Dall’europeizzazione al ritorno della regolazione

Sommario: **1.** Il modello tedesco di lavoro interinale nel contesto europeo. **2.** L’autorizzazione all’esercizio dell’attività di somministrazione di lavoro. **3.** Il contratto di fornitura di lavoro interinale. **4.** Il contratto di lavoro subordinato con l’agenzia. **5.** Le condizioni di lavoro: in particolare, il principio di parità di trattamento. **6.** Il salario minimo per i lavoratori interinali. **7.** Il ruolo dell’autonomia collettiva: dalla liberalizzazione al controllo. **8.** Il ruolo dei comitati aziendali. **9.** L’apparato sanzionatorio. **10.** Le oscillazioni del pendolo: il ritorno della regolazione.

1. *Il modello tedesco di lavoro interinale nel contesto europeo*

La dottrina tedesca parla volentieri di un modello tedesco di regolazione del lavoro interinale, contrapponendolo a quello francese¹: in effetti, Germa-

¹ Cfr., per es., BÖHM, *Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie - mit Fragezeichen?!*, in *DB*, 2011, p. 473; WANK, *Die Neufassung des AÜG*, in *JahrbAR*, 2012, pp. 23-25; ID., *Änderungen im Leiharbeitsrecht*, in *RArbeit*, 2017, p. 110. Per un’interessante lettura della disciplina del lavoro interinale da parte di due giuristi, uno francese e uno tedesco, aggiornato però allo stato dell’arte precedente la riforma del 2011, v. RÉMY, FEUERBORN, *Le droit allemand et la directive 2008/104: histoire d’une libéralisation apparente du travail intérimaire sous l’influence européenne*, in *RDT*, 2010, p. 55 ss.

La legge sul lavoro interinale (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, di seguito: AÜG) è oggetto di trattazione approfondita nei commentari tedeschi ad esso dedicati: v. tra i più recenti BOEMKE, LEMBKE (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. BB Kommentar*, Deutscher Fachverlag, 2013; ULBER (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar für die Praxis*, Bund Verlag, 2017; SANDMANN-MARSCHALL, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Kommentar mit Handbuch Zeitarbeit*, Luchterhand, 2018; THÜSING (Hrg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG. Kommentar*, Beck, 2018. Per la trattazione della materia in lingua inglese v. WEISS, *Germany*, in BLANPAIN (ed.), *Private Employment Agencies*, *BCLR*, 1999, 255 ss.; ID., *Germany*, in BLANPAIN, GRAHAM (ed.), *Temporary Agency Work and the Information Society*, in *BCLR*, 2004, p. 127 ss.; WEISS, SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations*, Wolters Kluwer, 2008, pp. 64-68; WEISS, *Regulating Temporary*

nia e Francia sono stati pionieri in Europa nella legalizzazione di questa tipologia lavorativa, con l'adozione di testi normativi in materia nello stesso anno (1972), ma la disciplina è stata sin dall'origine completamente divergente. Il legislatore francese, guidato dalla preoccupazione preminente di non spiazzare il lavoro subordinato a tempo indeterminato "standard", ha puntato sulla creazione di una figura interstiziale, sostituto funzionale del contratto a termine: le caratteristiche salienti sono la coincidenza delle causali di apposizione del termine e di quelle che giustificano il ricorso alla somministrazione; la sincronizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato con la missione, quest'ultima necessariamente di durata definita; il rigoroso obbligo di parità di trattamento tra lavoratori dell'agenzia e dipendenti comparabili dell'utilizzatore. Come è stato correttamente osservato, nel sistema francese l'agenzia svolge un ruolo assimilabile a quello di un intermediario piuttosto che di un somministratore².

Ben diversi i capisaldi del paradigma tedesco del lavoro interinale: l'agenzia è un vero e proprio datore di lavoro in senso lavoristico, che sopporta il rischio della mancanza di occasioni di somministrazione; per conseguenza, il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato, e il somministratore è tenuto a retribuire il lavoratore anche quando non è in missione; i contratti di lavoro a tempo determinato sono consentiti nel quadro della disciplina di carattere generale limitativa dell'apposizione del termine³. Fino alla cruciale riforma operata dalla legge *Hartz I* (23 dicembre 2002), il legislatore ostacolava la traslazione del rischio d'impresa dall'agenzia al lavoratore limitando la durata delle missioni e imponendo il divieto di coincidenza tra il contratto a termine eventualmente stipulato con il lavoratore e la missione stessa (cd. *Synchronisationsverbot*). Dopo *Hartz*, liberalizzato

Wörk in Germany, in BLANPAIN, HENDRICKX (ed.), *Temporary Agency Work in the European Union and in the United States*, in *BCLR*, 2013, p. 113 ss. In lingua italiana v., infine, MÜCKENBERGER, *La disciplina del lavoro atipico in Germania*, in *RGL*, 1993, I, p. 545 ss.; ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, pp. 103-107; BUSCHMANN, *Il lavoro a termine. La disciplina dei rapporti di lavoro a termine nella RFT*, in *QDLRI*, 2000, 23, pp. 220-221; FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l'esperienza tedesca*, in *DLRI*, 2013, pp. 743-745; M. CORTI, *Il lavoro interinale "Modell Deutschland": europeizzazione e ritorno*, in L. CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea dopo la l. 78/2014*, Giappichelli, 2014, pp. 409 ss.; WEIDMANN, *Il regime tedesco della somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2014, p. 1193 ss.

² BÖHM, *op. loc. ult. cit.*

³ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*

il regime delle missioni, la tutela del lavoratore somministrato viene concentrata sul principio di parità di trattamento con i lavoratori comparabili dell'utilizzatore, però derogabile dall'autonomia collettiva: il risultato pratico è stato lo spostamento dei compiti di tutela dalla legge ai contratti collettivi⁴, che si sono diffusamente avvalsi della potestà derogatoria loro attribuita.

D'altro canto, l'accoglimento del principio di parità di trattamento da parte del legislatore tedesco a partire dal 2001 ha favorito l'approvazione della dir. 2008/104/CE del 19 novembre 2008 sul lavoro interinale, che per lungo tempo si era arenata sugli scogli dell'opposizione non soltanto del Regno Unito (tradizionalmente ostile a qualsiasi iniziativa regolatoria dell'Unione in materia sociale), ma anche della Germania stessa: in effetti, i progetti di direttiva, incentrati su tale principio, erano assai più sintonici con l'archetipo francese del lavoro interinale che con quello tedesco⁵. Superato tale ostacolo, è bastata l'introduzione nella direttiva di un'apposita deroga affidata alle cure della contrattazione collettiva (art. 5, par. 3, dir. 2008/104/CE, chiaramente ispirato ad *Hartz I*), per spianare la strada all'approvazione definitiva del testo.

Il modello tedesco di lavoro interinale ha subito un processo di ibridazione, peraltro cominciato prima del recepimento della direttiva: in *Hartz I* (ma già nel *Job-AQTIV-Gesetz* dell'anno precedente) è palpabile l'influsso dei progetti europei allora in corso di discussione. Nei suoi originali capisaldi l'archetipo è però rimasto invariato, e le evoluzioni più recenti, compresa la stessa trasposizione della direttiva, testimoniano una sensibile "rinazionalizzazione". In effetti, il recepimento della dir. 2008/104/CE, avvenuto nel 2011 tramite due distinti provvedimenti legislativi, rispettivamente del 28 aprile e del 20 luglio, ha costituito l'occasione formale di una novella che mira soprattutto a riregolare e limitare l'utilizzo del lavoro interinale, venendo incontro alle preoccupazioni serpeggianti nell'opinione pubblica. Il ritorno della regolazione è stato completato con l'ultima modifica all'*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* (di seguito: AÜG), entrata in vigore il 1° aprile 2017⁶, che

⁴ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*; SEIFERT, *Les travailleurs pauvres: nouveau défi pour le droit social allemand*, in AUVERGNON (a cura di), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013, pp. 179-180.

⁵ BÖHM, *op. loc. ult. cit.*; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 24.

⁶ Si tratta del *Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze*. Il dibattito scientifico aveva già abbondantemente commentato la fase progettuale dell'intervento legislativo. V., tra gli altri, BRORS, SCHÜREN, *Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Fremdpersonaleinsatz*, in NZA, 2014, p. 569 ss.; LEMBKE, *Gesetzesvorhaben der Großen Koalition im*

interviene, sempre nello stesso spirito, sulla disciplina della somministrazione di lavoro, sulla distinzione tra quest'ultima e l'appalto (il *Werkvertrag*), e perfino sulla nozione di lavoro subordinato (al fine di combattere l'uso fraudolento del lavoro autonomo – *Solo-Selbständigkeit*). La tendenza alla limitazione del lavoro interinale, il cui utilizzo è in effetti esploso dopo le riforme *Hartz*, risulta distonica rispetto agli obiettivi della direttiva, che sono anche di rimozione dei divieti e degli ostacoli che gli ordinamenti nazionali frappongono allo sviluppo del *business* delle agenzie (v. in particolare l'art. 4, dir. 2008/104/CE)⁷.

2. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di somministrazione di lavoro

L'attività di somministrazione è soggetta in Germania ad autorizzazione (*Erlaubnis*) (§ 1, co. 1, AÜG), rilasciata dall'Agenzia federale per il lavoro (*Bundesagentur für Arbeit*, di seguito: BA). La richiesta deve essere inoltrata in forma scritta e, per i primi 3 anni, deve essere reiterata di anno in anno: dopo 3 anni di esercizio ininterrotto dell'attività, l'autorizzazione può essere concessa a tempo indeterminato; essa peraltro si estingue qualora non sia utilizzata per 3 anni consecutivi (§ 2, co. 1, 4-5). L'autorizzazione può essere rilasciata sotto condizione e anche con riserva, quando una decisione definitiva sulla richiesta non sia possibile (§ 2, co. 2-3).

Il § 3, AÜG elenca i motivi di rifiuto (*Versagung*) dell'autorizzazione. Colpiscono immediatamente l'osservatore italiano talune peculiarità: anzitutto, l'elenco comprende, più che requisiti dell'agenzia, veri e propri obblighi della

Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, in *BB*, 2014, p. 1333 ss.; RÉMY, *Organiser le futur de l'Allemagne. Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de "grande coalition" en droit du travail*, in *RDT*, 2014, pp. 290-292; DEINERT, *Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften*, in *RArbeit*, 2014, p. 65 ss.; HAMANN, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze“ vom 17.02.2016, in *AR*, 2016, p. 136 ss. Sul testo poi definitivamente approvato v. DEINERT, *Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb*, in *RArbeit*, 2017, p. 65 ss.; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz durch On-Site-Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungsprobleme des neuen Rechts*, in *RArbeit*, 2017, p. 83 ss.; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017 – Eine Reformatio in Peius*, in *NZA*, 2017, p. 1 ss.; WANK, *Änderungen*, cit., p. 100 ss. Per un bilancio delle principali criticità interpretative a un anno di distanza dall'entrata in vigore della riforma v. SCHARFF, *Ein Jahr mit dem reformierten AÜG – Zeit für ein Resümee*, in *BB*, 2018, p. 1140 ss. V. inoltre anche *infra* in nota nei luoghi opportuni.

⁷ Cfr. DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 72.

stessa. L'apparente stranezza si spiega con la circostanza che BA deve condurre un giudizio prognostico sulla capacità del somministratore di essere un "buon" datore di lavoro e, soprattutto, con il fatto che le ragioni di rifiuto dell'autorizzazione coincidono con quelle che giustificano il ritiro della stessa una volta iniziata l'attività di fornitura di manodopera (§ 5, co. 1, n. 3). È poi interessante notare che il legislatore tedesco non richiede alcun particolare requisito di forma giuridica o di solidità economica al somministratore: l'attività potrà dunque essere svolta anche in forma di società di persone o addirittura da un imprenditore persona fisica, purché siano offerte adeguate garanzie di serietà e solvibilità. Non è inoltre previsto alcun obbligo di esercizio in forma esclusiva o prevalente: l'attività di somministrazione potrà dunque essere svolta a fianco di altre attività anche più importanti (cd. *Mischbetriebe*).

L'autorizzazione può dunque essere negata quando esistono circostanze di fatto che lasciano presumere: l'inaffidabilità del richiedente a svolgere l'attività di somministrazione (in particolare, poiché non adempie gli obblighi datoriali o non rispetta le disposizioni di legge sulle trattenute contributive e fiscali, sulla mediazione tra domanda e offerta di lavoro, sull'impiego di lavoratori stranieri, sulla durata massima della missione, sulla salute e sicurezza del lavoro); l'incapacità del richiedente di adempiere regolarmente agli obblighi datoriali, in considerazione della sua (insufficiente) organizzazione d'impresa; il mancato rispetto da parte del richiedente dell'obbligo di garantire al lavoratore interinale, durante la missione, condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, pari a quelle stabilite nel § 8, AÜG (§ 3, co. 1, n. 1-3). L'autorizzazione può essere negata altresì a cittadini e società straniere, o a società di diritto tedesco che non abbiano la propria sede statutaria, l'amministrazione o almeno la filiale principale in Germania; i cittadini e le società degli Stati membri dello Spazio economico europeo possono ottenere l'autorizzazione alle medesime condizioni dei tedeschi (§ 3, co. 3-4).

L'autorizzazione può essere revocata (*Rücknahme*) quando sia stata rilasciata *non jure* (§ 4), mentre il ritiro (*Widerruf*) avviene, come già detto, per le medesime ragioni per le quali avrebbe potuto essere rifiutata l'autorizzazione, oppure quando quest'ultima sia stata concessa sotto riserva o soggetta a condizioni non soddisfatte dal richiedente (§ 5): sia la revoca che il ritiro non hanno efficacia retroattiva. Il § 7, AÜG contempla un intenso flusso informativo a carico delle agenzie nei confronti di BA. Anzitutto, esse devono comunicare a BA tutte le modifiche più importanti dell'organizzazione aziendale e, quando l'autorizzazione sia stata rilasciata a una persona giuri-

dica, anche ogni modifica degli organi direttivi o dei legali rappresentanti; i somministratori sono inoltre tenuti a fornire tempestivamente su richiesta di BA ogni informazione che quest'ultima ritenga necessario acquisire, e devono conservare la documentazione inerente la propria attività per 3 anni (§ 7, co. 1-2). BA ha, infine, il diritto di compiere ispezioni presso le agenzie e, qualora vi sia *periculum in mora*, anche perquisizioni senza l'autorizzazione del giudice (§ 7, co. 3-4).

3. Il contratto di fornitura di lavoro interinale

Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo stipulato tra il somministratore (*Verleiher*) e l'impresa utilizzatrice (*Entleiher*) è stato tradizionalmente oggetto di scarsa attenzione da parte del legislatore tedesco, che si limitava a tratteggiarlo con relativa rapidità nel § 12, AÜG. La situazione è, però, cambiata radicalmente con la riforma del 2017: proprio nella riscrittura della fattispecie sottesa a tale contratto e della relativa disciplina risiede il cuore della strategia governativa, volta a reprimere l'utilizzo dei *Werkverträge* per realizzare meri appalti di manodopera e a ricondurre il lavoro interinale alla sua funzione originaria di soddisfacimento di esigenze esclusivamente temporanee delle imprese⁸. Nel perseguimento del primo obiettivo, la novella del 2017 introduce per la prima volta nella legge la nozione di fornitura di lavoro temporaneo (*Arbeitnehmerüberlassung*), ripresa dalla giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*, di seguito: BAG)⁹. Essa si realizza quando il lavoratore, per l'espletamento della propria attività lavorativa, viene "inserito nell'organizzazione produttiva dell'utilizzatore e assoggettato alle sue direttive" (§ 1, co. 1, 1° periodo). Qualora la fattispecie si realizzi nell'esecuzione concreta della relazione contrattuale, ma il *nomen iuris* speso dalle parti sia diverso (per es. sia stato indicato un *Werkvertrag*), il giudice è tenuto a riqualificare il contratto e si applicherà l'AÜG (§ 12, co. 1, 2° periodo, introdotto con la riforma del 2017)¹⁰.

⁸ Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁹ WANK, *Änderungen*, cit., p. 102.V., per es., BAG 8 novembre 1978-5 AZR 261/77; BAG 22 giugno 1994, in *NZA*, 1995, p. 462; nonché da ultimo BAG 27 giugno 2017-9 AZR 133/16.

¹⁰ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 73; WANK, *op. loc. ult. cit.* HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 86-87, rileva correttamente che la novella del 2017 ha introdotto l'indisponibilità del tipo contrattuale (*Vertragstypenzwang*) anche per il contratto di fornitura di lavoro interinale.

L'ÄÜG prescrive per il contratto di somministrazione la forma scritta e un contenuto minimo, che abbraccia la dichiarazione dell'agenzia di essere in possesso dell'autorizzazione, le mansioni ricoperte dal lavoratore interinale e la qualifica professionale necessaria per svolgerle, le condizioni essenziali di lavoro, compresa la retribuzione, applicate nell'impresa utilizzatrice per un lavoratore comparabile (quest'ultima indicazione non deve essere inserita qualora si applichi un contratto collettivo che consente la deroga al principio di parità di trattamento – v. *infra* il par. 5). La riforma del 2017 ha arricchito i requisiti formali del contratto, con finalità antielusiva: e così le parti devono indicarvi espressamente che si tratta di somministrazione di lavoro prima che il lavoratore cominci la propria attività (§ 1, co. 1, 5° periodo)¹¹. Prima dell'inizio della missione i contraenti devono anche individuare il lavoratore somministrato con specifico riferimento al contratto di fornitura (§ 1, co. 1, 6° periodo)¹². La fornitura di lavoro temporaneo è possibile soltanto se il somministratore è titolare del contratto di lavoro con il lavoratore, cosicché la somministrazione (*rectius* distacco) a terzi di lavoratori da parte dell'impresa utilizzatrice non è oggi più possibile, salvo che quest'ultima sia a propria volta autorizzata alla fornitura di lavoro interinale (§ 1, co. 1, 3° periodo, introdotto dalla riforma del 2017, che vieta la cd. somministrazione a catena – *Kettenverleih*). Il difetto di forma scritta comporta la nullità del contratto ai sensi del § 125, *Bürgerliches Gesetzbuch* (il codice civile – di seguito: BGB), eventualmente parziale, quando manchino soltanto uno o più degli elementi prescritti dalla legge: nel dubbio, tuttavia, la nullità parziale si trasmetterà all'intero contratto *ex* § 139, BGB¹³ (secondo il quale l'intero negozio giuridico risulta travolto dalla nullità parziale, qualora

Per una lettura piuttosto critica di questa novità v. KAINER, SCHWEIPERT, *Werkverträge und verdeckte Leiharbeit nach dem neuen ÄÜG*, in *NZA*, 2017, p. 13 ss.

¹¹ Benché dal punto di vista sistematico la collocazione dei requisiti del contratto di fornitura in paragrafi diversi dell'ÄÜG crei qualche problema, non vi sono dubbi che anche questa indicazione debba essere effettuata in forma scritta. Cfr. HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 88.

¹² Si discute se anche in questo caso debba essere osservata la forma scritta. Propende per la soluzione negativa HENSSLER, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale si imporrebbe anche una riduzione teleologica della disposizione, che escluderebbe dall'obbligo le agenzie esclusivamente dedite alla somministrazione di lavoro (p. 89). Concordano sul fatto che la forma scritta non sia prevista anche LEMBKE, *ÄÜG-Reform 2017*, cit., pp. 8-9, secondo il quale sarebbe però fortemente raccomandata per comprensibili finalità probatorie, e SCHARFF, *op. cit.*, p. 1144.

¹³ Cfr. GOTTHARDT, § 12. *Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (Hrg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 518; WANK, § 12. *Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Verlag C. H. Beck, 2017, p. 684.

non vi sia ragione di presumere che, pur senza la parte viziata, il negozio stesso sarebbe stato comunque concluso). Le conseguenze per il contratto di lavoro saranno approfondite *infra* al par. 9.

Il contratto di somministrazione può essere stipulato a tempo determinato o indeterminato, e anche sottoposto a condizione risolutiva¹⁴: va, tuttavia, ricordato che dopo la novella del 2011 “la fornitura di lavoratori avviene in via temporanea” (*vorübergehend*: § 1, co. 1, 4° periodo, AÜG). L’innovazione è stata giustificata non soltanto con l’esigenza di ricondurre la somministrazione a un uso più fisiologico e di evitare la distruzione di posti di lavoro stabili presso le imprese utilizzatrici, ma anche con la necessità di adeguamento alla direttiva 2008/104/CE¹⁵: quest’ultima, infatti, nel definire il proprio ambito di applicazione fa riferimento a “lavoratori” impiegati dalle agenzie e “assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare *temporaneamente* e sotto il contratto e la direzione delle stesse” (corsivo dello scrivente) (art. 1, par. 1, dir.); l’avverbio fa peraltro la sua comparsa anche nelle definizioni (art. 3, par. 1, lett. b-e, dir.). Una parte della dottrina ha fatto notare che la direttiva non esige affatto che la somministrazione avvenga soltanto in via temporanea: essa delimiterebbe piuttosto il proprio campo di applicazione alla somministrazione a tempo determinato, evitando di occuparsi dell’ipotesi in cui il lavoratore sia stabilmente distaccato presso l’impresa utilizzatrice¹⁶.

Il legislatore del 2011, comunque, non era tornato con piena convin-

¹⁴ BARTL, ROMANOWSKI, *Keine Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen!*, in *NZA*, 2012, p. 846; GOTTHARDT, *op. ult. cit.*, p. 519; WANK, *op. ult. cit.*, p. 685.

¹⁵ KALB, § 1. *Erlaubnispflicht*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (Hrg.), *op. cit.*, p. 478; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 27; ZIMMER, „Vorübergehender“ Einsatz von LeiharbeiterInnen, in *AR*, 2012, p. 423; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 70. Anche l’Avvocato Generale Szpunar nel caso AKT ha autorevolmente sostenuto l’opinione che il contratto di lavoro interinale sia di natura intrinsecamente temporanea e non debba risolversi nella distruzione o spiazzamento di regolari rapporti di lavoro con l’utilizzatore (cfr. ZIMMERMANN, *Tätbestandsrätsel “vorübergehend” – weiter ungelöst*, in *NZA*, 2015, p. 539). Tuttavia, la Corte sul punto non si è pronunciata: v. C. Giust. 17 marzo 2015, C-533/13 (caso AKT), in *FI*, 2015, IV, c. 248, nt. A. M. PERRINO; in questa rivista, 2015, p. 606, nt. K. GABOR; in *RGL*, 2015, II, p. 409, nt. S. BORELLI. Sulla questione v. anche KRÜGER, *Temporary Agency Workers work “Temporarily”. A European and German Interpretation of the Notion “Temporarily”*, in *ELLJ*, 2016, p. 576 ss.

¹⁶ Cfr., per es., HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *Das neue AÜG: Erste Praxiserfahrungen und Hinweise zum Umgang mit den neuen Regelungen*, in *BB*, 2012, p. 964; LEMBKE, *Arbeitnehmerüberlassung im Konzern*, in *BB*, 2012, pp. 2500-2501; THÜSING, STIEBERT, *Zum Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG*, in *DB*, 2012, pp. 633-634; THÜSING, *Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung: Neues vom BAG, vom EuGH und auch vom Gesetzgeber*, in *NZA*, 2014, p. 12. Per argomenti simili in giurisprudenza v., per es., *Arbeitsgericht* (di seguito: ArbG) Leipzig 22 agosto 2012, 6 BV 76/11.

zione a delimitare temporalmente la durata delle missioni: si era infatti astenuto dal fissare un termine massimo (come avveniva prima di *Hartz I*) e non aveva previsto nemmeno le conseguenze sanzionatorie per il caso di missione non più "temporanea", affidando tali compiti interpretativi delicatissimi alla dottrina e alla giurisprudenza. Alla babele interpretativa che ne era seguita¹⁷, ha posto meritoriamente fine la riforma del 2017, concretizzando il requisito della temporaneità e precisando le conseguenze sanzionatorie del suo mancato rispetto (per quest'ultimo profilo v. *infra* il par. 9). Così ora il § 1, co. 1, 4° periodo, AÜG è completato con il riferimento alla durata massima esplicitata nel co. 1b del medesimo § 1. Più precisamente, un lavoratore interinale non può essere impiegato presso lo stesso utilizzatore per più di 18 mesi¹⁸: missioni diverse, intervallate da un periodo pari o inferiore a 3 mesi, contribuiscono al conteggio complessivo, anche qualora sia cambiata l'agenzia di somministrazione (§ 1, co. 1b, 1° e 2° periodo).

Per ammorbidire la reintroduzione del termine massimo di durata della missione, la legge consente all'autonomia collettiva di derogarvi (§ 1, co. 1b, 3°-7° periodo). I contratti di categoria delle imprese utilizzatrici possono stabilire periodi massimi diversi, sia inferiori che superiori¹⁹, e anche affidare alle pattuizioni tra il comitato aziendale e il datore di lavoro (le *Betriebsvereinbarungen*) il compito di individuare tali termini invalicabili (cd. clausole di apertura). Anche le imprese che non applicano il contratto collettivo possono giovare delle deroghe che introduce, seppur con taluni aggiustamenti²⁰:

¹⁷ Per un quadro preciso del panorama dottrinale e giurisprudenziale v. FEUERBORN, *Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Arbeitnehmerüberlassung im Jahr 2013*, in *JahrbAR*, 2014, p. 90 ss.; NIESSEN, FABRITIUS, *Was ist vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung – Das Rätsel weiter ungelöst?*, in *NJW*, 2014, p. 263 ss.

¹⁸ Il termine è stato considerato in dottrina di lunghezza appropriata: non così breve da pregiudicare le esigenze di flessibilità delle imprese, ma nemmeno così lungo da consentire la sostituzione di lavoratori stabili dell'utilizzatore. Cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

¹⁹ Non sono autorizzati, però, a eliminare puramente e semplicemente il tetto, senza stabilirne uno diverso: DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76; SEIWERTH, *Gestaltung der neuen Überlassungshöchstdauer des AÜG durch Tarifvertrag*, in *NZA*, 2017, p. 479 ss., secondo il quale i partners sociali non potrebbero spingersi oltre i 6 anni; WANK, *Änderungen*, cit., p. 108. Nel senso che la somministrazione a tempo indeterminato di un lavoratore sarebbe contraria alla direttiva cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 97, che però ammette anche l'individuazione di casuali temporanee, invece di termini rigidi.

²⁰ Una privazione totale di questo vantaggio avrebbe violato la loro libertà negativa di associazione sindacale, costituzionalmente protetta dall'art. 9, par. 3, GG: cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 138.

tramite pattuizione aziendale possono recepire la durata massima da esso direttamente stabilita²¹ o impiegare i lavoratori interinali fino a 24 mesi²², quando il CCNL preveda una clausola di apertura (e sempre che quest'ultima non fissi un termine diverso, più breve o più lungo)²³.

La dottrina ha accolto lo *ius novum* in modo piuttosto critico. Anzitutto, ha ravvisato una pericolosa sfasatura tra l'obiettivo perseguito e lo strumento utilizzato. Se il fine è quello di arginare la distruzione di posti di lavoro stabili e ricondurre il lavoro interinale alla sua funzione originaria di soddisfare esigenze temporanee delle imprese, è del tutto inappropriato limitare la durata della missione del singolo lavoratore²⁴. L'agenzia può, infatti, sostituire quel lavoratore con un altro nello stesso posto di lavoro alla fine del periodo massimo consentito e, comunque, dopo tre mesi le è perfino concesso di riutilizzare colà il medesimo lavoratore²⁵. Insomma, il mezzo migliore per garantire la temporaneità della somministrazione sarebbe stato collegare la durata massima al posto di lavoro²⁶ o prevedere un sistema di causali, sulla falsariga di quelle esistenti per i contratti a termine (v. *infra* il par. successivo)²⁷. Il vincolo così introdotto risulterebbe, perciò, non solo incongruo, ma anche

²¹ Mentre i datori di lavoro vincolati dal contratto collettivo possono giovare immediatamente delle deroghe da esso introdotte, i non iscritti sono obbligati a riceverle in una pattuizione aziendale con il *Betriebsrat*. In questo modo, la possibilità di prolungare la durata massima delle missioni è condizionata alla valutazione di adeguatezza dei *partners* sociali del livello più prossimo agli interessi regolati (in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76). Altro corollario non indifferente è che l'impresa estranea sia alla contrattazione collettiva, sia ai meccanismi partecipativi di livello aziendale non potrà fruire di questo importante strumento di flessibilità.

²² Si tratta di un incentivo ad aderire all'associazione datoriale e a entrare nel sistema della contrattazione collettiva, e tuttavia così lieve da non porre problemi di compatibilità con la libertà negativa di associazione sindacale, tutelata dall'art. 9, par. 3, GG. In questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 76-77; *contra*, però, nel senso dell'incompatibilità con la garanzia costituzionale, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 98-99. In senso dubitativo HAMANN, „*Entwurf*”, cit., p. 139.

²³ Qualora per la stessa categoria siano in vigore più contratti collettivi, l'impresa non iscritta dovrà fare riferimento a quello “rappresentativo” (§ 1, co. 1b, 7° periodo), ovvero a quello che copre il maggior numero di imprese e di lavoratori (in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76).

²⁴ In questo senso HAMANN, „*Entwurf*”, cit., p. 138; DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77; WANK, *Änderungen*, cit., p. 109.

²⁵ Stigmatizza gli effetti assolutamente negativi delle nuove previsioni per i lavoratori interinali, la cui precarizzazione è ulteriormente accentuata, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 94.

²⁶ Questo suggerimento è di DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77.

²⁷ Soluzione perorata da WANK, *Änderungen*, cit., pp. 107-108.

incompatibile con la dir. 2008/104/CE, che richiede agli Stati membri di adottare misure "per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della [...] direttiva" (art. 5, par. 6) e configura il lavoro interinale come rapporto di tipo flessibile (art. 2)²⁸.

Per questo motivo una voce dottrinale ha suggerito di ritenere sussistenti due vincoli²⁹. Uno, di carattere generale e collocato nel § 1, co. 1, 4° periodo, imporrebbe la "temporaneità" dell'esigenza sottesa al ricorso dell'impresa utilizzatrice al lavoro interinale. Il secondo, più specifico, troverebbe sede nel § 1, co. 1b e preciserebbe il primo, ma non lo esaurirebbe, cosicché il giudice potrebbe sempre verificare, pur nel rispetto dei limiti di cui al co. 1b, se sia violato il requisito della temporaneità dell'esigenza di ricorso al lavoro interinale. Per contro, il superamento dei termini esplicitati nel co. 1b non sarebbe mai consentito. Nemmeno la scelta di affidare all'autonomia collettiva il compito di flessibilizzare la durata massima delle missioni ha incontrato consensi unanimi. In particolare, si è sostenuto che la scelta del contratto collettivo di categoria delle imprese utilizzatrici come veicolo derogatorio lederebbe la libertà positiva di associazione sindacale delle agenzie interinali, costituzionalmente garantita (art. 9, par. 3, GG)³⁰. Anche la possibilità del CCNL di delegare alle pattuizioni aziendali il compito di fissare i limiti ha incontrato critiche: a livello decentrato non sarebbe assicurata quella "parità delle armi" tra i *partners* sociali in grado di garantire una soluzione equilibrata³¹.

Per concludere sul contratto di somministrazione di lavoro interinale, si deve affermare, anche dopo le più recenti riforme, che può essere concluso pure a tempo indeterminato. In effetti, essendo quella del contratto di fornitura un'obbligazione di genere (*Gattungsschuld*)³², ben può l'agenzia adem-

²⁸ In questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 77; ULBER, *Die AÜG-Reform: Neuregelung zur Diskriminierung und zum funktionswidrigen Einsatz von Leiharbeitnehmern*, in *AR*, 2017, pp. 238-239; WANK, *Änderungen*, cit., p. 109.

²⁹ Per questa suggestiva interpretazione v. WANK, *op. ult. cit.*, p. 107.

³⁰ Per questa opinione v. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 97-98. *Contra*, però, HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 138; DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76, secondo i quali è perfettamente naturale, e costituzionalmente legittimo, che siano i contratti di categoria delle imprese utilizzatrici a fissare il limite massimo di durata delle missioni. Solo tali contratti sono in grado di esprimere compiutamente le diverse esigenze di lavoro temporaneo dei rispettivi settori produttivi, mentre quelli delle agenzie sono troppo distanti dalla materia regolata per poter compiere con altrettanta efficacia la stessa operazione.

³¹ HAMANN, *op. ult. cit.*, p. 139.

³² Cfr. WANK, § 12. *Rechtsbeziehungen*, cit., p. 685.

piervi, come già accennato, mediante l'invio di lavoratori diversi in missioni consecutive.

4. *Il contratto di lavoro con l'agenzia*

L'AÜG non si occupa quasi del contratto di lavoro con l'agenzia di somministrazione³³. Ciò è perfettamente comprensibile nell'impostazione abbracciata dal legislatore tedesco: poiché l'agenzia è un datore di lavoro come gli altri, i contratti da essa stipulati con i propri dipendenti da inviare in missione sono a tempo determinato, indeterminato o parziale secondo le regole generali del diritto del lavoro tedesco. Per quanto riguarda i contratti a termine, si applica dunque il *Teilzeit-und Befristungsgesetz* del 2000 (di seguito: TzBfG): esso consente l'apposizione del termine al contratto di lavoro soltanto in presenza di una ragione oggettiva (*sachlicher Grund*), che può risiedere tanto in circostanze di fatto relative all'impresa (normalmente di carattere temporaneo), quanto in ragioni inerenti la persona del lavoratore (§ 14, co. 1, TzBfG)³⁴. È peraltro possibile stipulare una sola volta un contratto a termine privo di ragioni oggettive, purché la durata massima dello stesso, comprensiva di tre proroghe, non superi i 24 mesi; l'autonomia collettiva può derogare a questi limiti (§ 14, co. 2). Le ragioni oggettive inerenti l'impresa devono essere verificate in capo all'agenzia, e non all'impresa utilizza-

³³ Il § 11, co. 1 si limita a stabilire alcune integrazioni alle informazioni sui contenuti del contratto che ogni datore di lavoro deve trasmettere in forma scritta al lavoratore in forza del *Nachweisgesetz*: devono essere altresì indicate le generalità dell'agenzia e gli estremi dell'auto-rizzazione, nonché il tipo e l'entità delle prestazioni previste durante i periodi in cui il lavoratore non è in missione. Ai sensi del § 11, co. 2, al lavoratore deve essere altresì consegnata una *brochure* pubblicata da BA con l'illustrazione dei caratteri salienti della disciplina del lavoro interinale in Germania. A seguito della riforma del 2017, l'agenzia deve anche informare il lavoratore, prima di ogni missione, del fatto che egli svolgerà la propria attività nell'ambito di una somministrazione di lavoro (§ 11, co. 2, 3° periodo).

³⁴ In via esemplificativa il § 14, co. 1, TzBfG menziona, tra l'altro, necessità di lavoro dell'impresa di carattere temporaneo; sostituzione di lavoratori assenti; assunzione a fini di prova o subito dopo un periodo di formazione, con l'obiettivo di inserire stabilmente il lavoratore in azienda; le caratteristiche della prestazione lavorativa, intrinsecamente di carattere temporaneo; ragioni inerenti la persona del lavoratore, che giustificano l'apposizione del termine. Sulla disciplina dei contratti a termine in Germania si rimanda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, p. 189 ss.

trice: così, per es., il bisogno temporaneo di lavoro di quest'ultima non potrà mai giustificare *ex se* la stipulazione di un contratto a termine tra l'agenzia e il lavoratore interinale, perché il rischio economico della mancanza di missioni incombe sul somministratore e non può essere spostato sul lavoratore³⁵. Il principio è ribadito dal § 11, co. 4, AÜG: questa previsione rende inderogabile in favore del lavoratore interinale il § 615, primo periodo, BGB, che sancisce il diritto del lavoratore alla retribuzione in caso di *mora credendi* (*Annahmeverzug*); per gli altri lavoratori la norma è, invece, di carattere dispositivo³⁶. Del tutto coerentemente, eventuali patologie del contratto a termine condurranno alla conversione a tempo indeterminato con l'agenzia, e non all'imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore³⁷.

Nell'ottica scelta dal legislatore tedesco non stupisce che la giurisprudenza escluda la legittimità del licenziamento per ragioni economiche³⁸ del lavoratore interinale all'esito della missione, quando esso sia motivato esclusivamente dall'assenza di altre occasioni di lavoro immediatamente disponibili³⁹. Il rischio "congiunturale" è infatti connaturato al *business* delle agenzie interinali e non può essere traslato sul lavoratore: il somministratore dovrà

³⁵ Cfr. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2009, pp. 1013-1014; RÉMY, FEUERBORN, *op. cit.*, pp. 56-57.

³⁶ DÄUBLER, *op. ult. cit.*, pp. 1015-1016.

³⁷ Cfr., da ultimo, BAG 28 settembre 2016, in *NZA*, 2017, p. 55, in un caso in cui il termine apposto al contratto con l'agenzia era spirato, ma il lavoratore aveva continuato a prestare la propria opera presso l'utilizzatore.

³⁸ Sui licenziamenti in Germania v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *RIDL*, 2005, I, p. 365 ss.; R. SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in questa rivista, 2012-2013, p. 543 ss. e p. 101 ss.; GRIVET-FETÀ, *I licenziamenti*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Angeli, 2014, p. 93 ss.

³⁹ BAG 18 maggio 2006, in *RArbeit*, 2007, p. 176; *Landsarbeitsgericht* (di seguito: LAG) Rheinland-Pfalz 27 febbraio 2012, 6 Sa 517/11; ArbG Iserlohn 14 gennaio 2016, in *AR*, 2016, p. 521; ArbG Mönchengladbach 20 marzo 2018, 1 Ca 2686/17, in *AR*, 2018, p. 262, nt. D. MÜLLER-WENNER, secondo il quale l'assenza di occasioni di lavoro per 3 mesi e un giorno non sarebbe sufficiente a giustificare il licenziamento (nel caso di specie l'agenzia aveva promesso al lavoratore interinale la riassunzione trascorso il detto periodo). In dottrina v. RÉMY, FEUERBORN, *op. cit.*, p. 57; WANK, 140. *Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG). Einleitung*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, p. 628. In argomento v. *amplius* FUHLROTT, FABRITIUS, *Besonderheiten der betriebsbedingten Kündigung von Leiharbeitnehmern*, in *NZA*, 2014, p. 122 ss.

dunque continuare a retribuirlo e a cercargli opportunità di impiego. Sol tanto a seguito di una prolungata assenza di lavoro e dell'impossibilità di riqualificare il dipendente, il licenziamento potrà essere giustificato. Nel caso di licenziamento disciplinare vengono in rilievo tanto comportamenti inadempienti nei confronti dell'agenzia, quanto dell'utilizzatore⁴⁰.

5. *Le condizioni di lavoro: in particolare, il principio di parità di trattamento*

Il § 11, co. 5-7, AÜG detta alcune disposizioni specifiche sul rapporto (*Leiharbeitsverhältnis*), radicate nella peculiarità della relazione triangolare che contraddistingue tale tipologia lavorativa. Qualora presso l'utilizzatore sia in corso un conflitto collettivo, il lavoratore ha diritto di rifiutare la missione, e l'agenzia deve renderlo edotto di questo diritto; egli conserva altresì la retribuzione (co. 5, 3° e 4° periodo)⁴¹. La riforma del 2017 ha premesso a queste disposizioni un vero e proprio divieto di utilizzare lavoratori interinali, posto in capo all'impresa utilizzatrice, quando l'unità produttiva sia direttamente coinvolta in un conflitto collettivo e i lavoratori somministrati sarebbero chiamati a svolgere le mansioni degli scioperanti o dei dipendenti che li sostituiscono (co. 5, 1° e 2° periodo)⁴². Se in questo modo sia stato violato il principio di parità delle armi (*Arbeitskampfpärität*), che in Germania informa le regole del conflitto collettivo ed è ritenuto di rilievo costituzionale, rimane questione aperta⁴³.

⁴⁰ WANK, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1018.

⁴² La dottrina si è interrogata sulla ragione per la quale il legislatore abbia deciso di conservare, accanto al nuovo divieto per l'impresa utilizzatrice di ricorrere al lavoro interinale in caso di conflitto collettivo, anche il diritto del lavoratore di astenersi dalla missione in una tale circostanza. Non pare si tratti di un'inutile duplicazione (in questo senso, invece, WANK, *Änderungen*, cit., p. 114). Il diritto di astensione riguarda un ventaglio di ipotesi più ampio, perché si riferisce all'esistenza di un conflitto collettivo *tout court* presso l'impresa utilizzatrice, e non solo al caso della sostituzione degli scioperanti o dei lavoratori che li hanno a loro volta rimpiazzati. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 78-79; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1147. Sulla nuova previsione v. diffusamente KLEIN, LEIST, *Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher – Die Neuregelung in § 11 abs. 5 AÜG n. F. im Hinblick auf Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung*, in *AR*, 2017, p. 100 ss.

⁴³ Nel senso dell'incostituzionalità WANK, *Änderungen*, cit., p. 114, nonché LEMBEKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 11, secondo il quale sarebbe violata anche la libertà d'impresa, costituzionalmente tutelata agli artt. 12 e 14, GG. Propende per l'opinione negativa, invece, DEINERT,

Durante la missione gli obblighi di sicurezza sono integralmente posti in capo all'impresa utilizzatrice, salvi comunque quelli dell'agenzia: l'utilizzatore è in particolare tenuto a informare compiutamente il lavoratore prima dell'inizio dell'attività di tutti i rischi connessi alle mansioni che andrà a svolgere (§ 11, co. 6). Per le invenzioni del lavoratore interinale durante le missioni si considera datore di lavoro, ai sensi della legge sulle invenzioni dei dipendenti, l'impresa utilizzatrice (co. 7). Secondo principi ormai consolidati a livello internazionale (art. 7, conv. OIL n. 181/1997) e in ogni caso sanciti anche dalla dir. 2008/104/CE (art. 6, parr. 2-3), l'agenzia non può richiedere al lavoratore un compenso, né impedire l'assunzione del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice quando il suo contratto di lavoro sia cessato: eventuali patti contrari sono inefficaci (*unwirksam*) ex § 9, co. 1, nn. 3-5, AÜG. Il somministratore può invece concordare con l'impresa utilizzatrice un adeguato compenso per il caso in cui il lavoratore sia assunto da quest'ultima durante o dopo la missione (§ 9, co. 1, n. 3, AÜG).

Particolarmente estraneo al modello tedesco di lavoro interinale era il principio di parità di trattamento con i lavoratori dell'utilizzatore durante le missioni: nella logica originaria, infatti, il settore economico del lavoro interinale godeva di piena autonomia, con un proprio sistema retributivo, che garantiva una paga tendenzialmente uniforme nei periodi di impiego e in quelli di disponibilità. Già con *Hartz I*, peraltro, il legislatore mutava paradigma, rimuovendo i lacci e laccioli che astringevano le missioni e affidando il nucleo delle tutele al principio di parità di trattamento: poiché, tuttavia, consentiva nel contempo all'autonomia collettiva di derogarvi, non si è assistito ad alcun mutamento radicale (v. *infra* il par. 7). Ad ogni buon conto, al momento della trasposizione della direttiva il sistema tedesco risultava già sostanzialmente conforme alle relative previsioni in materia. Con la riforma del 2017 il legislatore ha razionalizzato la normativa sulla parità di trattamento, prima sparsa in disposizioni eterogenee e in parte anche inutilmente ripetitive (§§ 3, co. 1, n. 3, 9, co. 2 e 10, co. 4, AÜG), compattandole nel § 8, ora specificamente rubricato "principio della parità di trattamento" (*Grundsatz der Gleichstellung*)⁴⁴. Nel contempo, con il solito obiettivo di riportare

Neuregelung, cit., p. 78. Solleva la questione, senza però esprimersi in un senso o nell'altro, HARMANN, „Entwurf", cit., p. 141.

⁴⁴ Con il che la trasparenza della regolazione legislativa è notevolmente migliorata: così BAYERLEUTHER, *Vergütungsstrukturen und Equal-pay in der Arbeitnehmerüberlassung nach der AÜG-Reform*, in *NZA*, 2017, pp. 18-19; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92; WANK, *Änderungen*, cit., p. 110.

il lavoro interinale alla sua funzione originaria e di arginare la distruzione di posti di lavoro stabili⁴⁵, ha introdotto limiti temporali alla facoltà della contrattazione collettiva di derogare al principio di parità di trattamento.

Il nuovo § 8, co. 1, 1° periodo, AÜG, obbliga l'agenzia "a garantire al lavoratore somministrato durante la missione le condizioni essenziali di lavoro, compresa la retribuzione, di cui gode un lavoratore comparabile nell'unità produttiva dell'utilizzatore". Le condizioni essenziali di lavoro non sono specificate nell'AÜG⁴⁶, ma non vi è dubbio che qui si imponga un'interpretazione conforme alla direttiva⁴⁷. Il metro di comparazione offerto dalla direttiva (le condizioni di base di lavoro e d'occupazione offerte ai lavoratori interinali "sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro" – art. 5, par. 1) pare nel complesso equivalente al "lavoratore comparabile" (*vergleichbarer Arbeitnehmer*) di cui all'AÜG, ma ha il pregio di offrire una soluzione quando un tale concreto lavoratore non sia presente nell'unità produttiva⁴⁸. Ad ogni modo, per semplificare il compito alle agenzie la riforma del 2017 ha introdotto una presunzione *iuris tantum*⁴⁹ di rispetto del

⁴⁵ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74.

⁴⁶ HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92, e WANK, *Änderungen*, cit., p. 111, lamentano che il legislatore non abbia approfittato nemmeno dell'ampia riforma del 2017 per colmare questa imbarazzante lacuna.

⁴⁷ Secondo l'art. 3, par. 1, lett. f), dir. le "condizioni di base di lavoro e d'occupazione" sono quelle "previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e/o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore nell'impresa utilizzatrice relative a: i) l'orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno le ferie e i giorni festivi; ii) la retribuzione". L'art. 5, par. 1, richiama anche le regole in vigore nell'impresa utilizzatrice riguardanti "la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani" e quelle derivanti dalla trasposizione delle direttive europee in materia di discriminazioni. Cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92; WANK, § 3. *Versagung*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, pp. 655-656; ID., *Änderungen*, cit., p. 111. V. anche BAG 13 marzo 2013, in *NZA*, 2013, p. 1226 e LAG Schleswig-Holstein 21 maggio 2013, 2Sa 398/12, che riconducono alle condizioni essenziali di lavoro anche la gratifica natalizia; BAG 13 marzo 2013, cit., che correttamente non tiene conto dei rimborsi spese; BAG 23 ottobre 2013, in *NZA*, 2014, p. 200, che vi include espressamente le ferie (e in particolare la retribuzione feriale); BAG 21 ottobre 2015, in *AR*, 2016, p. 213, che richiama *ex professo* l'art. 3, par. 1, lett. f) della direttiva.

⁴⁸ Cfr. FEUERBORN, *op. cit.*, 100; WANK, § 3. *Versagung*, cit., p. 656. In giurisprudenza v. BAG 13 marzo 2013, cit.

⁴⁹ La presunzione è chiaramente relativa: il lavoratore potrà contrastarla producendo in giudizio le informazioni sulle condizioni essenziali di lavoro del dipendente comparabile, che l'utilizzatore è tenuto a fornirgli *ex* § 13, AÜG. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 74.

principio di parità di trattamento sotto il profilo retributivo⁵⁰. Quando il lavoratore interinale riceve una retribuzione corrispondente a quella dovuta secondo il contratto collettivo al lavoratore comparabile dell'impresa utilizzatrice, si presume che l'agenzia abbia rispettato il principio di parità (§ 8, co. 1, 2° periodo). Se nell'impresa utilizzatrice manca il lavoratore comparabile, si fa riferimento al livello retributivo corrispondente del contratto collettivo di categoria.

La contrattazione collettiva può contenere disposizioni derogatorie al principio di parità di trattamento, purché non sia prevista una retribuzione inferiore al salario minimo stabilito dal regolamento *ex* § 3a, co. 2, AÜG (v. *infra* il par. 6) (§ 8, co. 2, 1°-2° periodo, AÜG). Nell'ambito di applicazione di tali contratti collettivi anche i datori e i lavoratori non iscritti alle associazioni firmatarie possono concordare mediante apposite clausole di rinvio, inserite nei contratti individuali, l'applicazione delle regole derogatorie (§ 8, co. 2, 3° periodo)⁵¹. Queste ultime, peraltro, non producono effetto nei confronti dei lavoratori che siano stati dipendenti dell'impresa utilizzatrice o di altra impresa appartenente al medesimo gruppo nei sei mesi precedenti la somministrazione (§ 8, co. 3)⁵². La previsione, dal sapore chiaramente antiabusivo, si è resa necessaria per arginare il fenomeno dei licenziamenti e delle dimissioni di massa, seguite dalla riassunzione di tutti i lavoratori ad opera di agenzie di lavoro interinale, che li somministravano al precedente datore a costi molto inferiori, valendosi dei contratti collettivi derogatori (caso *Schlecker*)⁵³.

Dal primo aprile 2017 la deroga al principio di parità di trattamento retributivo è consentita per un massimo di 9 mesi dall'inizio della missione (§ 8,

⁵⁰ Secondo HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93, la nuova presunzione faciliterebbe i compiti soprattutto agli organismi ispettivi, in quanto l'onere della prova della violazione della parità di trattamento è posto in capo al lavoratore interinale.

⁵¹ In dottrina si dubita che questa facoltà sia conforme alla previsione della direttiva: sulla questione cfr. WANK, *Die Neufassung*, cit., pp. 30-31. Pare tuttavia a chi scrive che la direttiva affidi queste sottigliezze di diritto sindacale integralmente alla cura degli Stati membri. Si esprime criticamente sulla disposizione *de qua*, lamentando che sia rimasta anche dopo la novella del 2017, DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 75, secondo il quale essa indebolisce l'autonomia collettiva, invece di rafforzarla.

⁵² Ovviamente, se il lavoratore sia stato inviato in missione prima che siano decorsi i 6 mesi, l'obbligo di parità di trattamento persisterà per l'intera durata della missione, anche oltre i 6 mesi: in questo senso HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 963.

⁵³ DÜWELL, *Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung*, in *DB*, 2011, p. 1520; HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 962; WANK, *Die Neufassung*, cit., p. 38; WEISS, *Regulating*, cit., p. 121; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 69.

co. 4, 1° periodo). Nessun limite è, invece, posto con riferimento alle altre condizioni di lavoro, che possono continuare a essere determinate *in pejus* anche a tempo indeterminato⁵⁴. Un periodo derogatorio maggiore, fino a 15 mesi, può essere previsto dai contratti collettivi soltanto al ricorrere di due condizioni cumulative: dopo tale periodo di missione il lavoratore interinale raggiunge un livello salariale, stabilito dal contratto collettivo come equivalente a quello spettante da CCNL al lavoratore comparabile della categoria cui appartiene l'impresa utilizzatrice; dopo una fase di adattamento pari a non più di 6 settimane dall'inizio della somministrazione, è previsto un graduale avvicinamento al livello retributivo appena menzionato (§ 8, co. 4, 2° periodo, nn. 1-2). Una missione presso lo stesso utilizzatore, anche con un'altra agenzia, viene conteggiata ai fini del raggiungimento dei termini ora visti quando l'intervallo tra le due somministrazioni non superi i 3 mesi (§ 8, co. 4, 4° periodo)⁵⁵. Ai datori e ai lavoratori non iscritti è consentito di giovare anche delle previsioni di questi contratti collettivi, mediante l'inserzione in quelli individuali delle consuete clausole di rinvio (§ 8, co. 4, 3° periodo).

Con le novità appena esaminate il legislatore della più recente riforma non abbandona il modello tedesco di lavoro interinale, benché il commiato da *Hartz* sia evidente. Il ruolo della contrattazione collettiva delle agenzie di somministrazione nel fissare autonomamente le condizioni dei lavoratori interinali viene conservato⁵⁶, ma con un inquadramento più preciso e limiti invalicabili. Questi ultimi non vanno peraltro sopravvalutati: il 50% circa delle missioni in Germania non supera i 3 mesi⁵⁷, cosicché i tetti massimi stabiliti per il raggiungimento della parità retributiva gioveranno verosimilmente a una minoranza di lavoratori. La deroga più consistente, quella che permette di ritardare tale parità fino a 15 mesi, è stata ritagliata a misura delle prassi più recenti dei CCNL della somministrazione, che già prevedono un avvicinamento progressivo ai salari in vigore nelle categorie delle imprese utilizzatrici per ben 12 settori produttivi (v. *amplius infra* par. 7)⁵⁸. Il § 8, co. 4,

⁵⁴ Cfr. HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1145.

⁵⁵ La previsione non pare sufficiente a contrastare strategie elusive delle agenzie e delle imprese utilizzatrici: in questo senso DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 75.

⁵⁶ Sottolinea l'importante ruolo che continueranno a svolgere i contratti collettivi delle imprese di somministrazione, anche dopo la riforma del 2017, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 93.

⁵⁷ Il dato, riferito al primo semestre del 2016, è riportato da HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 92.

⁵⁸ HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 139; GREINER, *Kernfragen des novellierten Gleichstellungsgrundsatzes im Recht der Arbeitnehmerüberlassung* (§ 8 AÜG), in *RArbeit*, 2017, p. 160; HENSSLER, *op.*

1° periodo è, infine, volutamente ambiguo sulla retribuzione di destinazione all'esito dei 15 mesi, lasciando intendere che i *partners* sociali potrebbero anche evitare una meccanica equiparazione a quanto percepito dal lavoratore comparabile dell'impresa utilizzatrice⁵⁹.

Le facoltà di deroga al principio di parità di trattamento *ex* § 8, AÜG, trovano un chiaro riscontro nell'art. 5, par. 3, dir., ma la dottrina ha rilevato come il legislatore tedesco abbia "dimenticato" di garantire ai lavoratori interinali, privati della parità di trattamento, una "protezione globale", come prescritto dalla disposizione europea⁶⁰. La fissazione di un salario minimo legale, pur contribuendo alla tutela dei lavoratori, non è da sola sufficiente a garantire la protezione globale richiesta dalla direttiva: l'attuale formulazione dell'AÜG sul punto non pare dunque conforme alla direttiva⁶¹.

6. Il salario minimo per i lavoratori interinali

Il meccanismo stabilito dal § 3a, AÜG per determinare un salario minimo legale, applicabile a tutti i lavoratori interinali (*Lohnuntergrenze*), introdotto con la novella del 2011, si spiega esclusivamente con esigenze interne

ult. cit., p. 94; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 7. Cfr. anche BAYREUTHER, *Vergütungsstrukturen*, cit., p. 20, e WANK, *Änderungen*, cit., p. 110, che peraltro segnalano come vi sia necessità di parziale adattamento della disciplina collettiva allo *ius novum*. Va aggiunto che i contratti collettivi di adeguamento sono stati conclusi con estrema solerzia: a metà del 2018 ne risultano sottoscritti già 10, che coprono i principali settori dell'economia tedesca, a partire da quelli metalmeccanico, chimico, elettrico ed elettronico. Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁵⁹ Nel senso che le parti sociali godano in merito di un grado non indifferente di discrezionalità BAYREUTHER, *Vergütungsstrukturen*, cit., p. 20; HENSSLER, *op. loc. ult. cit.*; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 7, che peraltro sottolinea come tale discrezionalità debba essere ben delimitata e sia comunque passibile di verifica giudiziale; SCHARFF, *op. cit.*, p. 1145. GREINER, *op. loc. ult. cit.*, esclude, invece, la possibilità di controllo da parte degli organi ispettivi o anche del giudice, in nome del primato dell'autonomia collettiva. In effetti, nei CCNL della somministrazione vigenti prima della più recente novella legislativa l'avvicinamento al livello retributivo della categoria delle imprese utilizzatrici non superava il 90%: cfr. HAMANN, *op. loc. ult. cit.* La più recente contrattazione di adeguamento prevede invece che, a partire dal sedicesimo mese di missione presso lo stesso utilizzatore, il lavoratore interinale consegua la parità retributiva con il dipendente comparabile. Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1146.

⁶⁰ ZIMMER, *Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und seine Umsetzung ins Deutsches Recht*, in NZA, 2013, pp. 291-292; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 70; WANK, § 3. *Versagung*, cit., p. 659.

⁶¹ ULBER, *Die AÜG-Reform*, cit., p. 240; WANK, *Die Neufassung*, cit., pp. 29-30.

al mercato del lavoro tedesco: l'assenza, fino al luglio 2014, di una legislazione sui minimi retributivi di generale applicazione, e la conseguente necessità di tutelare un segmento particolarmente debole di lavoratori; l'esigenza di proteggere il mercato del lavoro tedesco alla vigilia dell'attuazione completa del regime europeo di libera circolazione dei servizi e dei lavoratori subordinati per i Paesi dell'Europa centrale e orientale, che avevano fatto il loro ingresso nella UE nel 2004. A partire, infatti, dal 1° maggio 2011 le agenzie interinali di tali Paesi avrebbero potuto teoricamente remunerare i propri lavoratori inviati in somministrazione in Germania secondo i propri salari, stipulando appositi contratti collettivi derogatori⁶². Benché la previsione di una retribuzione minima per i lavoratori interinali non sia richiesta dalla direttiva, non si può certo ritenere che quest'ultima vi osti: anzi, la fissazione di un salario minimo si può annoverare tra gli strumenti anti-abusivi preconizzati dall'art. 5, par. 5, dir.

Il § 3a, co. 1, AÜG prevede che la proposta per l'emanazione di un decreto sulla retribuzione minima provenga dalle associazioni di datori di lavoro e dai sindacati, che hanno stipulato a livello federale un contratto collettivo che sancisce tali minimi retributivi; questi ultimi possono anche essere differenziati regionalmente, ma devono essere identici per i periodi di missione e per quelli di disponibilità; il contratto collettivo deve altresì prevedere una scadenza. Il Ministero del lavoro estende *erga omnes* per decreto (*Rechtsverordnung*) i suddetti minimi retributivi, senza possibilità di apportarvi modifiche (§ 3a, co. 2). Nel ponderare la propria decisione il Ministero del lavoro tiene conto dell'interesse pubblico, degli obiettivi della legge, della stabilità finanziaria del sistema di sicurezza sociale, dei contratti collettivi esistenti a livello federale per i lavoratori interinali e della rappresentatività delle parti firmatarie che propongono il contratto collettivo contenente i minimi retributivi per l'estensione *erga omnes*; tale rappresentatività è poi fondamentale quando il Ministero debba scegliere tra più contratti collettivi sottoposti alla sua attenzione per ottenere il recepimento dei minimi in decreto (§ 3a, co. 3-4). L'agenzia di somministrazione è tenuta a corrispondere in ogni caso al lavoratore interinale almeno il salario minimo previsto dal decreto, sia nei periodi di missione, sia in quelli di disponibilità (§ 8, co. 5). Qualora essa applichi un contratto collettivo che stabilisce un salario inferiore, per i periodi di mis-

⁶² HUKÉ, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. cit.*, p. 961; ULBER, *Wirkungsweise und Rechtsfolgen der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG*, in *AR*, 2012, p. 427.

sione dovrà applicare il principio di parità di trattamento retributivo con il lavoratore comparabile in forza all'impresa utilizzatrice (§ 8, co. 2, 4° periodo)⁶³.

Ad oggi sono già stati emanati tre decreti sul salario minimo dei lavoratori interinali: quello attualmente in vigore, che scadrà il 31 dicembre 2019, prevede € 9,49 all'ora (9,79 dal 1° aprile 2019 al 30 settembre 2019; 9,96 dal 1° ottobre 2019 al 31 dicembre 2019) per i *Länder* dell'ex Germania Ovest; € 9,27 all'ora (9,49 dal 1° gennaio 2019 al 30 settembre 2019; 9,66 dal 1° ottobre 2019 al 31 dicembre 2019) per i *Länder* dell'ex Germania dell'Est⁶⁴. La recente legge tedesca sul salario minimo consentiva per un periodo transitorio, e precisamente fino al 31 dicembre 2016, che per il settore valesse anche una retribuzione minima inferiore a quella di generale applicazione. Tuttavia, a partire dal 1° gennaio 2017 i decreti contenenti i minimi retributivi dei lavoratori interinali non possono più fissare soglie inferiori al salario minimo intercategoriale, attualmente fissato a € 8,84⁶⁵.

7. Il ruolo dell'autonomia collettiva: dalla liberalizzazione al controllo

Il ruolo dell'autonomia collettiva nella regolazione del lavoro interinale si è accresciuto esponenzialmente a partire dalla riforma *Hartz I*, quando il legislatore ha generalizzato l'obbligo di parità di trattamento, consentendo però ai contratti collettivi del settore di derogarvi. In brevissimo tempo il tasso di copertura di questi ultimi ha raggiunto quasi il 100%, favorito dalla possibilità di aderire alla regolazione derogatoria mediante clausola del contratto individuale di lavoro, ma si è innescata una spirale perversa di *dumping* sociale: il sindacato cristiano dei lavoratori interinali (*Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA* – di seguito: CGZP) si è dimostrato molto attivo nella stipulazione, anche a livello aziendale, di contratti collettivi di particolare sfavore, costringendo le sigle sindacali aderenti al *Deutscher Ge-*

⁶³ HUK, NEUFELD, LUICKHARDT, *op. loc. ult. cit.*; ULBER, *op. ult. cit.*, p. 428.

⁶⁴ V. il § 2, *Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung* del Ministero del lavoro della Repubblica federale tedesca, 26 maggio 2017.

⁶⁵ Il *Mindestlohngesetz* è stato definitivamente approvato dal *Bundesrat* l'11 luglio 2014, ed è entrato in vigore il 1° gennaio 2015. Per un'ampia disamina della legge e ulteriori riferimenti bibliografici v. CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in questa rivista, 2014, p. 637 ss.

werkschaftsbund (la principale confederazione tedesca dei lavoratori, di seguito: DGB) a una serrata competizione nella quale le condizioni di lavoro si collocavano inesorabilmente poco al di sopra di quelle della sigla concorrente⁶⁶.

Questa degradazione della contrattazione collettiva da strumento di tutela a viatico di liberalizzazione selvaggia e concorrenza al ribasso è stata infine arrestata da una storica sentenza del BAG del 14 dicembre 2010⁶⁷, che ha escluso la capacità di stipulare contratti collettivi al CGZP (la cd. *Tariffähigkeit*), privando così i contratti da esso firmati di effetti normativi e, conseguentemente, anche di efficacia derogatoria⁶⁸. Le agenzie che li avevano applicati ai lavoratori interinali si sono trovate a dover rispettare il principio della parità di trattamento, con pesanti conseguenze in termini di differenze retributive, contributive e fiscali⁶⁹ e per di più anche con riferimento a periodi precedenti il 2010⁷⁰, poiché la *Tariffähigkeit* è stata negata fin dalla costituzione del sindacato⁷¹. Compiti di tutela più incisivi sono stati assunti

⁶⁶ Cfr. DÄUBLER, *op. cit.*, pp. 1021-1022. Nel 2008 praticamente tutti i contratti individuali dei lavoratori interinali contenevano una clausola di rinvio a contratti collettivi derogatori: circa l'80-85% faceva riferimento ai contratti stipulati dai sindacati aderenti al DGB, la quota restante a quelli siglati dal CGZP. Quest'ultimo non di rado stipulava contratti aziendali con paghe orarie nell'ordine dei 4-5 euro; a livello di categoria i minimi retributivi erano più generosi, attestandosi sui 7 euro all'Ovest e sui 5,77 all'Est. Come già detto, i salari minimi dei contratti collettivi firmati dai sindacati aderenti al DGB erano di poco superiori, raggiungendo i 7,15 euro all'Ovest e i 6,26 all'Est.

⁶⁷ Vedila in NZA, 2011, p. 289. Per un commento v. KLEBE, *Die Leiharbeitsentscheidung des BAG – Kritik mit der Kneifzange?*, in AR, 2011, pp. 352-353.

⁶⁸ La *Tariffähigkeit* è un concetto piuttosto vago di elaborazione giurisprudenziale, che registra la capacità del sindacato di essere controparte effettiva della negoziazione di un contratto collettivo. Gli indici principali utilizzati sono piuttosto noti anche al lettore italiano, poiché ricordano quelli su cui si sono affaticati i giudici del nostro Paese per determinare la rappresentatività maggiore o comparata di un sindacato: indipendenza, numero di iscritti, strutture e personale, capacità di mobilitare il conflitto, numero e importanza dei contratti collettivi stipulati, e così via (cfr. FRANZEN, § 2. *Tarifvertragsparteien*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrg.), *op. cit.*, p. 2686 ss.). Peraltro, nella sentenza del 2010 la carenza di *Tariffähigkeit* è stata dichiarata per ragioni puramente formali, legate alla struttura confederale del CGZP (in buona sostanza, l'ambito organizzativo dei sindacati federati e della confederazione non coincidevano, cosicché i contratti collettivi stipulati da quest'ultima finivano per applicarsi in settori per i quali le federazioni non potevano avergli trasmesso alcuna *Tariffähigkeit*): la questione dell'effettiva rappresentatività del CGZP non è stata affrontata *ex professo* (cfr. DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., p. 71).

⁶⁹ Per una sintetica illustrazione v. STEINHEIMER, HAEDER, *Erdbeben in der Zeitarbeitsbranche*, in NZA, 2012, pp. 903-904; DEINERT, *Kernbelegschaften*, cit., pp. 71-72.

⁷⁰ KLEBE, *op. cit.*, p. 353; WEISS, *Regulating*, cit., p. 119.

⁷¹ Come ha meglio precisato BAG 23 maggio 2012, in NZA, 2012, p. 623. La Corte co-

dalla contrattazione collettiva delle altre categorie, sotto forma di limitazione nell'utilizzo del lavoro interinale, condizionato al rispetto di quote, a una determinata durata delle missioni o a specifiche causali per ricorrervi⁷².

Più di recente è stato elaborato anche un sofisticato meccanismo per condurre gradualmente i lavoratori interinali alla parità di trattamento retributivo con i dipendenti dell'utilizzatore, mediante un sistema di supplementi che prendono a parametro il contratto collettivo applicato dall'utilizzatore e tengono conto della durata della missione (*Branchenzuschlagssystem*): in questo modo, i lavoratori somministrati per lungo tempo presso il medesimo utilizzatore raggiungono un livello salariale comparabile a quello dei colleghi dell'impresa utilizzatrice. La strada è stata spianata da un accordo quadro tra il DGB e il *Bundesverband Zeitarbeit* (un'importante associazione rappresentativa delle agenzie) (luglio 2010), concretizzato, in particolare, da contratti collettivi attuativi nel settore chimico e metalmeccanico (2012 e 2014). Il contesto regolativo è completato dall'obbligo che i contratti collettivi di categoria impongono alle imprese utilizzatrici di ricorrere soltanto ad agenzie che applicano il *Branchenzuschlagssystem*⁷³. Come già accennato *retro* al par. 5, questi accordi sono stati presi a riferimento dalla

stituzionale tedesca ha ritenuto questa giurisprudenza conforme al *Grundgesetz*: v. BVerfG 25 aprile 2015 – 1 BvR 2314/12, in *NZA*, 2015, p. 757.

⁷² DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1034; WEISS, *Regulating*, cit., p. 122. Per uno degli esempi più evoluti di questa contrattazione v. il contratto dei metalmeccanici del 2012, commentato da KRAUSE, *Neue tarifvertragliche Regeln für die Leiharbeit in der Metallindustrie*, in *NZA*, 2012, p. 830 ss.: il ricorso al lavoro interinale è possibile in presenza di causali giustificative di carattere temporaneo, o a fronte di un limite temporale alla somministrazione; dopo 24 mesi di missione, il lavoratore interinale deve essere assunto dall'impresa utilizzatrice; il comitato aziendale acquisisce un diritto di negoziazione sulle regole di utilizzo del lavoro somministrato nell'azienda, nonché penetranti diritti di informazione; le imprese sono obbligate a ricorrere ad agenzie che applicano il *Branchenzuschlagssystem* (v. *infra* nel testo). V. anche il contratto collettivo dell'industria del ferro e dell'acciaio del Nordovest del 30 settembre 2010, commentato da KARTHAUS, „*Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen*“, in *AR*, 2010, p. 494 ss.

⁷³ R. KRAUSE, *op. ult. cit.*, pp. 835-836. Sui diversi aspetti del *Branchenzuschlagssystem* v. anche LEHMANN, CRIMMANN, BOUNCKEN, *Branchenzuschläge in der Metall- und Elektroindustrie: Zwischen Einkommenszuwächsen und (Schein-)Werkverträgen*, e A. SPERMANN, *Branchenzuschläge in der Zeitarbeit – ein Weg aus dem Niedriglohnsektor?*, entrambi in BOUNCKEN, BORNEWASSER, BELLMANN (Hrg.), *Neue Herausforderungen in der Zeitarbeit*, Rainer Hampp Verlag, 2013, rispettivamente p. 137 ss. e p. 105 ss.; BISSELS, MEHNERT, *Tarifverträge über Branchenzuschläge in der Zeitarbeit – ein Rechtsprechungsüberblick*, in *DB*, 2014, p. 2407 ss.; BAYREUTHER, *Branchenzuschlags-Tarifverträge und Geltung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen des Entleihers im Leiharbeitsverhältnis*, in *BB*, 2014, p. 1973 ss.

riforma del 2017 e individuati come veicolo di flessibilità dell'obbligo di parità di trattamento retributivo oltre il tetto dei 9 mesi e fino ai 15 massimi consentiti (§ 8, co. 4, 1° periodo, AÜG).

Benché la contrattazione collettiva si sia mossa con decisione per ricondurre il lavoro interinale a strumento per far fronte a esigenze temporanee delle imprese, ostacolando in ogni modo il ricorso ad esso quando possa comportare la distruzione di posti di lavoro stabili presso l'utilizzatore, il suo ruolo non va sopravvalutato. In Germania la copertura dei contratti collettivi è in calo da molti anni, anche perché il sistema tedesco aderisce più rigorosamente di quello italiano al principio per cui il contratto collettivo vincola soltanto gli iscritti ai soggetti stipulanti, e per di più agevola le pratiche elusive (ammettendo, per es., la possibilità per un'impresa di aderire all'associazione datoriale senza applicare il contratto collettivo da essa sottoscritto)⁷⁴. Ciò spiega anche perché, con la riforma del 2011, e con maggiore decisione con quella del 2017, il compito di ricondurre il lavoro interinale alla funzione ritenuta fisiologica sia stato assunto con decisione dal legislatore della *Große Koalition*⁷⁵. È poi interessante notare che nella dottrina tedesca non si è aperto un vero e proprio dibattito sulla compatibilità di questo tipo di contrattazione collettiva con l'art. 4, dir., che prescrive il riesame dei divieti e delle restrizioni all'utilizzo del lavoro interinale: in generale si ritiene abbastanza tranquillamente che essa sia giustificata dalle "ragioni di interesse generale" di cui all'art. 4, par. 1⁷⁶.

8. Il ruolo dei comitati aziendali

Il secondo pilastro dell'autonomia collettiva in Germania, il *Betriebsrat* è pure coinvolto nella disciplina del lavoro interinale, seppure a livello micro.

⁷⁴ V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, pp. 162-164; ID., *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2018, pp. 212-214.

⁷⁵ Non sempre, tra l'altro, assecondato dall'autonomia collettiva. Basti pensare che il più recente CCNL per il settore metalmeccanico, elettrico ed elettronico consente l'impiego di lavoratori interinali in missione fino a un massimo di 48 mesi, là dove, in assenza della deroga operata dal CCNL, il limite massimo sarebbe di 18 mesi (v. *retro* il par. 3). Cfr. SCHARFF, *op. cit.*, p. 1140.

⁷⁶ V., per es., KRAUSE, *op. cit.*, p. 832.

Anzitutto, va premesso che l'AÜG si premura di precisare le regole riguardo al concorso dei lavoratori somministrati alla nomina dei rappresentanti dei lavoratori. Il § 14, co. 1 afferma il principio che essi continuano a far parte dell'unità produttiva dell'agenzia anche durante le missioni, e il co. 2, 1° periodo, per conseguenza, conferma che essi non godono dell'elettorato passivo né per l'elezione del comitato aziendale dell'utilizzatore, né per quella dei rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza, quando l'impresa utilizzatrice sia soggetta a un regime cogestionale⁷⁷. I lavoratori interinali concorrono dunque pienamente alla scelta dei propri rappresentanti presso il datore di lavoro effettivo, ovvero l'agenzia.

Non mancano però significative eccezioni: il § 7, 2° periodo, *Betriebsverfassungsgesetz* (legge sull'ordinamento aziendale – di seguito: BetrVG) attribuisce ai lavoratori interinali l'elettorato attivo per il comitato aziendale dell'impresa utilizzatrice, quando la somministrazione duri più di 3 mesi; il § 14, co. 2, 2° periodo, AÜG consente ai lavoratori somministrati di partecipare alle ore di ricevimento fissate dal comitato aziendale dell'utilizzatore, nonché alle assemblee dei lavoratori di quest'ultimo. La novella del 2017, legificando un orientamento innovativo del Tribunale federale del lavoro⁷⁸, ha disposto il computo dei lavoratori interinali al fine del superamento delle soglie numeriche rilevanti per la costituzione delle rappresentanze presso le imprese utilizzatrici e per l'attribuzione ad esse di speciali diritti o prerogative. Ciò vale, in particolare, per tutti i limiti numerici previsti dal BetrVG (§ 14, co. 2, 4° periodo, AÜG), a prescindere dall'anzianità di missione del lavoratore somministrato, mentre, per quanto riguarda le soglie contemplate dalle leggi sulla cogestione societaria, i lavoratori interinali sono presi in considerazione a partire dal sesto mese di somministrazione (§ 14, co. 2, 5°-6° periodo, AÜG)⁷⁹.

Sul ricorso al lavoro interinale il comitato aziendale dell'impresa utilizzatrice gode di un diritto di veto, come si desume dalla lettura combinata del § 14, co. 3, AÜG, e del § 99, BetrVG; contro di esso il datore può ricorrere

⁷⁷ Sulla cogestione in Germania si rinvia a CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 127 ss.

⁷⁸ Cfr. BAG 18 ottobre 2011, in *NZA*, 2012, p. 221; BAG 13 marzo 2013, in *NZA*, 2013, p. 789; BAG 2 agosto 2017, 7 ABR 51/15. Per l'orientamento più conservatore e risalente v. CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 131.

⁷⁹ In questo modo, tra le alternative offerte dall'art. 7, dir. per il computo dei lavoratori interinali al fine del superamento delle soglie per la costituzione di rappresentanze dei lavoratori (computo presso la sola agenzia, presso il solo utilizzatore o presso entrambi), l'ordinamento tedesco opta per la più inclusiva.

al tribunale del lavoro. Il veto, però, può essere opposto soltanto per un elenco tassativo di ragioni, esplicitato dal § 99, co. 2: in particolare, il comitato può rifiutare l'utilizzo di lavoratori somministrati quando esso si ponga in contrasto con norme di legge, contratto collettivo o pattuizione aziendale (§ 99, co. 2, n. 1). L'ampia formulazione non deve trarre in inganno, poiché la giurisprudenza tende a offrirne un'interpretazione restrittiva: così una semplice violazione di legge o contratto collettivo, come il mancato rispetto del principio della parità di trattamento, non giustificherebbe il veto del comitato aziendale⁸⁰, dovendosi trattare di una disposizione che vieta espressamente o quanto meno implicitamente il ricorso alla somministrazione⁸¹. Tra queste dovrebbero rientrare a pieno titolo quelle in materia di: causali e quote massime di utilizzo eventualmente stabilite dai contratti collettivi o dalle pattuizioni aziendali⁸²; esistenza di una valida autorizzazione in capo all'impresa utilizzatrice⁸³; durata massima delle missioni⁸⁴. Del resto, talune decisioni più recenti, anche del BAG, avevano già cominciato a stabilire che pure la somministrazione a carattere non "temporaneo" (*vorübergehend*) (v. *retro* il par. 3) giustificherebbe il veto del comitato⁸⁵.

Il veto del comitato aziendale *ex* § 14, co. 3, AÜG e § 99, BetrVG riguarda soltanto il lavoro interinale, e non si estende, in particolare, al personale coinvolto in *Werkverträge*, come la giurisprudenza del BAG ha avuto modo di chiarire⁸⁶. Nel corso dell'elaborazione della riforma del 2017 si era

⁸⁰ In questo senso BAG 21 luglio 2009, in *NZA*, 2009, p. 1156, che ha respinto il veto opposto dal consiglio d'azienda alla somministrazione di un lavoratore il cui contratto di lavoro con l'impresa utilizzatrice violava, per l'appunto, il principio di parità di trattamento.

⁸¹ DÄUBLER, *op. cit.*, p. 1032.

⁸² DÄUBLER, *op. loc. ult. cit.*; DÜWELL, *Überlassung*, cit., p. 1522.

⁸³ DÄUBLER, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 76; M. LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 6.

⁸⁵ LAG Niedersachsen 19 settembre 2012, 17 TaBV 124/11; LAG Berlin-Brandenburg 19 dicembre 2012, 4 TaBV 1163/12; BAG 10 luglio 2013, in *NZA*, 2013, p. 1296; BAG 10 dicembre 2013, in *NZA*, 2014, p. 196; LAG Schleswig-Holstein 8 gennaio 2014, 3 TaBV 43/13; ArbG Cottbus 6 febbraio 2014, in *AR*, 2014, p. 243, che afferma il principio nell'ambito di una somministrazione infragruppo (il lavoratore era stato assunto con l'obiettivo di una duratura somministrazione in altre imprese del gruppo); BAG 30 settembre 2014, in *NZA*, 2015, p. 240. *Contra*, però, ArbG Leipzig 22 agosto 2012, cit. In dottrina si erano pronunciati in favore del potere di veto del comitato aziendale DÜWELL, *Überlassung*, cit., p. 1522; BARTL, ROMANOWSKI, *op. cit.*, p. 846; ZIMMER, „*Vorübergehender*“, cit., p. 425; WEISS, *Regulating*, cit., p. 120; FEUERBORN, *op. cit.*, pp. 91-94; *contra*, però, SEEL, *Rechtsstellung von Leiharbeitnehmern in Betriebsverfassungsrecht – Ein Überblick über die neusten Entwicklungen*, in *MDR*, 2012, p. 815.

⁸⁶ Cfr. BAG 5 marzo 1991, in *NZA*, 1991, p. 686; BAG 8 novembre 2016, in *AR*, 2017, p. 84.

discusso dell'attribuzione al *Betriebsrat* di diritti di partecipazione anche in riferimento a queste evenienze, ma nella versione della legge poi entrata in vigore di tali prerogative non vi è traccia⁸⁷. È stato, invece, modificato il § 80, co. 2, BetrVG, per meglio precisare il (già esistente) diritto del comitato aziendale di essere informato in tempo utile e in modo esauriente in merito all'impiego di lavoratori che non sono dipendenti dell'impresa; tale comunicazione riguarda, in particolare, l'impegno temporale, il luogo di esecuzione dell'attività e le mansioni di questi lavoratori⁸⁸. A richiesta, il datore di lavoro è tenuto a fornire al comitato aziendale anche copia dei contratti sui quali si basa la presenza nell'unità produttiva dei dipendenti di terzi (§ 80, co. 2, 3° periodo, BetrVG)⁸⁹.

Va, infine, segnalato che il § 95, BetrVG consente al comitato aziendale di influire sulle direttive adottate dal datore di lavoro per l'inserimento di lavoratori in azienda, i licenziamenti, i trasferimenti e i reinquadramenti: per conseguenza, il *Betriebsrat* gode di un diritto di codecisione qualora l'impresa utilizzatrice decida di seguire predeterminati criteri nel ricorso al lavoro interinale e, nelle unità produttive di maggiori dimensioni (più di 500 dipendenti), esso può ottenere la fissazione coattiva di tali criteri con i meccanismi cogestionali (tramite l'organo arbitrale denominato *Einigungsstelle*)⁹⁰. L'esistenza di questa disposizione spiega la diffusione di pattuizioni aziendali contenenti limiti e divieti in materia di ricorso al lavoro interinale⁹¹.

⁸⁷ HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137; HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 99-100, secondo il quale la decisione finale del legislatore è condivisibile: con riferimento agli appalti, diritti del comitato aziendale di tal fatta avrebbero costituito una palese violazione della libertà d'impresa costituzionalmente garantita. Anche WANK, *Änderungen*, cit., p. 115, condivide l'approccio cauto del legislatore: la decisione "imprenditoriale" di ricorrere a personale esterno, sia nella forma del lavoro interinale, sia utilizzando l'appalto, è estranea ai meccanismi partecipativi imperniati sul comitato aziendale (*betriebliche Mitbestimmung*), essendo piuttosto oggetto della cogestione realizzata nei consigli di sorveglianza delle società (*unternehmerische Mitbestimmung*). Per approfondire la distinzione v. CORTI, *La partecipazione*, cit., p. 127 ss.

⁸⁸ HAMANN, *op. ult. cit.*, p. 137; HENSSLER, *op. ult. cit.*, p. 100; WANK, *Änderungen*, cit., p. 115.

⁸⁹ I vizi dell'informazione e comunicazione non rendono di per sé illegittimo l'appalto d'opera o di servizi: una sanzione di questo tipo, pur suggerita in dottrina, non è stata prevista dalla riforma del 2017. Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 81.

⁹⁰ DÄUBLER, *op. cit.*, pp. 1030-1031.

⁹¹ Per la validità della pattuizione aziendale che attribuisce al lavoratore somministrato il diritto all'assunzione presso l'utilizzatore decorso un determinato periodo di missione v. ArbG Paderborn 5 febbraio 2015 – 5 Ca 1390/14, secondo il quale tale diritto, a seguito di trasferimento d'impresa, può essere esercitato anche nei confronti del cessionario.

9. *L'apparato sanzionatorio*

La riforma del 2017 ha inciso profondamente sull'apparato sanzionatorio, rendendolo più articolato e severo⁹², e colmando le lacune lasciate dall'intervento del 2011. Colpisce, in particolare, la generalizzazione del rimedio dell'instaurazione del contratto di lavoro in capo all'utilizzatore, prima espressamente previsto solo nel caso della fornitura di lavoro interinale da parte di agenzia priva di valida autorizzazione⁹³.

Il § 16, co. 1, AÜG elenca una lunga lista di infrazioni dell'agenzia e dell'utilizzatore, che vanno dalla somministrazione in assenza di autorizzazione alla missione che supera i limiti massimi consentiti, dalla mancata indicazione nel contratto di fornitura del *nomen iuris* alla violazione del principio di parità di trattamento e all'impiego di lavoratori interinali in sostituzione di scioperanti. Qualora siano presenti gli elementi soggettivi del dolo o della colpa (*vorsätzlich oder fahrlässig*), sono irrogate sanzioni amministrative pecuniarie con tetti massimi da 3.000 a 500.000 euro (§ 16, co. 2). Inoltre, si è già visto *retro* (par. 2) che la violazione della legislazione lavoristica, fiscale e previdenziale da parte dell'agenzia può condurre al ritiro dell'autorizzazione.

Passando alle sanzioni civili, il § 9, co. 1, AÜG, ampiamente riscritto dalla riforma del 2017, in combinazione con il § 10, co. 1, prevede ora l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) del contratto di lavoro e la conseguente instaurazione del rapporto in capo all'utilizzatore quando: l'agenzia è priva della prescritta autorizzazione (in questa ipotesi è inefficace anche il contratto di somministrazione – § 9, co. 1, n. 1); il contratto di fornitura non è stato espressamente qualificato come tale o il lavoratore interinale non è stato previamente individuato (§ 9, co. 1, n. 1a)⁹⁴; la missione supera la durata massima consentita (§ 9, co. 1, n. 1b)⁹⁵. Grazie, in particolare, alla previsione di cui al § 9, co. 1, n.

⁹² La linea di maggior rigore è riscontrabile anche nei nuovi compiti attribuiti al *Finanzkontrolle Schwarzarbeit* (autorità che si occupa istituzionalmente del contrasto al lavoro “nero”), già responsabile per la sorveglianza sul rispetto del salario minimo dei lavoratori interinali: avrà ora anche il compito di verificare gli abusi nel ricorso ai *Werkverträge*. In effetti, BA si è finora mostrato poco efficiente nel combattere la somministrazione irregolare. Cfr. W. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

⁹³ DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 79; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 1.

⁹⁴ Ritiene la sanzione eccessiva nel caso di violazioni, che potrebbero anche essere meramente formali, HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 88.

⁹⁵ La riforma del 2011 non aveva previsto alcuna sanzione per la somministrazione che

1a, l'instaurazione *ope legis* del rapporto in capo all'utilizzatore si verificherà anche quando il contratto di somministrazione sia privo della forma scritta o sia mascherato da *Werkvertrag*⁹⁶. Più precisamente, il possesso dell'autorizzazione in capo all'appaltatore fittizio non metterà più al riparo il committente di mere prestazioni di manodopera dall'operatività della sanzione civile dell'imputazione del rapporto di lavoro⁹⁷. Il § 10a, AÜG, introdotto dalla riforma del 2017, stabilisce la medesima conseguenza in capo all'utilizzatore finale anche nell'ipotesi di ulteriore distacco operato dall'impresa somministrata (somministrazione a catena, espressamente vietata ai sensi del § 1, co. 1, 3° periodo – v. *retro* il par. 3).

In tutti questi casi il contratto di lavoro si considera siglato con l'impresa utilizzatrice sin dall'inizio della missione, salvo che l'illegittimità della somministrazione sia intervenuta in un momento successivo: esso sarà a tempo determinato soltanto se la missione sia munita di un termine finale e sussista una ragione oggettiva per l'apposizione di tale termine al rapporto di lavoro, diversamente sarà a tempo indeterminato (§ 10, co. 1). Il lavoratore ha altresì diritto al risarcimento dell'eventuale danno da parte dell'agenzia (§ 10, co.

non rispettasse il requisito della "temporaneità", di cui al § 1, AÜG. La dottrina si era arrovelata su questa "dimenticanza" del legislatore. Alcuni autori proposero l'instaurazione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore, in applicazione analogica del § 10, co. 1, AÜG (cfr. BARTL, ROMANOWSKI, *op. cit.*, p. 846, secondo i quali si trattava di sposare un percorso esegetico che garantisse l'efficace attuazione del diritto europeo; pur non ostile all'applicazione analogica del § 10, co. 1, AÜG, ZIMMER, „*Vorübergehender*“, cit., p. 425, suggeriva piuttosto di imporre quale sanzione la parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore, in quanto rimedio meno invasivo dell'autonomia contrattuale delle parti). Il Tribunale federale del lavoro respinse, però, tali suggestioni, affermando che, in caso di somministrazione di un lavoratore priva del carattere della temporaneità, non si poteva far luogo all'instaurazione del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore quando l'agenzia fosse provvista di regolare autorizzazione (BAG 10 dicembre 2013, in NZA, 2014, p. 196). Per un commento assai critico di questa decisione v. ENGESER, *Nicht vorübergehende Leiharbeit sanktionslos?*, in AR, 2014, p. 1; assai perplessi dalla soluzione del BAG anche LIPINSKI-, PRASS, BAG zu „*vorübergehend*“ – *mehr Fragen als Antworten!* – *Ausführung zum Urteil des BAG vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13*, in BB, 2014, p. 1465.

⁹⁶ Cfr. LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 9; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112.

⁹⁷ Nell'ipotesi in cui l'intermediario di manodopera si fosse provvidenzialmente munito dell'autorizzazione, la giurisprudenza del Tribunale federale del lavoro precedente la riforma del 2017 aveva escluso l'imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore: cfr. BAG 12 luglio 2016, in BB, 2016, p. 2686. In questo caso, dunque, il legislatore sconfessa apertamente il BAG: v. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 136; DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 73–74; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 8; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112. Sul tema v. ampiamente HAMANN, RUDNIK, *Scheinwerkvertrag mit Überlassungserlaubnis – Ein probates Mittel zur Vermeidung illegaler Arbeitnehmerüberlassung?*, in NZA, 2015, p. 449 ss.

2). Per la retribuzione dovuta al lavoratore durante l'esecuzione del contratto inefficace l'agenzia è coobbligata solidale insieme all'impresa utilizzatrice (§ 10, co. 3). Per rispettare il diritto alla libera scelta del proprio lavoro (e quindi anche del datore di lavoro), costituzionalmente protetto dall'art. 12, § 1, GG⁹⁸, la riforma del 2017 ha previsto che in tutte le ipotesi di instaurazione *ope legis* del rapporto con l'utilizzatore il lavoratore possa optare per la conservazione del vincolo contrattuale con il somministratore. La sua dichiarazione in questo senso (*Festhaltungserklärung*)⁹⁹ deve intervenire in forma scritta entro un mese dall'inizio della missione (o dell'illegittimità della somministrazione, se intervenuta successivamente) (cfr. i §§ 9 e 10a, AÜG)¹⁰⁰. Al fine di garantire la genuinità di tale manifestazione di volontà, essa deve essere resa personalmente dal lavoratore interinale presso un centro per l'impiego, che accerta l'identità del dichiarante e certifica la data; il documento deve quindi essere trasmesso all'agenzia o all'utilizzatore entro tre giorni (§ 9, co. 2). La violazione dei requisiti e termini previsti, come anche la continuazione dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, comportano l'inefficacia della dichiarazione (§ 9, co. 3)¹⁰¹. La dottrina ha criticato la macchinosità di questa procedura, definita addirittura "mostro burocratico" (*Bürokratiemonster*)¹⁰²: nella misura in cui renderebbe eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di continuare il rapporto contrattuale alle dipendenze dell'agenzia, si porrebbe addirittura in contrasto con la summenzionata previsione costituzionale¹⁰³.

⁹⁸ Cfr. DEINERT, *Neuregelung*, cit., p. 79; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 9. Sulla questione v. ampiamente BRORS, *AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?*, in *NZA*, 2016, p. 672 ss.

⁹⁹ Per un approfondimento specifico del nuovo istituto v. HAMANN, RUDNIK, *Die Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers nach dem neuen AÜG*, in *NZA*, 2017, p. 22 ss.

¹⁰⁰ Il termine è problematico, perché non è collegato all'effettiva conoscenza dell'illegittimità da parte del lavoratore, cosicché potrebbe essere già spirato quando il lavoratore decide di esercitare il diritto. In questo senso HAMANN, „*Entwurf*”, cit., pp. 136-137; DEINERT, *Neuregelung*, cit., pp. 79-80; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., pp. 9-10; WANK, *Änderungen*, cit., p. 112, secondo il quale il legislatore ha dato la priorità alla sicurezza del diritto. Ritengono possibile *de iure condito* un'interpretazione sistematica che ricollega il decorso del termine all'effettiva conoscenza del lavoratore W. HAMANN-T. RUDNIK, *op. ult. cit.*, p. 24.

¹⁰¹ Infatti, una seconda dichiarazione con riferimento allo stesso utilizzatore è esclusa: cfr. DEINERT, *op. ult. cit.*, p. 80.

¹⁰² Così efficacemente HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 99. Molto critiche anche le considerazioni di KAINER, SCHWEIPERT, *Werkverträge*, cit., p. 17.

¹⁰³ Cfr., seppur dubitativamente, LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 10. DEINERT, *Neure-*

10. *Le oscillazioni del pendolo: il ritorno della regolazione*

In Germania si è assistito a un'ampia liberalizzazione del lavoro interinale all'inizio del nuovo millennio: sotto il profilo della regolazione del rapporto di lavoro si tratta senza dubbio dell'intervento più ambizioso delle riforme *Hartz*, che fa ombra perfino ai limitati ritocchi che nel medesimo periodo hanno interessato la disciplina dei licenziamenti¹⁰⁴. L'impatto sulla diffusione del lavoro in somministrazione è stato grandioso: si è passati dai circa 385.000 lavoratori interinali del 2004 ai circa 900.000 dell'aprile 2012¹⁰⁵. Nel 2010, i lavoratori interinali rappresentavano circa il 2% della forza lavoro, dato che collocava il Paese al terzo posto in Europa per diffusione di questa tipologia lavorativa, dietro Regno Unito e Paesi Bassi, e a pari merito con la Francia: nell'ambito di questi quattro Paesi, però, soltanto la Germania aveva visto un incremento dei lavoratori somministrati del 131,7% tra il 2000 e il 2008¹⁰⁶. Questa progressione inarrestabile, unita a taluni eclatanti fatti di cronaca (il già menzionato caso *Schlecker*, per es. – v. *retro* il par. 5) in cui la fornitura di lavoro interinale è stata utilizzata per abbattere il costo del lavoro nell'ambito di lavorazioni stabili dell'utilizzatore, ha creato nell'opinione pubblica una forte propensione alla riregolazione dell'istituto.

Per ironia della sorte, questa revisione è coincisa con il recepimento della dir. 2008/104/CE: non stupisce che il dibattito dottrinale che ha esaminato criticamente la trasposizione tedesca si sia concentrato sugli aspetti di tutela presenti nella direttiva (veri o presunti tali, come dimostra il dibattito sul carattere temporaneo della somministrazione¹⁰⁷ – v. *retro* i parr. 3 e 9,

gelung, cit., p. 80, invece, considera il formalismo che circonda la *Festhaltungserklärung* accettabile e adeguato a contrastare i rischi di abusi.

¹⁰⁴ Sulle riforme *Hartz* v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *Dalle Leggi Hartz alla Legge Fornero: una riforma tedesca del lavoro?*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi. Atti del XVII Congresso dell'AIDLASS – Pisa, 7-9 giugno 2012*, Giuffrè, 2013, p. 470 ss.; ID., *Flessibilità e sicurezza*, cit., p. 201 ss.

¹⁰⁵ Cfr. i dati riportati da KRAUSE, *op. cit.*, pp. 830-831.

¹⁰⁶ Cfr. la tabella riportata in AA.VV., *The role of Temporary Agency Work And Labour Market Transitions in Europe*, Final Report for the Joint Eurociett-UNI Europa Project "Temporary Agency Work and Transitions in the Labour Market", Hamburg, February 2013, p. 23.

¹⁰⁷ Per la dottrina tedesca è stato un fulmine a ciel sereno la risposta della Commissione europea a uno studio legale di Amburgo, che lamentava l'assenza di sanzioni effettive nell'AÜG contro l'utilizzo di lavoro interinale privo del carattere della temporaneità. Secondo la Com-

anche in nota), soffermandosi meno sull'obiettivo di rimozione dei vincoli all'utilizzo della somministrazione di lavoro, pure costitutivo del compromesso che ha condotto all'approvazione della direttiva stessa¹⁰⁸. Il ritorno del pendolo verso l'apice della regolazione si è compiuto con la riforma del 2017¹⁰⁹, peraltro nel contesto di un aumento moderato della fornitura professionale di manodopera: le ultime statistiche disponibili registrano 1.034.000 lavoratori interinali al 31 dicembre 2017¹¹⁰.

Le riforme esaminate in questo lavoro hanno rafforzato il processo di contaminazione con il modello francese di lavoro interinale (v. *retro* il par. 1)¹¹¹, le cui tecniche sono state mutuate per conseguire l'obiettivo di ricondurre la fornitura di manodopera a strumento interstiziale, utilizzabile dalle imprese per fronteggiare esigenze esclusivamente temporanee di lavoro. Come è stato correttamente evidenziato, le riforme più recenti sono volte a tutelare soprattutto i *core workers*, i cui posti di lavoro si tenta in ogni modo di securizzare, mentre le condizioni dei lavoratori somministrati verosimilmente peggioreranno, con missioni più brevi e, quindi, maggiore precarietà¹¹². Si può concludere che in Germania la dir. 2008/104/CE ha svolto sinora un ruolo tutto sommato marginale nell'evoluzione della disciplina dell'istituto. Essa ha fatto da sfondo a un dibattito quasi monopolizzato dalle problematiche interne del mercato del lavoro, i cui mali si è cercato di curare intervenendo sulla regolazione del lavoro interinale, a

missione, nessuna procedura di infrazione poteva essere intrapresa, poiché la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non costituisce alcuna violazione della direttiva. Cfr. HAMANN, „*Entwurf*“, cit., p. 137.

¹⁰⁸ Sulla direttiva e sul compromesso che la sorregge v. per tutti PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. CARINCI, PIZZO FERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, 2010, p. 570 ss.; LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011, p. 405 ss.; CALCATERRA, *La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie*, Editoriale scientifica, 2017, p. 123 ss.

¹⁰⁹ L'opinione in dottrina è unanimemente condivisa: cfr., per es., HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., pp. 91-92; LEMBKE, *AÜG-Reform 2017*, cit., p. 1; WANK, *Änderungen*, cit., p. 101.

¹¹⁰ V. la tabella a pagina 1 in HOBLE, PFAHL, HENTSCHEL, *Leiharbeit 1991-2017*, in WSI, www.wsi.de/genderdatenportal, 20 novembre 2018.

¹¹¹ Esprime preoccupazione per questo processo di ibridazione, condotto in modo incontrollato, WANK, *Änderungen*, cit., pp. 110-111.

¹¹² V. le osservazioni particolarmente critiche di HENSSLER, *Fremdpersonaleinsatz*, cit., p. 92.

marginale e talora in aperto contrasto con le logiche che la direttiva avrebbe voluto innescare¹¹³.

¹¹³ Nulla sembra destinato a cambiare nell'immediato futuro: il programma del nuovo Governo di *große Koalition* da poco insediato contempla una mera “valutazione della legge sul lavoro interinale”, da effettuarsi nel 2020. Cfr. *Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode*, 2018, p. 51.

Abstract

Il saggio esamina la disciplina del lavoro interinale in Germania alla luce della recente riforma entrata in vigore nel 2017. Il legislatore tedesco, dopo la liberalizzazione di inizio millennio (riforme Hartz), ha progressivamente reintrodotta condizioni e limiti all'utilizzo del lavoro interinale, con l'obiettivo di ricondurre l'istituto a strumento interstiziale, utilizzabile dalle imprese per fronteggiare esigenze esclusivamente temporanee di lavoro. Questo processo di ri-regolazione rischia però di entrare in rotta di collisione con la dir. 2008/104/CE, che mira anche a una revisione degli ostacoli all'utilizzo del lavoro interinale presenti negli ordinamenti degli Stati membri.

The article deals with the regulation of temporary agency work in Germany in the light of the recent reform come into force in 2017. The German legislator, after the liberalisation implemented by the Hartz reform at the beginning of the new millennium, has progressively reintroduced conditions and limits to temporary work: the goal is to make the enterprises use temporary agency work only for purely temporary needs. However, this process of re-regulation risks conflicting with the 2008/104/EC directive, which aims also at revising and removing obstacles to the use of temporary agency work existing in the member States.

Key words

Lavoro interinale, diritto del lavoro tedesco, Europa, salario minimo, contrattazione collettiva.

Temporary agency work, German labour law, Europe, minimum wage, collective bargaining.

Maria Teresa Salimbeni

**L'irresistibile forza centripeta dell'esame congiunto:
la procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni**

Sommario: **1.** Premessa. **2.** I rapporti tra le procedure sindacali previste negli istituti connessi a crisi-riorganizzazioni aziendali e il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25. **3.** La procedura sindacale nella cassa integrazione guadagni: gli artt. 14 e 24 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148. **4.** Rilevanza degli obblighi procedurali come fasi del procedimento amministrativo per la concessione dell'intervento. **5.** Le violazioni procedurali nella giurisprudenza della Cassazione: insanabilità dei vizi della comunicazione. **6.** L'esame congiunto come momento di emersione del potere sindacale "condizionante". **7.** La centralità dell'esame congiunto nella procedura di cassa integrazione guadagni: l'evoluzione normativa. **8.** La conferma del ruolo dell'esame congiunto nel d.lgs. 148/2015. **9.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Quanto le procedure di informazione e consultazione sindacale siano elemento costitutivo e integrante di tutti gli istituti normativi rivolti alla disciplina delle crisi aziendali e delle connesse trasformazioni, qualitative e quantitative, dei rapporti di lavoro è un dato di fatto: acquisito e immutabile, resistente a ogni vicenda che metta in discussione il ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva. È come se al macrocosmo che riflette le ondivaghe sorti – e percezione sociale – del sindacato e della sua capacità di tutelare i lavoratori nel rapporto e nel mercato del lavoro, si contrapponga un microcosmo che rilascia sempre e automaticamente la stessa immagine di una rappresentanza sindacale che avoca a sé il ruolo indiscusso di interlocutore, non sostituibile, del datore di lavoro che intenda mettere mano alla sua organizzazione produttiva per alienarla, modificarla e/o cessarla del tutto. Molto dipende, certo, dal differente grado di istituzionalizzazione dell'intervento sindacale: nullo o quasi nullo in materia di contratto collettivo nazio-

nale e/o aziendale, significativo nel caso di procedimentalizzazione dei poteri datoriali nelle crisi aziendali, in relazione al quale si sono succeduti interventi legislativi, anche di attuazione di direttive dell'Unione europea, dettagliati quanto alla previsione del tipo di intervento del sindacato, dei soggetti competenti, dei diritti collettivi e individuali, delle tutele concesse, in caso di violazione delle procedure legalmente imposte, sia al soggetto collettivo sia al singolo lavoratore¹.

Anche gli accordi conclusi all'esito di queste procedure hanno avuto una considerazione diversa e privilegiata proprio in quanto frutto di una regolamentazione legale del tutto peculiare che attribuisce al soggetto collettivo una funzione di controllo e validazione di comportamenti imprenditoriali, integrativa della legge stessa.

Non si affronterà in questa sede la complessa tematica riguardante l'anomala posizione del nostro sindacato e la ridotta efficacia giuridica del contratto collettivo, né quella dell'accennata diversa efficacia soggettiva del c.d. contratto gestionale: oggetto del presente studio è, infatti, non la valenza, dell'attività negoziale del sindacato ma gli effetti del riconoscimento legale dei diritti di informazione e consultazione nelle procedure sindacali, in particolare di quella per la concessione dell'intervento di integrazione salariale. Nelle ipotesi di intervento della cassa integrazione guadagni, che incide sostanzialmente sul rapporto di lavoro modificandone l'assetto concordato dal punto di vista della quantità dell'attività lavorativa richiesta e della relativa retribuzione, la procedura e il confronto con il sindacato assurgono a requisito irrinunciabile di legittimità dei provvedimenti sospensivi e anche dell'intervento pubblico, sulla base del medesimo presupposto ma in ragione della tutela di interessi diversi cui si collegano differenti previsioni rimediali.

È fondamentale distinguere, ai fini del corretto inquadramento dell'analisi che si tenterà di compiere, il piano organizzativo, relativo all'esercizio della libertà d'impresa, dal piano dell'amministrazione dei rapporti di lavoro

¹ In materia di riduzione di personale e trasferimento d'azienda la normativa nazionale nasce come attuazione di direttive dell'Unione Europea: la l. 223 del 1991 per la parte relativa ai licenziamenti collettivi è stata emanata, e modificata, a seguito della dir. 75/109/CE del 17 febbraio 1975 e della dir. 98/59/CE del 20 luglio 1998; l'art. 47 della l. 428/1990 sulla procedura sindacale nel trasferimento d'azienda costituisce attuazione della dir. 77/187/CE del 14 febbraio 1977, modificata dalla dir. 98/50/CE del 28 giugno 1998 e poi sostituita dalla dir. 01/23/CE del 12 marzo 2001.

su cui si proiettano gli effetti delle iniziative assunte dall'imprenditore, in quanto l'uno e l'altro sono sottoposti a regole diverse.

Nel primo caso ci troviamo di fronte all'esercizio di una libertà garantita costituzionalmente, che soggiace unicamente al rispetto dei beni che "il contratto e la legge abbiano dotato di particolare resistenza"² ma non al controllo di "merito" giudiziale: le scelte economiche dell'imprenditore sono insindacabili se lo stesso non abbia deciso di autolimitarsi attraverso il coinvolgimento in previsioni di contratto collettivo, che comunque, nella maggior parte dei casi, stabiliscono meri obblighi informativi in relazione a scelte strategiche e di particolare rilevanza³.

L'amministrazione del rapporto rientra, invece, a pieno titolo nel regolamento contrattuale individuale che impone il reciproco rispetto delle obbligazioni assunte, nonché delle leggi imperative che regolano il rapporto di lavoro subordinato a prescindere dalla volontà delle parti.

Il rilievo giuridico delle procedure sindacali va valutato in ordine sia alla produzione degli effetti costitutivi, ed eventualmente interdittivi, del potere imprenditoriale di compiere determinate operazioni aziendali, sia alla possibile illegittimità e/o invalidazione dei conseguenti provvedimenti datoriali adottati nei confronti dei lavoratori senza l'osservanza degli obblighi di informazione e consultazione sindacale.

Val la pena di operare un'ulteriore precisazione che riguarda la duplice possibile conclusione della procedura: con o senza accordo tra le parti. E qui il discorso potrebbe sdoppiarsi considerando, da un lato, l'ipotesi di una procedura fruttuosa da un punto di vista della determinazione condivisa delle, o di alcune, conseguenze della scelta datoriale; dall'altro, quella di una procedura conclusasi senza un'intesa fra le parti. Nel primo caso, la presenza dell'accordo gestionale mette in primo piano il problema della sua efficacia soggettiva, la cui possibile soluzione passa attraverso la valorizzazione o della particolare funzione dello stesso o della delega operata dalla legge affinché regoli alcuni effetti, sui rapporti di lavoro, delle scelte organizzative dell'imprenditore; pur prevalendo le considerazioni in ordine all'efficacia soggettiva

² LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 81.

³ Cfr. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore, dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988, p. 165, secondo il quale si tratta di "condizionamenti fattuali", potenzialmente meno efficaci dei limiti sostanziali, ma con forti capacità espansive nel senso della tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti.

dell'accordo non viene meno l'attenzione al contributo che esso apporta al giudizio sull'espletamento della procedura in termini di effettività.

Nel secondo caso, in cui la procedura si conclude senza un'intesa fra le parti, il *focus* si sposta sull'osservanza dei singoli obblighi formali, singolarmente o congiuntamente considerati, imposti dalla legge al fine sia del riconoscimento del potere datoriale di effettuare le previste sospensioni dei rapporti di lavoro, sia della praticabilità della stessa ipotizzata riorganizzazione o trasformazione aziendale. Nelle pagine che seguono si è cercato di dimostrare come la scelta del legislatore del 2015 di spostare il baricentro della procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni dal momento della comunicazione a quello dell'esame congiunto confermi quell'orientamento sostanzialistico per cui il raggiungimento dello scopo prevale su eventuali vizi formali, posizione spesso contrastata da una giurisprudenza concentrata sul rispetto della forma e della sequenza prestabilita di atti, talvolta anche a costo di porre nel nulla intese raggiunte tra imprenditori e sindacati a seguito di serie e faticose trattative.

2. *I rapporti tra le procedure sindacali previste negli istituti connessi a crisi-riorganizzazioni aziendali e il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25*

L'istituzionalizzazione dell'intervento sindacale nella gestione delle situazioni di crisi aziendale non è teoricamente, e, in prospettiva neanche praticamente, sganciata dalla tematica della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, sulla quale il nostro legislatore è intervenuto negli ultimi anni in attuazione di direttive dell'Ue⁴.

Il crescente intervento normativo, sia europeo sia nazionale, a partire dall'inizio del nuovo millennio, si è mosso in una direzione di valorizzazione della partecipazione dei lavoratori, attraverso i propri rappresentanti, alla gestione delle aziende ma non è andato aldilà del riconoscimento di un diritto di informazione e consultazione scarsamente incisivo sulle decisioni aziendali.

Il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25⁵, di trasposizione nell'ordinamento nazio-

⁴ In particolare la dir. 02/14/CE dell'11 marzo 2002 che contiene un quadro generale relativo all'informazione e consultazione dei lavoratori. A questa ne sono seguite altre riguardanti i diritti di informazione nelle imprese transfrontaliere e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, tra cui la dir. 05/56/CE del 26 ottobre 2005 e la dir. 09/38/CE del 6 maggio 2009.

⁵ Vi è stato un ulteriore flusso di proposte legislative ma l'intervento legislativo di maggior

nale della dir. 02/14/CE dell'11 marzo 2002, recepisce una versione “debole” della partecipazione, che non comporta alcuna conseguenza, se non di mero controllo, sulle decisioni gestionali e organizzative dell'imprenditore: significativa, a riprova, la previsione in base alla quale le procedure di cui alle leggi 428 del 1990 e 223 del 1991, restano ferme in qualità di discipline speciali (art. 8, co. 1)⁶.

Se, infatti, dal punto di vista contenutistico le informazioni che il datore di lavoro è tenuto a fornire ai sindacati sono ben più ampie rispetto a quelle previste dalle leggi 428/90 e 223/91⁷, pur tuttavia la tutela del diritto di partecipazione alle scelte dell'imprenditore appare più incisiva nelle fattispecie speciali, per le quali è previsto sia il ricorso all'art. 28 l. 330/70 a tutela del-

rilievo, dopo il d.lgs. 25/07, è consistito nella delega al Governo attribuita dall'art. 4, commi 62 e 63, l. 28 giugno 2012 n. 92, al fine di “conferire organicità e sistematicità alle norme in materia di informazione e consultazione di lavoratori, nonché di partecipazione”, (delega scaduta nei primi mesi del 2013 ma i cui principi sono confluiti nel successivo d.d.l. 19 settembre 2013 n. 1051 contenente delega al Governo), cui si aggiunge la proposta di legge sindacale elaborata dal gruppo di giuslavoristi coordinato dai proff. Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli facente capo a questa Rivista e perciò denominata “proposta DLM”. Quest'ultima proposta, nella parte dedicata ai “diritti di codeterminazione” (art. 7), prevede il diritto delle rappresentanze sindacali unitarie a partecipare alle determinazioni riguardanti una serie di “questioni sociali”, aggiungendo che “sulle materie di codeterminazione, le decisioni dell'impresa sono inefficaci se adottate senza il parere motivato della rappresentanza sindacale unitaria”. Sulla tematica della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e, in particolare, sul d.lgs. 25/07: ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, (Relazione svolta alle giornate di studio AIDLASS sul tema “*Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese*”, Lecce, 27-28 maggio 2005), in *DLRI*, 2005, p. 376; VERRECCHIA, *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d. lgs. n. 25 del 2007*, in questa *Rivista*, 2007, p. 339; NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori*, *Commentario sistematico al d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *NLCC*, 2008; LUNARDON, (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione di lavoratori. D. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *IPSOA*, 2008; ZOLI, *I diritti di informazione e di c. d. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *RIDL*, 2008, I, p. 161; ZOPPOLI L., *Partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda*, in *ED*, *Annali*, IV, Giuffrè, 2011, p. 910; ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in questa *Rivista*, 2013, p. 557; ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in questa rivista, 2014, p. 295.

⁶ Si tratta delle procedure istituite in materia di “trasferimento d'azienda” e di “mobilità” e “riduzione di personale” dagli artt. 47, co. 1, l. 428/90 e 4 e 24, l. 223/91.

⁷ L'art. 4, co. 3, del d.lgs. 25/07 fa riferimento a una serie di notizie da fornire di contenuto molto ampio e generale, come: “l'andamento recente e quello prevedibile dell'attività dell'impresa...”; “...l'andamento prevedibile dell'occupazione”; “le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro...”.

l'interesse sindacale, (esplicitamente nella l. 428/90) sia, per quanto riguarda la l. 223/91 (art. 5), la possibilità di azione del lavoratore che si ritenga danneggiato dalla violazione procedurale e al quale è riconosciuta una tutela in-dennitaria.

La tutela dei diritti di informazione e consultazione di cui al d.lgs. 25/07 si affida, invece, soltanto a sanzioni di tipo amministrativo (art. 7), anche se non si esclude l'applicabilità dell'art. 28 l. 300/70 in considerazione della lesione degli interessi collettivi che la violazione degli obblighi procedurali provoca⁸.

Quel che va rilevato a proposito della procedura di cig della quale il presente scritto si occupa, è che la disciplina di questo istituto è contenuta tutta nel d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, non menzionato, *ratione temporis*, tra le leggi fatte salve dal d.lgs. 25/07. Non vi è dubbio che la specialità della disciplina della cig valga a porla fuori dal campo di applicazione del d.lgs. 25/07 se si ritiene che l'espressa menzione delle leggi 428/90 e 223/91 sia stata necessaria al solo fine di escluderle da un'abrogazione tacita, che altrimenti si sarebbe potuta argomentare o per incompatibilità o per ricomprensione delle vecchie discipline nella nuova certamente più ampia, ma non anche al fine ulteriore di immunizzare gli istituti in esse disciplinati dal carico dei nuovi adempimenti previsti, in quanto ciò non sarebbe stato necessario⁹.

Si ritiene, infatti, che le procedure sindacali previste dalle leggi in materia di trasferimento d'azienda, licenziamento collettivo e cassa integrazione guadagni siano dotate di un'autonomia che non può ritenersi scalfita dalla disciplina generale in materia di informazione dei lavoratori, in quanto funzionali al controllo e condizionamento di una determinata e ben specifica "scelta gestionale": il trasferimento dell'azienda, la riduzione di personale o la sospensione dei lavoratori. Le informazioni contenute nell'art. 4 del d.lgs. 25/07 sono talmente generiche da ritenersi adeguabili alle situazioni concrete: e ciò avviene proprio a opera delle leggi che proceduralizzano i poteri di trasferire, licenziare e sospendere i lavoratori in ipotesi di crisi o riorganizzazione aziendale.

⁸ Cfr. ZOLI, *I diritti di informazione...*, cit., pp. 177-178.

⁹ Cfr. OCCHINO, *Le relazioni con il quadro normativo preesistente*, in NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte...*, cit., pp. 965-966, secondo la quale, invece, la salvezza delle procedure di cui alla l. 428/90 e alla l. 223/91 non escluderebbe l'applicazione anche della nuova normativa di cui al d.lgs. 25/07 con la conseguenza di una duplicazione delle procedure e/o di un ampliamento dei contenuti della comunicazione.

In queste fattispecie, ove volesse ritenersi che il d.lgs. 25/07 le ricomprenda, può forse essere ragionevolmente ammesso il cumulo delle tutele, rappresentato dall'aggiunta, alle sanzioni previste per le specifiche violazioni procedurali, anche della sanzione amministrativa di cui all'art. 7 del d.lgs. 25/07¹⁰.

3. *La procedura sindacale nella cassa integrazione guadagni: gli artt. 14 e 24 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148*

La disciplina della cassa integrazione guadagni, nella sua duplice forma dell'intervento ordinario e straordinario, si connota per una robusta proceduralizzazione del potere datoriale di sospensione dei rapporti di lavoro, il cui riconoscimento è subordinato alla sussistenza accertata delle cause integrabili. La normativa, che è stata di recente revisionata e racchiusa in un unico testo normativo, il d.lgs. 148/2015¹¹, ha mantenuto in vita i precedenti obblighi informativi e di consultazione imposti al datore di lavoro, con una variazione tesa a spostare alcune informazioni destinate al sindacato dal momento iniziale della comunicazione a quello successivo dell'esame congiunto cui le parti sono convocate dall'ente amministrativo in veste di Regione, Provincia o Ministero del lavoro a seconda dei casi¹². Si tratta di vincoli formali conformativi di un potere riconosciuto, in deroga alla disciplina contrattuale del rapporto di lavoro, di sospendere l'esecuzione della prestazione lavorativa e la corresponsione della retribuzione senza il consenso del lavoratore ma in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge: le cause integrabili l'accertamento delle quali spetta all'organo amministrativo (Inps o Ministero del lavoro).

Ma il veicolo attraverso cui la procedura sindacale legittima il datore di lavoro a sospendere i lavoratori è il procedimento autorizzativo all'interno

¹⁰ In questo senso: OCCHINO, *op. cit.*, p. 966.

¹¹ Sulla riforma dell'istituto a opera del d.lgs. 148/2015 v. BALLETTI E., GAROFALO D. (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione nel Jobs Act*, Cacucci, 2016; NICOLINI, *La Cassa integrazione guadagni*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 381 ss.; OCCHINO, *Il sostegno al reddito dei lavoratori in costanza di rapporto tra intervento pubblico e bilateralità*, in questa rivista, 2016, p. 499 ss.; BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in questa rivista, 2015, p. 529 ss.

¹² D.lgs. 148/15, art. 24, co. 2.

del quale essa si inserisce come fase indispensabile la cui mancanza si riverbera inevitabilmente anche sulla legittimità del provvedimento finale di concessione. La procedura, nel caso della cassa integrazione guadagni, funge, quindi, da un lato, da presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, dall'altro da limite conformativo esterno al potere datoriale di sospensione dei rapporti, che in tanto è riconosciuto e validamente esercitato in quanto abbia compiutamente integrato il procedimento amministrativo e rispettato le modalità della sospensione e i criteri di scelta eventualmente concordati con il sindacato¹³.

Gli articoli 14 e 24 del d.lgs. 148/2015, rispettivamente per l'intervento ordinario e per quello straordinario, prevedono l'iter da seguire qualora l'imprenditore intenda ricorrere all'intervento di integrazione salariale: il primo adempimento è una comunicazione preventiva da inviare alle rsa o alla rsu, ove esistenti, nonché alle articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il cui tenore è ormai identico per entrambi gli interventi: essa deve indicare cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, entità e durata prevedibile, numero dei lavoratori interessati. È da sottolineare che nella nuova disciplina dell'intervento straordinario l'imprenditore non è più tenuto a comunicare preventivamente gli eventuali criteri di scelta alternativi alla rotazione o le modalità di quest'ultima, perché gli stessi costituiscono oggetto del successivo esame congiunto. Questa seconda fase della procedura, che le parti possono attivare previa formale richiesta, è funzionale alla consultazione su: la "situazione avente a oggetto la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa" (art. 14, intervento ordinario) o su: programma che l'impresa intende attuare, durata e numero dei lavoratori interessati alla sospensione o riduzione di orario, ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzione di orario, misure di gestione delle eventuali eccedenze di personale, criteri di scelta dei lavoratori che devono essere coerenti con le ragioni per cui è richiesto l'intervento, modalità della rotazione o ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione della stessa (art. 24, intervento straordinario). Sulla base di queste informazioni e dopo la consultazione, se richiesta da una delle parti, può essere raggiunto un accordo collettivo aziendale.

¹³ Tale prospettiva ricostruttiva, formulata già rispetto all'originaria procedura di cui all'art. 5, l. 164/1975, aveva riscosso piena approvazione nella dottrina e giurisprudenza. Sul punto si rinvia a BELLAVISTA, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*, nota a Cass. n. 8788/1996, in *RIDL*, 1997, II, p. 337, in particolare ai richiami di cui alla n. 8.

Quanto al valore da attribuire alla procedura ai fini della validità della richiesta dell'intervento e delle successive sospensioni dei lavoratori, non vi è, nell'attuale normativa, che sostituisce integralmente tutte le leggi e decreti precedenti in materia di cassa integrazione guadagni, nessun cambio di rotta perché il legislatore continua a tacere in merito alle conseguenze sanzionatorie di eventuali violazioni.

Quello che, invece, induce a ritenere che il legislatore abbia posto le basi per una svolta interpretativa in senso sostanzialistico degli obblighi procedurali, è lo spostamento del focus sull'esame congiunto che si arricchisce di contenuti nuovi, sottratti alla precedente fase meramente informativa. L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi anteriormente al 2015¹⁴ può ricevere impulso da tale modifica ai fini un ripensamento critico improntato a una concezione meno formalistica che tenga conto della effettiva funzione della procedimentalizzazione del potere datoriale.

4. *Rilevanza degli obblighi procedurali come fasi del procedimento amministrativo per la concessione dell'intervento*

Se la necessità dell'azione di controllo sindacale non pare revocabile in dubbio nell'istituto in esame, e la conferma arriva dal recente intervento del legislatore, non altrettanto univoca è la posizione in merito alla vincolatività dei singoli adempimenti procedurali gravanti sul datore di lavoro¹⁵. Ciò a prescindere da eventuali accordi raggiunti all'esito della procedura, in quanto può ben darsi il caso che da una comunicazione iniziale non derivi alcuna domanda di esame congiunto o che, andando oltre, all'esito della consultazione richiesta non si pervenga ad alcuna intesa.

La risposta implica un inquadramento giuridico della tecnica di procedimentalizzazione dei poteri datoriali che non può però essere disgiunta da un attenta ricognizione della specifica normativa relativa all'istituto cui la tecnica stessa viene applicata, in base alla quale si può registrare la maggiore o minore ampiezza, in termini quantitativi e qualitativi, della delega conferita

¹⁴ Cfr. ZOLI, *La tutela delle posizioni...*, cit., p. 149 ss.; LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, 1990, p. 272 ss.

¹⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di DE LUCA TAMAJO, *Interesse collettivo e interessi individuali nella giurisprudenza in tema di crisi e riorganizzazioni aziendali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 311.

dal legislatore al sindacato e il peso assegnato a ciascun inadempimento procedurale. Questo discorso risulta particolarmente calzante alla fattispecie in esame, che implica la concessione di un intervento economico da parte dello Stato a fronte del quale, soltanto, il datore di lavoro può intervenire sui rapporti di lavoro dei suoi dipendenti alterandone il regolamento contrattuale.

Bisogna dire che il dibattito sul valore degli obblighi procedurali in materia di cassa integrazione guadagni è stato in buona parte contaminato da quello sull'efficacia obbligatoria o normativa delle clausole contrattuali collettive di procedimentalizzazione, con la conseguenza di mettere sullo stesso piano clausole pattizamente stabilite e norme legali di regolamentazione di prerogative datoriali. La ragione della sovrapposizione risiede nell'analoga previsione, in entrambi i casi, di un intervento del sindacato nel procedimento decisionale dell'imprenditore, al fine di garantire "...che nel formarsi di certe decisioni si tenga conto degli interessi antagonistici sui quali va a incidere l'esercizio del potere"¹⁶. Nella teoria del contratto collettivo la definizione circa il valore meramente obbligatorio o normativo delle clausole trova la sua principale ragione nella tipologia di interesse coinvolto nella regola contrattuale: ove lo stesso sia attinente alla sfera di amministrazione del contratto collettivo o ai rapporti reciproci tra le parti stipulanti, la clausola non può che esplicitare efficacia tra le sole parti del contratto collettivo, ove invece vi siano ricadute sulle posizioni giuridiche dei lavoratori, la clausola acquisisce anche valore normativo con relativa insorgenza di posizioni di diritto da far valere nell'ambito del rapporto di lavoro individuale, pur non negandosi, proprio in riferimento alle clausole contrattuali di procedimentalizzazione che l'una e l'altra funzione possano coesistere¹⁷.

¹⁶ LISO, *La mobilità del...*, cit., p. 113, il quale definisce questo intervento come "procedimentalizzazione". Ma prima ancora: ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1977, p. 1049. Da allora il concetto è stato utilizzato dagli interpreti per inquadrare e descrivere la tecnica di controllo e validazione dei poteri datoriali attraverso un intervento *ex ante* del sindacato; ZOLI, *La tutela delle...*, cit., p. 163.

¹⁷ Cfr. LISO, *La mobilità del...*, cit., pp. 113-119, l'autore, a proposito della procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore, afferma: "In questi casi il collettivo costituisce dimensione del controllo istituzionalizzato che si esercita su determinati poteri dell'imprenditore e che... ha per obiettivo immediato non la tutela dell'interesse del lavoratore singolo ma quella dell'interesse collettivo. Quel controllo tuttavia, nella misura in cui costituisce forme obbligate di esercizio del potere, costituisce anche oggetto di un interesse finale e non strumentale del lavoratore. È proprio quest'ultimo aspetto che consente di affermare, in riferimento alle clausole collettive di procedimentalizzazione la loro natura ambivalente che consente di classificarle, oltre che

Sicché gli argomenti utilizzati in relazione alle clausole di accordi collettivi limitativi di poteri datoriali incidenti sui rapporti di lavoro (v. accordo interconfederale 5 maggio 1965 sui licenziamenti individuali), prima della regolamentazione legale dei licenziamenti collettivi con la l. 223 del 1991, e pur nel vigore della l. 164 del 1975 sulla cassa integrazione guadagni, hanno fatto da base giuridica a una teoria della procedimentalizzazione del potere di sospensione del datore di lavoro oscillante tra la tesi della rilevanza meramente collettiva degli adempimenti procedurali¹⁸ e quella della valenza normativa direttamente operante sul piano del rapporto individuale di lavoro¹⁹. La giurisprudenza ha per lungo tempo risentito di questa impostazione risolvendo il problema delle conseguenze del mancato rispetto degli obblighi procedurali *ex legibus* 164 del 1975 e 223 dal 1991 in materia di cassa integrazione guadagni, alternativamente nel senso dell'azionabilità anche a opera del singolo lavoratore interessato, in quanto portatore di un diritto soggettivo all'esercizio del potere di sospensione in conformità alle prescrizioni legali²⁰ e in quello, opposto, della mera rilevanza collettiva della

come clausole obbligatorie anche come clausole normative", p. 114; MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, FrancoAngeli, 1979, pp. 256-257, nonché ID., *La contrattazione collettiva*, FrancoAngeli, 1985, p. 284 sostiene l'esistenza di un *tertium genus* caratterizzato dalla natura bivalente, obbligatoria e normativa, nel quale rientrerebbero le clausole di procedimentalizzazione; nello stesso senso ZOLI, *I diritti di informazione...*, cit., pp. 170-171; MASTINU, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Giappichelli, 2002, p. 80 ss., princ. p. 84, secondo il quale la contrapposizione tra parte normativa e parte obbligatoria del contratto collettivo è imprecisa in quanto il contratto collettivo non produce norme giuridiche ma rapporti giuridici obbligatori con la conseguenza che rispetto ai contenuti del contratto collettivo è più appropriata la distinzione tra contenuti obbligatori interindividuali e contenuti obbligatori intersindacali; LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 370, ritiene addirittura fuorviante il trasferimento di categorie giuridiche apprestate per la contrattazione collettiva con funzione normativa agli accordi di procedimentalizzazione, in relazione ai quali non si pone un problema di efficacia normativa ma di limitazione di un potere che "necessariamente esplica i suoi effetti sulla totalità dei lavoratori"; v. ancora ID., *Il sindacato dinanzi ai fenomeni di crisi e ristrutturazioni azienda-accordi sindacali sulla C.I.G. e diritti dei singoli*, in *RGL*, 1984, III, p. 540.

¹⁸ Cfr. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva...*, cit., p. 279; Con un approccio più problematico ma comunque con evidente opzione per la rilevanza meramente collettiva delle garanzie procedurali in esame, DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 313.

¹⁹ LISO, *La mobilità del...*, cit., p. 119: "...l'onere di esercitare il potere seguendo una determinata procedura... si qualifica in termini di modalità necessaria all'esercizio del diritto inerente al rapporto di lavoro. La corrispondente posizione di interesse del prestatore di lavoro... ha ad oggetto proprio la rispondenza del comportamento datoriale ad unna regola che conforma in via immediata il contenuto di questo contratto".

²⁰ Cass. 17 marzo 1998 n. 2882; Cass. 09/11/1998 n. 11263/1998.

violazione²¹. L'intervento delle Sezioni Unite²² ha composto il conflitto con una storica sentenza che ha inserito la procedura sindacale prevista per la cassa integrazione guadagni, all'interno del procedimento amministrativo di concessione considerandola una fase dello stesso. In questo modo ha ricondotto correttamente alla fonte legale l'obbligo procedurale mettendo da parte ogni discorso relativo alla obbligatorietà o normatività della previsione che ben può attagliarsi a una clausola di contratto collettivo ma non certo alla legge. Riportando nell'alveo della legge gli obblighi procedurali, la Corte ha aperto la strada a (e legittimato) una tecnica ispirata all'esegesi della fonte legale: in caso di violazione della procedura lo scontro tra impresa e lavoratore si risolve attraverso la ricostruzione del valore dell'inadempimento datoriale condizionato dalle indicazioni contenute nella fonte eteronoma²³. Nell'istituto in esame le articolazioni interne ed esterne del sindacato sono investite di una funzione di preventivo controllo delle ragioni e delle modalità dell'intervento così come prefigurate dall'imprenditore che deve rendere trasparenti le sue intenzioni agli occhi del soggetto collettivo, abilitato a valutare, e soprattutto a condizionare, attraverso il confronto diretto, sia il tipo e l'entità dell'integrazione salariale da richiedere, sia le ricadute quantitative e qualitative sui rapporti di lavoro coinvolti. Anche perché un tale controllo preventivo integra, per la parte che allo stesso sarebbe difficilmente accessibile e comprensibile, il controllo svolto dall'organo amministrativo e che riguarda la mera sussistenza delle cause integrabili. Una violazione della procedura sindacale rileverà come mancanza di una fase essenziale alla produzione degli effetti giuridici di una fattispecie complessa che si chiude con il provvedimento finale. L'illegittimità del provvedimento finale per mancanza di un elemento essenziale al suo perfezionamento potrà essere fatta valere dal singolo lavoratore sospeso attraverso richiesta al giudice ordinario di disapplicazione del provvedimento amministrativo e di conseguente ripristino dell'obbligo datoriale di corrispondergli la retribuzione²⁴.

²¹ Cass. 6 dicembre 1997 n. 12406 e più di recente Cass. 15 gennaio 2003 n. 530.

²² Cass. Sez. Un., 11 maggio 2000 n. 302.

²³ Cfr. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, 2000, pp. 110-111, il quale, sebbene con riferimento agli accordi gestionali e all'interpretazione della volontà collettiva, sottolinea la necessità di far riferimento alla norma di legge che disciplina l'istituto di riferimento e che: "I relativi processi ermeneutici influiscono su quelli riferiti alle intese, influenzate sia nel momento genetico, sia in quello applicativo dall'inevitabile risalto della legge".

²⁴ In base all'art. 5, l. 20 marzo 1895 n. 2248, All. E, così come affermato da Cass. Sez. Un., n. 302/00.

5. *Le violazioni procedurali nella giurisprudenza della Cassazione: insanabilità dei vizi della comunicazione*

Su questa condivisa ricostruzione teorica dell'istituto si innesta un ulteriore dibattito che ha a oggetto, non il valore della procedura in quanto tale, ma quello dei singoli adempimenti che la compongono, e, quindi, il grado di conformità al dettato normativo che in ciascuno di essi deve ravvisarsi affinché possa dirsi realizzata la fattispecie legale, autorizzativa, allo stesso tempo, dell'intervento e del potere sospensivo. La Corte di Cassazione sul tema ha prevalentemente assunto una posizione rigorosa e formalistica, ingiustificata se non addirittura contrastante con lo spirito della legge che impone obblighi di informazione e consultazione finalizzati a un effettivo controllo del sindacato sulle scelte datoriali. Emblematiche di tale approccio sono le decisioni, rese sotto il vigore della disciplina antecedente alla riforma, che negano valore sanante ad accordi sindacali intervenuti all'esito di comunicazioni carenti sotto il profilo esplicativo dei criteri di scelta dei lavoratori, la cui espressione estrema è rappresentata da quell'orientamento che ritiene insufficiente a rimediare al vizio di comunicazione generica anche una successiva individuazione consensuale di criteri di scelta puntuali e specifici²⁵. Si tratta di una visione atomistica e burocratizzata dell'iter procedurale che ne trascura la funzione intrinseca di consentire la concessione dell'intervento in caso di crisi sulle quali si sia realizzato realmente l'apporto del sindacato nei termini di controllo e valorizzazione del contrapposto interesse dei lavoratori dipendenti.

A sostegno di una più sostanzialistica interpretazione degli obblighi procedurali militano invece alcune altre sentenze nelle quali pare ravvisarsi un'apertura nella direzione di un'equivalenza tra comunicazione e accordo sindacale sui criteri di scelta, laddove si afferma che "...il provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa è illegittimo qualora il datore di lavoro ... ometta di comunicare alle organizzazioni sindacali, ai fini dell'esame congiunto, ovvero di concordare con le stesse, gli specifici criteri, eventualmente diversi dalla rotazione, di individuazione dei lavoratori che devono essere sospesi..."²⁶. Più esplicitamente l'equivalenza viene affermata in quelle sentenze in cui il vizio della comunicazione iniziale si ritiene non superato dall'ac-

²⁵ Di cui è espressione la recente Cass. 8 settembre 2014 n. 18894.

²⁶ Cass. n. 18894/14.

cordo che non individui in maniera precisa e univoca i criteri di scelta, potendosi da ciò dedurre, *a contrario*, che l'accordo specifico sui criteri sia idoneo a sanare una carente comunicazione²⁷.

Meno spinta la posizione che riconosce l'efficacia sanante dell'accordo solo in casi "... particolari e circoscritti, ma non nell'ipotesi in cui la comunicazione è strettamente funzionale a mettere in grado le organizzazioni sindacali di partecipare al confronto con la controparte adeguatamente informate e ai lavoratori di avere contezza delle prospettazioni aziendali"²⁸, ove pare ravvisarsi maggiore prudenza nell'abbandonare la visione parcellizzante e formalistica, nel timore, forse, che una logica funzionalistica possa diluire il controllo individuale sul potere del datore in quello collettivo, esaurendo il singolo lavoratore e impedendogli di azionare il suo diritto.

In ogni caso, le pur forzate aperture in direzione del riconoscimento del valore unitario e sostanzialistico della procedura, funzionale a un controllo sindacale effettivo, si arrestano laddove non sia raggiunto l'accordo sindacale, polarizzando il dibattito tra i due estremi della comunicazione e dell'accordo: o l'una o l'altro, ove completi, possono, per la giurisprudenza citata, far ritenere esaurito il compito di controllo che la legge delega al sindacato.

6. *L'esame congiunto come momento di emersione del potere sindacale "condizionante"*

Da più parti, e da tempo, sebbene in relazione alla disciplina del licenziamento collettivo, si sottolinea invece che il vero momento di scontro e/o di confluenza tra i contrapposti interessi che le procedure di consultazione sindacale cercano di controbilanciare è l'esame congiunto, durante il quale le parti non si limitano a darsi reciproche informazioni ma misurano le proprie forze attraverso un confronto dinamico che tanto può portare a un'intesa quanto a una rottura che non preclude comunque all'imprenditore di eser-

²⁷ Cass. 9 giugno 2009 n. 13240; Cass. 3 febbraio 2011 n. 2613; Cass. 28 marzo 2012, n. 4807, in *RIDL*, 2013, II, p. 390, con nota di TOMIOLA; Cass. 1 agosto 2016 n. 15994, che riferendosi a un accordo sindacale conclusivo della procedura di cigs testualmente afferma: "...Perchè solo nel caso della sua piena esaustività sarebbe inutile formalismo imporre al datore di comunicare alle OO.SS. quei criteri di selezione che proprio con esse ha elaborato (Cass. 12 dicembre 2011, n. 26587; Cass. 3 maggio 2004 n. 8353)".

²⁸ Cass. 4 novembre 2015 n. 22540; Cass. 19 aprile 2016 n. 7727.

citare il potere che la legge gli riconosce²⁹. Si è così cercato di elaborare un profilo giuridico dell'“esame congiunto”, che riannodasse i fili della sua matrice legale e della sua contemporanea proiezione sindacale, volendosi dare una rilevanza sul piano normativo a questa fase centrale della procedura e, nello stesso tempo, non interferire nelle forme della dialettica sindacale né nella libertà d'impresa³⁰.

Momento di convergenza delle prevalenti ricostruzioni dottrinali è la rilevata inesistenza di un obbligo a contrarre³¹, il che ha indotto non a sot-

²⁹ DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi. Un primo bilancio teorico*, in *QDLRI*, 1997, p. 18, secondo il quale sebbene la giurisprudenza si sia concentrata sul profilo della comunicazione “... Il momento cruciale della procedura è piuttosto quello del contraddittorio vero e proprio...”; NATULLO, *Il licenziamento collettivo – Interessi, procedure, tutele*, Franco Angeli, 2004, p. 100; sia consentito rinviare a SALIMBENI, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè 2006, p. 23 ss.

³⁰ ZOLI, *La tutela delle...*, cit., pp. 81 e 82 secondo il quale non è consentito spingersi a sindacare il rifiuto di addivenire a un accordo senza interferire nella dinamica del conflitto collettivo e nella libertà di iniziativa economica privata; LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *RGL*, 1993, I, pp. 35-37; secondo il quale l'obbligo di esame congiunto di cui all'art. 4, l. 223/91, ove fosse ricostruito in termini di sindacabilità del rifiuto dell'imprenditore ad assecondare le richieste sindacali, implicherebbe “...una delicata sostituzione del magistrato all'imprenditore nella valutazione dell'opportunità del compimento di un determinato atto di gestione dell'impresa”, inoltre, “... un vero e proprio obbligo di prestazione in capo al datore di lavoro ...di accettare la controproposta delle che organizzazioni sindacali...dimenticando che l'interesse creditorio che gli obblighi in parola mirano a soddisfare è quello al confronto sindacale e non certo quello alla realizzazione di un determinato assetto di interessi”. “La trattativa (è rimessa) ... principalmente alla volontà del sindacato il quale ben potrebbe non ritenere utile o opportuno richiedere l'esame congiunto... Ciò rafforza al tesi in base alla quale il legislatore ha attribuito al sindacato un ruolo di controllore e garante del comportamento datoriale conferendo allo stesso libertà di iniziativa e di scelta, anche delle modalità dell'intervento e degli strumenti da utilizzare per il raggiungimento d una soluzione più vicina possibile agli interessi dei lavoratori coinvolti. Il rispetto quindi della libertà dell'imprenditore di organizzare la propria attività... si coniuga con il rispetto delle scelte sindacali che si ritiene, non possano essere delegittimate dal giudice ...”; SALIMBENI, *op. cit.*, p. 27.

³¹ LISO, *Mercato del lavoro ...*, cit., pp. 35-36; CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *DLRI*, 1994, p. 277 ss.; ZOLI, *La procedura*, in *QDLRI, I licenziamenti collettivi*, 1997, 19, p. 79; NATULLO, *op. cit.*, p. 104; l'obbligo a contrarre è stato, invece, implicitamente affermato, da D'ANTONA, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. n. 223/1991*, in *RCDL*, 1992, p. 322, il quale ha ravvisato nell'immotivato rifiuto all'accordo con la controparte un motivo di nullità della procedura; v. anche: TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Cedam, 1996, p. 183 ss., che pur negando l'esistenza di un obbligo a trattare nella procedura di cui all'art. 4, l. 223/1991, pur tuttavia vi rinviene addirittura un obbligo a contrarre quando nella consultazione emergano soluzioni idonee a evitare la programmata riduzione di personale.

tovalutare il momento del confronto ma, al contrario, a ricondurvi obblighi comportamentali, riferiti alle parti, cui si attribuisce la funzione di dare piena attuazione alla, questa sì voluta dal legislatore, procedimentalizzazione del potere datoriale.

In coerenza a tali presupposti la dottrina si è divisa optando o per un blando obbligo di consultazione³² o per un più stringente dovere di trattare³³. Il primo comporta unicamente la disponibilità ad ascoltare le ragioni del sindacato, che, da un punto di vista giuridico, si traduce nella necessità di acquisire “una sorta di parere (obbligatorio ma non vincolante) sulla decisione che il datore intende assumere e sulla soluzione del problema che egli deve gestire”³⁴ o, con un minimo di incremento partecipativo, di compiere “...quanto necessario affinché la controparte sindacale sia messa in grado di esercitare adeguatamente il suo contropotere”³⁵; il secondo, implica una condotta leale ex art. 1337 c.c. che, in una trattativa sindacale ben può consistere nel “...non adottare tattiche ostruzionistiche o dilatorie ... impegnarsi in discussioni significative sulle materie sottoposte a negoziato...a rendere noti i motivi per cui si respingono determinate proposte, che non devono rivelarsi assurdi o pretestuosi...fornire informazioni di base essenziali ed esatte su fatti rilevanti per le trattative”³⁶.

La convincente prospettazione che fa derivare dalla richiesta di esame congiunto l’obbligo a trattare nei termini riportati, ben si presta, a parere di chi scrive, a costituire la base giuridica di una valorizzazione della procedimentalizzazione dei poteri datoriali nell’ottica sostanzialistica della massima tutela possibile delle posizioni sottoposte all’esercizio del potere. Il punto di partenza del ragionamento resta il riconoscimento legale del potere di compiere determinate scelte organizzative per il soddisfacimento di un interesse economico privato costituzionalmente tutelato. Cosicché il vincolo procedurale è stato efficacemente definito come “... un obbligo che rappresenta solo una complicazione di un processo decisionale che parte non scalfito nella sua unilate-

³² LISO, *Mercato del lavoro...*, cit., pp. 36-37; CARABELLI, *op. cit.*, p. 281.

³³ MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamento: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge n. 223 del 23 luglio 1991*, in *RIDL*, 1991, I, p. 148; DEL PUNTA, *I licenziamenti per riduzione di personale: un primo bilancio giurisprudenziale*, in *LD*, 1994, pp. 133-134; ZOLI, *La tutela delle posizioni...*, cit., p. 80; NATULLO, *op. cit.*, p. 104; SALIMBENI, *op. cit.*, p. 25.

³⁴ LISO, *Mercato del lavoro...*, cit., p. 36.

³⁵ CARABELLI, *op. cit.*, p. 281.

³⁶ ZOLI, *La tutela delle posizioni...*, cit., p. 80.

ralità e che origina da una sfera di potere rimasta inalterata nei suoi contenuti sostanziali”³⁷. Su tale potere s’innesta il meccanismo di tutela procedurale che, proprio per la sua natura di limite condizionante ma non vincolante, non può che radicarsi nella fase dinamica e dialettica dell’incontro tra le parti: non quindi nel momento, meramente propedeutico, dell’informativa, né in quello, auspicato ma pur sempre eventuale, dell’accordo.

Se è così e se, ancora, il legislatore ha fatto la scelta di affidare al soddisfacimento dell’interesse collettivo alla trattativa informata (interesse autonomo e tutelato con lo strumento specifico dell’azione ex art. 28 l. 300/1970), la funzione di realizzare in via mediata anche la tutela dell’interesse del singolo lavoratore³⁸, il grado di effettività del primo darà la misura della realizzazione anche del secondo e quindi del livello di conformità dell’espletata procedura al precetto legale. Di conseguenza appare corretto ritenere che “*nel dialogo collettivo l’informazione e il relativo obbligo non possono non essere sovrastati dal confronto e dalla trattativa*”³⁹. Ciò significa che ove i titolari del diritto a ricevere le informazioni e a svolgere la trattativa ritengano di aver avuto piena cognizione dei dati necessari a valutare correttamente la situazione aziendale, e che eventuali lacune dell’informativa siano state colmate in sede di confronto, non si potrà vanificare l’efficacia dell’intera procedura, e degli atti conseguenti del datore di lavoro, per un vizio formale attinente a un segmento iniziale del procedimento, poi sanato nella sostanza dei rapporti tra le parti. La sanzione dell’inefficacia/illegittimità dell’atto di esercizio del potere datoriale sarà limitata alle situazioni in cui vi sia stato un pregiudizio dell’interesse collettivo, la sussistenza del quale non potrà che essere valutata dalla parte sindacale⁴⁰.

Pertanto se soltanto il pieno rispetto della procedura garantisce la realizzazione del fine cui la stessa è preordinata, che è quello a sottoporre il potere unilaterale del datore di lavoro al controllo e alla pressione della controparte sindacale, ciò non può dirsi a prescindere dalla diversa valuta-

³⁷ LISO, *Mercato del lavoro...*, cit., p. 36.

³⁸ V. la citata Cass. Sez. Un. 302/00; DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 309.

³⁹ ZOLI, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro – Foggia – Baia delle Zagare, 2-26 maggio 2002, Giuffrè, 2002, p. 311.

⁴⁰ In questo senso: DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 311, secondo il quale, se a giudizio del sindacato l’omissione non ha condizionato negativamente il confronto e la sua trasparenza “... essa non può essere fatta valere, in chiave caducatoria, dal singolo...”; NATULLO, *op. cit.*, p. 200.

zione del soggetto cui sono destinate le informazioni e che deve usarle per formulare il proprio parere adesivo o contrario: chi conduce le trattative si assicura sempre di avere in proprio possesso tutte le notizie necessarie e, se non prima, ne entra in possesso durante il confronto.

7. *La centralità dell'esame congiunto nella procedura di cassa integrazione guadagni: l'evoluzione normativa*

Se pur originate, in buona parte, da riflessioni svolte in relazione alla procedura di licenziamento collettivo, le considerazioni precedenti si attagliano perfettamente anche all'istituto in esame che condivide col primo la tecnica procedurale in funzione di limite all'esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro in un campo, tra l'altro, assai attiguo per trovarsi nella stessa area della crisi e riorganizzazione d'impresa.

Riallacciandoci a quanto già osservato in ordine alla scarsa, se non nulla, attenzione riservata dalla giurisprudenza alla fase intermedia della procedura di cassa integrazione guadagni, si può rilevare che, all'opposto, il d.lgs. 148/2015 ha operato la scelta di valorizzare la fase dell'esame congiunto, confermando la tesi che lo considera effettivo obiettivo dell'intera procedura.

La svolta consiste nell'aver trasferito dalla comunicazione iniziale alla negoziazione l'obbligo di esternare i criteri di scelta dei lavoratori e le modalità della rotazione, nonché nell'aver arricchito il contenuto dell'esame congiunto rispetto alle previsioni dell'abrogato art. 5, l. 164/1975. Questo secondo risultato era stato già raggiunto attraverso l'emanazione del d.P.R. n. 218 del 10 giugno 2000, anch'esso abrogato dall'art. 46, lett. o) del d.lgs. 148/2015, il quale all'art. 2, co. 5, prevedeva che l'esame tra le parti dovesse svolgersi sul programma che l'impresa intendesse attuare, comprensivo della durata e numero dei lavoratori interessati alla sospensione, sulle misure previste per la gestione di eventuali eccedenze di personale, sui criteri d'individuazione dei lavoratori da sospendere e sulle modalità della rotazione, nonché sulle ragioni della mancata adozione di quest'ultima⁴¹. Invero la disposizione era stata foriera più di problemi che di altro, avendo innescato un pesante

⁴¹ Mentre l'art. 5, co. 5, l. 164/75 prevedeva un confronto incentrato genericamente sulla "situazione avente a oggetto i problemi relativi alla tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa".

contenzioso giudiziario sul valore da attribuire alla norma regolamentare in termini di sostituzione o aggiunta alle già presenti, e ancor vigenti, norme di legge regolanti la stessa materia⁴²: in particolare, sullo spostamento dell'informazione relativa ai criteri di scelta e alle modalità della rotazione dal momento iniziale della comunicazione a quello immediatamente successivo dell'esame congiunto. Risultato auspicato nell'ottica di una valorizzazione del momento centrale e decisivo della procedura, e del superamento delle estremizzazioni interpretative in materia di obblighi di informazione, ma negato con decisione dalla giurisprudenza con argomenti incentrati sulla funzione di mera semplificazione amministrativa del decreto.

A sostegno dell'avvenuto differimento, da parte del d.P.R. del 2000, della fase informativa dal momento iniziale della comunicazione a quello del confronto tra datore di lavoro e rappresentanti sindacali la dottrina, per vero minoritaria, aveva invocato, in primis, la conformità alla *ratio* più genuina della l. 223/1991, che era quella di promuovere e radicare un reale e produttivo confronto tra impresa e sindacati sui delicati temi delle sospensioni in cig e delle riduzioni di personale, inoltre, la nuova, introdotta, garanzia di effettività del confronto, rappresentata dalla partecipazione necessaria della pubblica amministrazione all'esame congiunto⁴³.

La risposta secca della giurisprudenza arrivò subito e si definì nel principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, e consolidatosi ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1, nel quale, in sintesi, si sancì che la disciplina del d.P.R. n. 218 /2000, emanato per delega conferita dalla l. n. 59, del 15 marzo 1997 sulla semplificazione amministrativa, non incideva in alcun modo sulle disposizioni di cui al combinato disposto della l. n. 164/1975, art. 5 e della l. n. 223/1991, art. 1, co. 7, riguardante l'obbligo datoriale di comunicare in avvio della procedura per l'integrazione salariale alle organizzazioni sindacali i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere nonché le modalità della rotazione. Il d.P.R. tendeva infatti a semplificare la fase propriamente

⁴² Artt. 5, l. 164/75 e 1, commi 7 e 8, l. 223/91.

⁴³ SALIMBENI, *Dall'informazione alla negoziazione collettiva dei criteri di scelta: la procedura di mobilità nei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *DRI*, 2006, p. 323, spec. nota 47; PACIFICO M., PACIFICO E., PACIFICO M., *Nuovo repertorio di giurisprudenza del lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 121; rilevava invece la mancata avvenuta abrogazione, da parte del d.P.R. 218/00, della pregressa disciplina di cui alla l. 223/91 e alla l. 164/75, GAROFALO D., *La cassa integrazione guadagni*, in *Tf. Persiani-Carinci*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo II, *Diritti ed obblighi*, p. 2073 ss.

amministrativa, di rilevanza pubblica, del procedimento di concessione dell'integrazione salariale senza in alcun punto ridurre i diritti dei lavoratori e le prerogative delle organizzazioni sindacali⁴⁴.

La novità aveva in ogni caso riaperto la questione dell'eccessiva rilevanza attribuita all'informativa e rimesso in discussione la polarizzazione del dibattito intorno ai due momenti della comunicazione e dell'accordo. Ma la centralità dell'esame congiunto, e del valore sanante di un reale confronto rispetto a una comunicazione dei criteri di scelta lacunosa, venne ancora pervicacemente negata, a prescindere dall'effetto abrogativo del d.P.R. 218/2000, anche laddove vi fosse stata un'attestazione ministeriale di corretto svolgimento dell'esame congiunto: la Cassazione non recedette dalla sua formalistica concezione di una procedura rigidamente parcellizzata per legge, sicché, quand'anche discussi e trattati dalle parti con modalità certificata, i criteri di scelta, se non previamente indicati nell'informativa iniziale, erano da considerarsi come non pervenuti⁴⁵.

8. *La conferma del ruolo dell'esame congiunto nel d.lgs. 148/2015*

In linea con l'ottica positivista entro la quale si è condotta fin qui l'indagine sul valore giuridico della procedura sindacale in materia di integrazione salariale, non può che intendersi la normativa del 2015 come una puntuale conferma del valore centrale dell'esame congiunto all'interno del percorso consultivo decisionale di cui sono onerati sindacato e datori di lavoro. Si sono già anticipati i termini della riforma che consiste nell'alleggerimento della fase comunicativa di apertura della procedura e nel con-

⁴⁴ Cass. 28 novembre 2008 n. 28464, seguita da moltissime altre sentenze della Corte. Tra le tante: Cass. 18 febbraio 2011 n. 4053; Cass. 27 aprile 2012 n. 6565, in *ADL*, 2012, pp. 1039 ss., con nota di CAPONETTI; Cass. 5 agosto 2013 n. 18628; Cass. 21 maggio 2014 n. 11192; Cass. 8 settembre 2014 n. 18894; Cass. 22 ottobre 2015 n. 21517; Cass. 4 novembre 2015 n. 22540.

⁴⁵ Cass. 12 dicembre 2011 n. 26587; Cass. 2 ottobre 2013 n. 22540; Cass. 8 giugno 2015 n. 11754 e le già citate Cass. n. 21517/15 e Cass. n. 22540/15 affermano: "Quanto alle attestazioni ministeriali di corretto svolgimento della procedura ed in particolare del verbale di esame congiunto del Ministero del Lavoro 5 dicembre 2002, esse difettano di rilevanza, posto che, ove si ritenga che i criteri di individuazione e modalità di rotazione debbano essere indicati *ab initio* nella comunicazione di avvio, è superfluo esaminare al tesi che assegna valore asseverativo ad un documento che attesta che quell'indicazione è avvenuta solo in un momento successivo, e cioè in sede di esame congiunto".

temporaneo assurgere della fase successiva dell'esame congiunto a momento acquisitivo (e di trattazione) delle notizie essenziali al sindacato per poter svolgere la sua funzione di controllo.

Il nuovo modello consultivo – partecipativo è apparso portatore, ad alcuni, di una riduzione della qualità e intensità del controllo sindacale⁴⁶, ad altri, di una sottrazione al potere unilaterale del datore di lavoro della prerogativa di predeterminare unilateralmente i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere⁴⁷. Le divergenti posizioni, nessuna delle quali appare condivisibile anche alla luce delle successive esplicazioni di entrambe, risultano compromesse, ad avviso di chi scrive, dalla logica bipolare che intravede nell'informativa iniziale e/o nell'accordo, gli unici momenti di garanzia di un effettivo controllo sindacale.

Ritenere che il sindacato si trovi in una "situazione di *deficit* informativo" se apprende i criteri o le modalità della rotazione al momento di sedersi al tavolo delle trattative⁴⁸ significa non essersi sganciati dalla logica formalistica che ha indotto la giurisprudenza maggioritaria a congelare il momento conoscitivo alla sola fase della comunicazione iniziale, con l'aggravante di non aver più neanche un appiglio letterale nella norma di legge, che, ormai, prevede un'informativa minima e non sui punti essenziali. Come affermare che, da un punto di vista sostanziale, il sindacato non è in grado di svolgere il suo ruolo di controllo se non informato con anticipo delle intenzioni del datore di lavoro, anche se la legge ciò non dice affatto, né lascia intendere. La tesi della natura deprimente, a scapito del controllo sindacale, della nuova procedura di legge, si sviluppa attraverso l'ulteriore rinvenimento di una concessa "riespansione delle prerogative datoriali, anche in punto di sfruttamento opportunistico del poco tempo concesso dalla legge per esaurire la procedura di consultazione"⁴⁹.

Premesso che: a) i tempi della procedura erano di 25 giorni anche prima della riforma; b) dalla comunicazione all'esame intercorrono soltanto tre giorni; c) il sindacato partecipa ora come prima alla trattativa alla quale il datore di lavoro deve ora accostarsi con un corredo ben più cospicuo e preciso di informazioni rispetto al passato, c'è da chiedersi se, all'inverso, non

⁴⁶ SCARANO, *Le procedure di consultazione sindacale sulla cassa integrazione guadagni dopo il Jobs Act*, in BALLETTI E., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 156.

⁴⁷ LAMBERTUCCI, *I criteri di scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione dopo il d. lgs. n. 148 del 2015: prime riflessioni*, in RIDL, 2017, I, p. 571.

⁴⁸ SCARANO, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁹ *Idem*, p. 156.

siano stati incrementati, quantitativamente e qualitativamente, gli strumenti conoscitivi posti a disposizione del primo.

Considerando il versante critico opposto, si ritiene che non vada sopravvalutata l'eliminazione dell'informativa sui criteri di scelta in termini sottrattivi di una iniziativa datoriale che tale era soltanto formalmente, in quanto, anche prima della riforma, il datore di lavoro era poi obbligato a trattare, se richiesto dal sindacato, sui profili che aveva previamente individuato e comunicato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5, l. 164/1975; 1, co. 7, l. 223/1991 e 2, co. 5, d.p.r. 218/2000⁵⁰. Né si potrebbe accedere all'ulteriore sviluppo di tale impostazione in base alla quale le modalità di esercizio del potere sospensivo del datore di lavoro non potranno che essere concordate con il sindacato, laddove precedentemente "...al primo, in assenza di accordo collettivo, veniva sostanzialmente rimessa l'individuazione dei criteri di scelta"⁵¹ perché anche nel nuovo assetto il consenso del sindacato non è requisito di legittimità della scelta datoriale.

L'impostazione dell'art. 24 del d.lgs. 148/15 è sostanzialmente analoga a quella degli artt. 5, l. 164/75 e 1, co. 7, l. 223/91 dal punto di vista sostanziale se si ritiene che anche prima dell'intervento del 2015 è sempre stato rimesso alla trattativa il compito di complicare il processo decisionale dell'imprenditore affinché, nell'esercizio del suo potere, tenga conto degli interessi antagonistici sui quali va a intervenire. La vera novità consiste nella emersione della vera essenza della procedimentalizzazione del potere unilaterale del datore di lavoro, che non è né mera informativa né necessariamente accordo, ma partecipazione e trattativa in funzione di controllo e condizionamento.

Naturalmente la comunicazione di apertura non scompare e conserva il ruolo che le è proprio, di attivazione della procedura attraverso l'informazione ai sindacati circa la volontà dell'imprenditore di ricorrere all'intervento e circa le cause ed entità dello stesso. Per quanto riguarda la gestione dei rapporti di lavoro, tutto viene rimesso alla trattativa che può sfociare o meno in un accordo.

Costituisce conferma della rivalutazione legale della trattativa, nell'ambito dell'intera procedura, l'ulteriore estensione dell'area dell'esame con-

⁵⁰ Invece, secondo LAMBERTUCCI, *I criteri di scelta...*, cit., p. 570, solo a seguito del nuovo precetto normativo "...i criteri di scelta non potranno essere più predefiniti dal datore di lavoro e solo comunicati alle organizzazioni sindacali, in quanto devono ora costituire oggetto della trattativa sindacale...".

⁵¹ *Idem*, p. 570.

giunto ad altri contenuti oltre quelli precedentemente rientranti nella comunicazione iniziale. Vanno esaminate con il sindacato, infatti, anche “le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione” e le “ragioni che rendono non praticabili forme alternative di riduzione di orario”, ferma restando la necessità di una esplicita dichiarazione di non percorribilità del contratto di solidarietà⁵².

Il primo profilo era già oggetto di esame congiunto, ma di competenza del Ministero del lavoro quanto al vaglio di giustificatezza dei motivi ostativi alla rotazione: questo controllo è scomparso con attribuzione all’“esclusiva sovranità delle parti sociali” della gestione della rotazione⁵³.

Il secondo, pur rappresentando momento qualificante della riforma, la quale privilegia il contratto di solidarietà rispetto alle altre causali e considera la sospensione con intervento di integrazione salariale, residuale rispetto a tutte le altre possibilità di ridurre l’orario di lavoro,⁵⁴ viene affidato dal legislatore, non già alla contrattazione collettiva, ma alla semplice trattativa delle parti essendo richiesto non l’accordo ma una mera dichiarazione di non percorribilità del contratto di solidarietà⁵⁵.

Non potrà non prendersi atto che l’esame congiunto è diventato il vero passaggio obbligato, non solo per ottenere l’intervento, ma anche per poter derogare a regole che il legislatore pone in via generale salvo la diversa decisione datoriale di non applicabilità, che dovesse emergere all’esito della consultazione.

Se a ciò si aggiunge che il legislatore non ha abolito la comunicazione iniziale né precluso la possibilità di un accordo conclusivo, richiamato invece esplicitamente dall’art. 25 d.lgs. 148/2015, si converrà sul fatto che la proce-

⁵² Art. 24, co. 4, d.lgs. 148/15.

⁵³ Come opportunamente evidenziato da LAMBERTUCCI, *I criteri di scelta...*, cit., p. 570.

⁵⁴ In attuazione del criterio della “necessità di regolare l’accesso alla cassa integrazione guadagni solo a seguito di esaurimento delle possibilità contrattuali di riduzione dell’orario di lavoro” contenuto nell’art. 1, c. 2, n. 3, della legge delega n. 183/2014. Sul punto: NICOLINI, *op. cit.*, p. 399; SCARANO, *op. cit.*, p. 153; sul principio, già contenuto nel disegno di legge delega, si rinvia alle osservazioni di BALLETTI E., *La riforma degli ammortizzatori sociali alla luce del disegno di legge delega 3 aprile 2014, n. 1428 Senato*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto II*, Adapt Labour Studies, 2014, pp. 17-18.

⁵⁵ Sulla natura non ostativa di eventuali dichiarazioni dissenzienti dei sindacati in ordine alla non praticabilità di modalità di gestione della crisi diverse dai contratti di solidarietà o da altri strumenti contrattuali di riduzione dell’orario: SCARANO, *op. cit.*, p. 154; BALLETTI E., *La riforma degli ammortizzatori...*, cit., pp. 17-18; propenso a rinvenire nella norma l’esistenza di un vero e proprio diritto di veto in capo al sindacato, NICOLINI, *op. cit.*, p. 400.

dura per l'intervento dell'integrazione salariale si è ormai concentrata intorno al suo fulcro liberandosi, al contempo, degli intralci "formalistico – burocratici" che, ad avviso di chi scrive, l'avevano snaturata riducendola a un percorso a ostacoli lungo il quale l'inciampo era sempre possibile e, nei fatti, più che frequente con le note conseguente sul piano dei rapporti di lavoro: risarcibilità del danno subito dal lavoratore illegittimamente sospeso, se non, sebbene in ipotesi residuali, riammissione in servizio.

9. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, e riallacciando il discorso alle considerazioni precedenti sulla non condivisibilità di una concezione formalistica e parcellizzata della procedura, forse agevolata dalla formulazione del precedente dettato normativo, si rileva, innanzitutto, che non vi sono più margini per una sopravvalutazione della comunicazione iniziale dal punto di vista sostanzialistico. Il ruolo di questo adempimento è semplicemente di impulso e di definizione del quadro generale entro cui si collocheranno le informazioni oggetto di esame congiunto⁵⁶.

In secondo luogo, acquisterà centralità il controllo sulla regolarità della trattativa, che dovrà essere condotta secondo i dettami della buona fede e della trasparenza, per la verifica delle quali sarà necessario documentare, mediante verbalizzazione scritta, quanto le parti hanno effettivamente esaminato e le risultanze del confronto, anche per consentire il controllo sulla completezza delle notizie fornite dal datore di lavoro⁵⁷. Il che significa responsabilizzare il sindacato valorizzando il ruolo che la tecnica della procedimentalizzazione del potere datoriale gli impone e che ora è sancito dalla legge nei suoi esatti termini.

Inoltre, la sottoscrizione del verbale da entrambe le parti, potrebbe rendere residuale il problema dell'efficacia sanante dell'eventuale accordo conclusivo della procedura. Se, infatti, l'indicazione dei criteri di scelta e delle modalità della rotazione – o delle ragioni ostative della stessa – si colloca nella fase consultiva, qualora l'esame si svolga regolarmente non vi sarà carente comunicazione da integrare e/o sanare attraverso la partecipazione al-

⁵⁶ In questo senso: LAMBERTUCCI, *I criteri di scelta...*, cit., p. 582.

⁵⁷ V. NICOLINI, *op. cit.*, p. 398.

l'accordo del sindacato in quanto quest'ultimo sarà stato già presente nel momento in cui il datore di lavoro esterna i suoi propositi, anche relativamente a eventuali criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, e avrà esposto il suo parere.

Una precisa indicazione dei criteri nel contratto conclusivo della procedura, ove esistente, sarà indispensabile soltanto nei casi di omessa verbalizzazione dell'esame congiunto o di confluenza di questo nell'accordo finale.

Naturalmente la tutela dell'interesse collettivo e individuale al corretto esercizio del potere di sospensione del rapporto di lavoro sarà, come prima, affidata, in ultima istanza, alla verifica giudiziale del corretto svolgimento della procedura predisposta dal legislatore, ma con una importante conferma: la genuinità delle informazioni e l'effettività del controllo sulle stesse, viene certificata dal sindacato⁵⁸. I residui margini di verifica di illegittimità delle sospensioni riguarderanno soltanto la mancanza di congruità causale e/o la violazione dei principi di non discriminazione e correttezza nella scelta dei singoli lavoratori.

La disciplina in materia di procedura per la concessione della cig sopra descritta, con il suo corredo di adempimenti necessari e sufficienti affinché possa ritenersi correttamente espletata la consultazione sindacale, non altera il sistema di tutele posto a vantaggio del lavoratore che sia illegittimamente sospeso. L'impugnazione del provvedimento di sospensione adottato all'esito di una procedura viziata per mancato esame congiunto sui profili indicati dagli artt. 14, co. 1 e 2, (cigo), ma soprattutto 24, co. 3, (cigs), consente, all'esito di un giudizio di accoglimento della domanda, non il ripristino della situazione antecedente all'illegittima sospensione, ma soltanto il risarcimento quantificato in termini di differenza tra la retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se non sospeso e il trattamento d'integrazione salariale percepito.

Il rimedio è ormai perfettamente allineato a quello previsto, per analoghe violazioni procedurali, nell'istituto del licenziamento collettivo: le violazioni della procedura sono sanzionate con un'indennità quantificata nel minimo e nel massimo dal legislatore (art. 5, l. 223/91, art. 18, l. 300/70 e art. 10 d.lgs. 23/15). È venuta meno, infatti, la possibilità della tutela reintegratoria

⁵⁸ Naturalmente, la palese incompletezza della consultazione "potrà ridondare sul piano sanzionatorio" consentendo sia al sindacato che l'abbia subita, sia al singolo di agire per farne scaturire le conseguenze caducatorie previste dalla legge, come efficacemente rilevato da LAMBERTUCCI, *I criteri di scelta...*, cit., p. 583.

per i licenziamenti collettivi viziati da irregolarità procedurali (con l'introduzione della l. 92/2012 che ha modificato l'art. 5, l. 223/91), se si esclude la violazione dei criteri di scelta per i lavoratori cui si applica ancora l'art. 18 l. 300/70, che sono quelli assunti prima del 7 marzo 2015⁵⁹.

⁵⁹ È stato di recente sottolineato come, nonostante in materia di cig non vi sia una norma speciale che colleghi alla violazione di legge un effetto diverso dalla nullità dell'atto ex art. 1418 c.c., così come è avvenuto in materia di licenziamento collettivo laddove il legislatore ha sostituito la tutela reintegratoria con quella indennitaria per le violazioni procedurali, si contano le ipotesi in cui la i giudici concedono al lavoratore sospeso il rientro in azienda: NICOLINI, *op. cit.*, pp. 159-160.

Abstract

Il saggio ripropone una sintetica ricostruzione delle principali tesi riguardanti la funzione della procedura sindacale quale tecnica di controllo dei poteri datoriali esercitabili, nei confronti dei dipendenti, in occasione di crisi o riorganizzazioni aziendali. Il punto di vista espresso è che la legge abbia inteso attribuire al momento del confronto e della trattativa un ruolo centrale e certificativo dell'avvenuta azione di preventiva tutela, delegata al sindacato, dei diritti dei singoli lavoratori coinvolti. L'istituto considerato è quello della cassa integrazione guadagni in relazione al quale la giurisprudenza maggioritaria ha interpretato la procedura come la somma di singoli adempimenti ognuno dei quali risulta indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo finale. La conferma della sufficienza di un serio e trasparente esame congiunto, anche in presenza di un non corretto adempimento dell'obbligo prodromico di comunicazione, si rinviene, invece, nella nuova disciplina dell'integrazione salariale che ha trasferito nella fase dell'esame congiunto l'obbligo di fornire al sindacato le informazioni rilevanti per esercitare un reale condizionamento sulle scelte future del datore di lavoro lasciando nell'ombra la, pur dovuta, comunicazione iniziale.

The essay presents a concise reconstruction of the main theses concerning the function of the trade union procedure as a technique of control of employable powers, with regard to employees, in times of crisis or corporate reorganization. The point of view expressed is that the law intended to attribute at the time of confrontation and negotiation a central and certifying role of the preventive protection action, delegated to the union, of the rights of the individual workers involved. The institution considered is that of salary integration in relation to which the majority jurisprudence has interpreted the procedure as the sum of individual obligations each of which is essential for the achievement of the final objective. The confirmation of the sufficiency of a serious and transparent joint examination, even in the presence of an incorrect fulfillment of the prodromal obligation of communication, is instead found in the new discipline of salary integration that has transferred to the joint examination phase the obligation to provide the union with the relevant information to exert a real influence on the future choices of the employer, leaving in the shadow the, although due, initial communication.

Key words

Procedura sindacale, cassa integrazione guadagni, esame congiunto, comunicazione, criteri di scelta.

Trade union procedure, salary integration, joint examination, communication, selection criteria.

Fabio Ravelli

Condizionalità e “merito” nel sistema di sicurezza sociale italiano*

Sommario: **1.** La condizionalità come problema di giustizia distributiva. **2.** Il “merito” come criterio allocativo: problemi definitori. **3.** *Segue:* “merit” o “desert”? **4.** Il fondamento teorico della condizionalità: sul piano etico-politico. **5.** *Segue:* sul piano giuridico. **6.** La condizionalità nel *Jobs Act*: alcuni nodi critici.

I. *La condizionalità come problema di giustizia distributiva*

Il tema della condizionalità della prestazione occupa un posto sempre più importante nella riflessione sulla genesi e sul mantenimento del diritto alla prestazione di sicurezza sociale, come mostrano gli interventi normativi dell'ultimo quinquennio. La questione è destinata a divenire tanto più rilevante quanto più troveranno spazio, nel nostro ordinamento, istituti non contributivi quali, ad esempio, il *reddito minimo*: si pensi al dibattito avente ad oggetto l'alternativa tra configurazione universale o selettiva del reddito minimo¹.

* Il presente saggio costituisce la rielaborazione dell'omonimo intervento svolto dall'A. in occasione del convegno internazionale “*Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*”, Brescia, 12-13 ottobre 2017.

¹ Mentre infatti la prestazione previdenziale, finanziata soprattutto mediante il prelievo contributivo posto a carico delle categorie interessate, risponde ad una logica essenzialmente retributiva (sebbene con qualche temperamento), quella assistenziale attinge alle risorse reperite mediante meccanismi di solidarietà generale e richiede, dunque, una giustificazione che vada al di là del principio di corrispettività contributi-prestazioni (in questo caso assente). Per un'introduzione al tema del reddito minimo cfr. VAN PARIJS, VANDERBORGHT, *Il reddito minimo universale*, Università Bocconi Editore, 2006; BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, Edizioni Gruppo Abele, 2011; STANDING, *Basic Income: And How We Can Make It Happen*. Penguin Books, 2017; TOSO, *Reddito di cittadinanza. O reddito minimo?*, il Mulino, 2016.

Di condizionalità di una prestazione di *welfare* si può parlare in due diverse accezioni:

(1) in un primo significato, di tipo oggettivo, può definirsi “condizionale” la prestazione sociale la cui erogazione sia subordinata al previo accertamento dello stato di bisogno da realizzarsi mediante il c.d. *means-test* (o prova dei mezzi)²;

(2) un secondo e più pregnante significato attribuibile al termine “condizionalità” chiama in causa, questa volta sul piano soggettivo, la condotta del beneficiario, ossia la configurabilità in capo ad esso di un onere di attivazione. È a questa particolare idea di condizionalità che ci si riferirà d’ora in avanti.

² Da questo punto di vista, il *means test* può essere definito come un criterio allocativo basato sull’accertamento della carenza di risorse da parte del soggetto che chiede il sostegno pubblico. Sul piano di indagine delle politiche redistributive, al *means-test* sono solitamente associati una serie di vantaggi (cfr. VAN OORSCHOT, *Targeting welfare: on the functions and dysfunctions of means-testing in social policy*, in TOWNSEND, GORDEN (eds.), *World poverty: new policies to defeat an old enemy*, Policy Press, 2002, p. 171 ss.; TOSO, *Selettività o universalismo? Il dilemma delle politiche assistenziali*, in *P Econ*, 1998, n. 1, p. 76 ss.). L’erogazione del sussidio ai soli soggetti bisognosi, infatti, sarebbe: (1) più efficiente in termini di *target efficiency* e, dunque, economicamente vantaggiosa, in quanto ridurrebbe l’ammontare del flusso finanziario in uscita dalle casse degli enti previdenziali; (2) più equa, poiché, innalzando il reddito di coloro che sono più svantaggiati, contribuirebbe a ridurre il divario tra ricchi e poveri favorendo una redistribuzione più equilibrata dei beni prodotti dalla società; (3) politicamente più accettabile, per il fatto che il sostegno a soggetti non qualificabili come “bisognosi” potrebbe essere visto dall’opinione pubblica come un ingiustificabile spreco (perché un ricco dovrebbe essere annoverato tra i percettori di un reddito minimo?); (4) più conforme all’etica della responsabilità radicata nella cultura anglosassone, ma diffusasi rapidamente anche nell’Europa continentale, secondo la quale ciascuno dovrebbe, in linea di principio, provvedere a se stesso, restando l’intervento pubblico confinato solo a casi di effettivo bisogno. Si deve tuttavia osservare che in dottrina il consenso attorno all’utilizzo del criterio allocativo del *means-test* non è unanime, potendo esso generare effetti negativi: (1) la verifica dei mezzi richiede un ingente impiego di risorse, sia in termini di personale che di strutture (VAN PARIJS, VANDERBORGHT, *op. cit.*); (2) essa, inoltre, potrebbe in alcuni casi produrre distorsioni motivazionali, con conseguente rischio di intrappolamento nella disoccupazione e, quindi, nella povertà; (3) vi è poi il rischio che i beneficiari della misura di sostegno debbano far fronte a fenomeni di stigmatizzazione forieri di ulteriore esclusione sociale e perdita di *chance*; (4) infine, le misure *means-tested* hanno in molti casi evidenziato margini di imprecisione sul piano del *targeting*, non riuscendo a intercettare tutte le situazioni di bisogno. Per una critica al criterio della prova dei mezzi si vedano, con varie sfumature: VAN OORSCHOT, *op. cit.*, p. 176; ATKINSON, *A Case for a Participation Income*, in *PQ*, 1996, Vol. 67, n. 1, p. 69; DEL BÒ, *Un reddito per tutti. Un’introduzione al Basic Income*, Edizioni Ibis, 2004, p. 24; GORZ, *Beyond the Wage-based Society*, in WIDERQUIST, NOGUERA, VANDERBORGHT, DE WISPELAERE (eds.), *Basic Income: An Anthology of Contemporary Research*, Blackwell Publishing, 2013, p. 298).

Tesi centrale del presente contributo è che il principio di condizionalità – essenziale momento di “raccordo tra le politiche attive e le politiche passive del lavoro”³ – trovi un solido fondamento nel nostro ordinamento giuridico e che il problema, semmai, sia di calibrarne l’utilizzo a seconda degli istituti ai quali venga applicato (in ragione della loro specifica funzione nell’ambito del sistema di sicurezza sociale) nel rispetto dei valori e principi fondamentali della Costituzione.

In particolare, il tema della condizionalità impone di ricercare un soddisfacente equilibrio tra il principio di solidarietà (nella sua dimensione verticale)⁴ e il principio di giustizia. Sul corretto equilibrio tra solidarietà e giustizia si gioca una buona parte della efficacia e della credibilità di un sistema di sicurezza sociale, poiché i due principi – quasi due facce della stessa medaglia – si sostengono a vicenda⁵. È dunque cruciale stabilire quale concezione della giustizia distributiva, tra le tante possibili, debba essere presa in considerazione, il che porta inevitabilmente ad interrogarsi su quali debbano essere i criteri per un’equa allocazione delle risorse da distribuire.

Assumendo questa prospettiva di indagine, si può ritenere che un sistema di sicurezza sociale possa essere pensato – per dirla con Michael Walzer – come una particolare “sfera distributiva”⁶, organizzata sulla base di determinati criteri allocativi, a loro volta espressione di un insieme di valori e principi portanti che fanno da sostrato etico-politico alla sfera presa in considerazione.

Il legislatore costituzionale, nel delineare i connotati fondamentali del sistema di sicurezza sociale, ha tracciato i confini di una particolare sfera di-

³ CORAZZA, *Il principio di condizionalità al tempo della crisi*, in *DLRI*, 2013, n. 3, p. 489 ss.

⁴ Sulla distinzione tra solidarietà “orizzontale” e “verticale” si veda GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *DeS*, 1996, n. 1, p. 10, il quale distingue tra un piano orizzontale, quello della “solidarietà doverosa o fraterna”, fonte dei doveri del singolo nei confronti degli altri individui e della collettività nel suo insieme, e un piano verticale, quello della “solidarietà pubblica o paterna”, che fonda l’intervento dello stato a beneficio dei cittadini che si trovino in una condizione di bisogno.

⁵ NAPOLI, *Povertà vecchie e nuove e diritto del lavoro*, in *Jus*, 2006, p. 61 ss.

⁶ Il concetto di “sfera distributiva” è stato coniato da Michael Walzer per contestare uno dei più diffusi approcci filosofici al tema della giustizia distributiva, ossia l’idea che vi sia un unico sistema accettabile e che il vero problema, semmai, risieda nell’individuare i criteri funzionali a determinare quale esso sia. Al contrario, occorrerebbe prendere atto del fatto che la società umana è una “comunità distributiva” nella quale si scambiano beni di diversa natura, con la conseguenza che “a questa molteplicità di beni corrisponde una molteplicità di procedure, agenti e criteri distributivi” (cfr. WALZER, *Sfere di giustizia*, Laterza, 2008, 17).

tributiva organizzata secondo un principio di giustizia che tiene conto dell'interazione tra due criteri allocativi: il bisogno e il merito.

Bisogno e merito concorrono entrambi al governo dei processi che presiedono alla distribuzione delle risorse, con il primo che costituisce un *prius* logico rispetto al secondo: dapprima si procede all'accertamento del bisogno, presupposto per l'attribuzione del diritto in capo al titolare, e solo in seguito, sulla base della condotta del beneficiario della prestazione, si verifica la sussistenza delle condizioni per il mantenimento del diritto precedentemente sorto, e in che misura. Il merito svolge dunque una duplice funzione, concorrendo a determinare (1) le modalità di definizione della prestazione in ordine al *quantum* o, anche, (2) le condizioni da soddisfare per il suo mantenimento nel corso del tempo: è a questo secondo profilo, in particolare, che fanno riferimento le norme in materia di condizionalità disseminate nella recente legislazione di sicurezza sociale⁷.

2. Il "merito" come criterio allocativo: problemi definitivi

Laddove una certa condotta, ritenuta meritevole, sia posta come condizione per mantenere il diritto alla prestazione occorre riflettere sul concetto di merito che viene utilizzato ai fini della valutazione. Data la natura sfuggente del concetto di merito, questa operazione comporta alcune significative difficoltà. Il problema non può infatti essere risolto interrogandosi semplicemente su cosa sia, in sé, il merito: si tratta di una categoria concettuale che, esprimendo una modalità di relazione dell'individuo con gli altri consociati e con le istituzioni, necessita di una appropriata contestualizzazione.

A tale riguardo, Amartya Sen osserva che "la meritocrazia, e più in generale la pratica di premiare il merito, è essenzialmente sottodefinita" sicché "non possiamo essere certi dei suoi contenuti – e dunque delle affermazioni in merito alla sua 'giustizia' – fino a che non sia fatta qualche ulteriore specificazione (concernente, in particolare, gli obiettivi da perseguire in relazione

⁷ Peraltro, nell'eleggere i criteri distributivi del bisogno e del merito a cardini del sistema di sicurezza sociale, l'ordinamento ha escluso altri possibili meccanismi concorrenti di distribuzione delle risorse quali, ad esempio, il mercato, al quale l'individuo può liberamente rivolgersi per ottenere prestazioni ulteriori, ma che non può essere considerato uno dei criteri allocativi fondamentali del sistema di *welfare* italiano così come disegnato dalla Costituzione.

ai quali il merito deve essere, in ultima analisi, valutato)⁸. In particolare, l'utilizzo della categoria del merito implica sempre la formulazione di un giudizio di valore, per l'elaborazione del quale ci si deve riferire a valori esterni al merito, i quali contribuiscono in modo decisivo a definirne la nozione; una nozione, però, che non può essere data una volta per tutte, ma che dipende dal “quadro stipulativo” nel quale il discorso sul merito si inserisce⁹.

Si prenda in esame la struttura elementare assunta qualsiasi proposizione che abbia ad oggetto il merito: “P merita X in virtù di M”, dove P è una persona, X è un riconoscimento (o una ricompensa) e M è il titolo di merito posseduto da P; inoltre, poiché non ci si ricompensa da soli, deve esserci un ente esterno, “una ‘fonte’ che giudica il merito secondo i propri valori/criteri e gli attribuisce il riconoscimento/ricompensa”, vale a dire una “istituzione che remunera secondo una regola o un insieme di criteri pubblici”¹⁰.

Entrambi gli elementi strutturali del giudizio di merito – ossia la “base (o titolo) di merito” e la “fonte di ricompensa” – si caratterizzano per una ineliminabile componente valutativa, dipendente da una molteplicità di fattori di tipo culturale, storico, economico, che fa del merito una costruzione sociale dai tratti non sempre facili da decifrare.

3. Segue: “merit” o “desert”?

Con riferimento al primo elemento (la base di merito) la domanda fondamentale alla quale occorre dare una risposta è la seguente: in ragione di che cosa un soggetto si merita qualcosa? Proprio in relazione a questo aspetto si evidenzia una delle principali ambiguità del concetto, soprattutto in un contesto linguistico come quello italiano, dove il termine “merito” è polisenso; la distinzione è invece più chiara nell'area anglosassone, dal momento che la lingua inglese conosce due diversi termini, “*merit*” e “*desert*”, ai quali attribuisce sfumature differenti¹¹.

⁸ SEN, *Merit and Justice*, in ARROW ET ALII (eds.), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton University Press, 2000, p. 5.

⁹ MCCRUDDEN, *Merit Principles*, in *OJLS*, Vol. 18, No. 4, 1998, p. 577; BRIGATI, *Sul concetto di merito*, in *RP*, 2012, n. 1, p. 187.

¹⁰ BRIGATI, *op. cit.*, p. 187.

¹¹ POJMAN, *Merit: Why Do We Value It?*, in *JSP*, Vol. 30, No. 1, 1999, p. 83 ss.

Un primo modo di intendere il merito (“*merit*”) è quello che attiene a certe caratteristiche o qualità personali in forza delle quali il soggetto che le possiede riceve una ricompensa o un riconoscimento. Nella formula generale “P merita X in virtù di M”, “M” rappresenta tali caratteristiche: ad esempio, bellezza, intelligenza, salute, ricchezza, nobiltà di nascita, etc. (si pensi all’*agathòs* della società omerica). Pertanto, tutto ciò che deriva dall’esercizio di tali qualità è meritato, come potrebbe capitare in uno stato di “libertà naturale” in cui la distribuzione delle risorse, risultato dell’interazione sociale tra gli individui, sia funzione delle dotazioni iniziali da questi ricevute (ricchezza, salute, etc.) e del loro talento nel metterle a frutto.

Questo modo di concepire la “base di merito” solleva una obiezione fondamentale: in questo caso, il titolo di merito si fonderebbe su qualità ricevute grazie alla buona sorte e non acquisite per effetto di azioni o scelte eticamente rilevanti; in altre parole, su qualità “non meritate”. La critica più penetrante a questa particolare concezione del merito è stata formulata da John Rawls, secondo il quale “l’ingiustizia più evidente del sistema della libertà naturale sta intuitivamente nel fatto che esso permette che le quote distributive siano eccessivamente influenzate da tali fattori così arbitrari da un punto di vista morale”¹².

La posizione di Rawls, sotto questo profilo, è inconfindabile: il merito non può certo essere legato al talento individuale o ad altre caratteristiche che la lotteria della vita variamente distribuisce senza che gli individui abbiano possibilità di porvi rimedio se non in misura assai limitata. Una distribuzione di risorse effettuata sulla base di questo concetto di merito, che trova la sua massima espressione nelle leggi del libero mercato, sarebbe iniqua¹³. La povertà, soprattutto quando è provocata dall’imperfetto funzionamento di un mercato mal regolato (la c.d. *market failure*), non può essere considerata una colpa da stigmatizzare; al contrario, essa deve essere considerata come una situazione di svantaggio alla quale porre rimedio. È quindi evidente che non può essere il merito inteso come “*merit*” a fungere da criterio allocativo del sistema di sicurezza sociale.

Vi è tuttavia un secondo modo di intendere il merito, certamente più consono alla funzione di criterio distributivo che esso è chiamato a svolgere

¹² RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 2008.

¹³ Sul punto, cfr. POZZOLO, *La libertà dalla povertà come diritto fondamentale*, in MSCG, 2004, n. 2, p. 480. Una critica simile è sviluppata anche da MCLEOD, *Distributive Justice and Desert*, in JSP, Vol. 36, No. 4, 2005, pp. 427-428.

nell'ambito del regime di sicurezza sociale. Secondo una ricostruzione alternativa, quella riconducibile al concetto di “*desert*”, il titolo di merito non risiederebbe nelle qualità personali del soggetto, bensì in ciò che il soggetto fa o è intenzionato a fare: l'accento è posto su azione, intenzione e sforzo, con una conseguente valorizzazione del nesso tra merito e responsabilità individuale¹⁴.

Rispetto all'impostazione precedentemente esaminata, l'idea di merito come “*desert*” ha il pregio di non enfatizzare elementi arbitrari che sfuggono al controllo del soggetto, quali sono le dotazioni di partenza (naturali o materiali) che la lotteria della vita gli mette a disposizione; al contrario, l'attenzione è posta sull'uso che il soggetto fa, o intende fare, delle dotazioni di cui dispone, poche o tante che siano. In sostanza, se “non si meritano le proprie dotazioni naturali, [...] si può nondimeno meritare ciò che il loro esercizio comporta”¹⁵. Evidentemente, inquadrare il merito in questa diversa prospettiva non significa rinunciare all'idea che i pubblici poteri intervengano per parificare, per quanto ragionevolmente possibile, i punti di partenza, mediante una redistribuzione delle risorse che, ricalibrando le dotazioni iniziali, offra a tutti le stesse opportunità. I compiti redistributivi dello stato non sono in discussione. Il punto cruciale è che una concezione del merito che faccia leva sulle azioni, o quanto meno sullo sforzo consapevole, permette di fondare la meritevolezza dell'individuo che accede alle prestazioni sociali su una base valutativa meno arbitraria e, dunque, maggiormente giustificata sul piano etico-politico.

4. *Il fondamento teorico della condizionalità: sul piano etico-politico*

Quanto sinora detto, però, lascia impregiudicata l'importante questione della definizione dei parametri con cui giudicare la meritevolezza dell'azione o dell'intenzione. Qualsiasi teoria del merito deve fare i conti, infatti, con la determinazione dello *standard* di condotta da utilizzare come unità di misura del merito¹⁶.

¹⁴ Nella formula generale “P merita X in virtù di M”, “M” rappresenta quindi l'intenzione o lo sforzo consapevole (POJMAN, *op. cit.*, p. 87), secondo uno schema ancorato alla “relazione tra un'azione e certi esiti che ne conseguono” (BRIGATI, *op. cit.*, 197).

¹⁵ DEL BÒ, *Merito, titolo e giustizia distributiva*, Working Paper LPE, 2010, n. 4, p. 16.

¹⁶ ARNESON, *Egalitarianism and the Undeserving Poor*, in *JPP*, Vol. 5, No. 4, 1997, p. 327 ss.

Entra qui in gioco l'ultimo elemento costitutivo della relazione di merito, la c.d. "fonte di ricompensa", ossia l'ente che, sulla base di valori, principi e regole propri giudica il merito e attribuisce il conseguente riconoscimento: può trattarsi della società complessivamente intesa o, all'opposto, di un singolo o, più tipicamente, di una istituzione che trova il proprio fondamento in un ordinamento giuridico.

La redistribuzione di risorse che avviene all'interno di una comunità politica organizzata in forma di stato deve avvenire secondo criteri di giustizia coerenti con i valori e i principi in cui detta comunità si riconosce e di cui la Costituzione è espressione: questa è la "fonte di ricompensa" che definisce gli *standard* di condotta necessari alla adozione del merito come criterio distributivo del sistema di sicurezza sociale e della condizionalità come sua proiezione sul piano operativo.

Gli argomenti a sostegno del fondamento meritocratico della condizionalità possono essere di natura sia etico-politica che giuridica.

Sul piano etico-politico, coloro che sono inclini a ritenere fondata l'imposizione di doveri di attivazione ancorano le proprie riflessioni a due parole d'ordine: "reciprocità" e "responsabilità"¹⁷.

La premessa teorica da cui partire è che ogni società, essendo il frutto dell'interazione tra gli individui che la compongono, dà vita ad uno "schema di cooperazione" tra di essi, regolato dalle norme che compongono l'ordinamento giuridico.

Una delle regole basilari per il buon funzionamento di una organizzazione sociale fondata sulla cooperazione tra i suoi membri è quella incarnata dal principio di reciprocità, in base al quale può essere richiesto ai componenti di un gruppo, in quanto dall'appartenenza ad esso traggano vantaggio, di ricambiare in qualche modo il beneficio ricevuto mediante lo svolgimento di un'attività cui il gruppo assegna un valore positivo, a meno che non siano a ciò impossibilitati a causa di una particolare condizione soggettiva; il che, come si vedrà, non significa necessariamente costringere i cittadini a lavorare, bensì riconoscere che, in linea di principio, i beneficiari di un trattamento assistenziale non possano goderne esclusivamente a spese degli altri membri del gruppo di cui sono parte¹⁸. L'interrelazione tra i componenti di una so-

¹⁷ BECKER, *The Obligation to Work*, in *Ethics*, Vol. 91, No. 1, 1980, p. 35 ss.; GUTMANN, THOMPSON, *Gli obblighi del welfare*, in *FQP*, 2000, n. 2, p. 23 ss.

¹⁸ Nella formulazione *standard* del principio di reciprocità il contributo offerto dall'indi-

cietà fa sì che, in una forma o nell'altra, ogni suo membro beneficia dei frutti del lavoro degli altri; al tempo stesso, con la sua sola esistenza ciascuno di noi riduce l'ammontare di risorse potenzialmente a disposizione degli altri.

Pertanto, lo schema di cooperazione funziona se ognuno è disposto a portare la sua parte del carico; diversamente, in assenza della disponibilità a dare il proprio contributo alla società, il singolo finisce per divenire un peso per gli altri consociati. Il singolo, e qui entra in gioco la seconda parola d'ordine, è chiamato ad un'assunzione di responsabilità nei confronti della società di cui è parte, che si traduce nell'adempimento di alcuni doveri di cooperazione nei confronti di coloro ai quali chiede aiuto nel momento del bisogno.

5. Segue: *sul piano giuridico*

Le argomentazioni di natura etico-politica sviluppate nel paragrafo precedente trovano una corrispondenza sul piano giuridico, dal momento che i concetti di “reciprocità” e “responsabilità individuale” appena evocati possono essere considerati quali elementi connaturati al principio di solidarietà evocato ogni qual volta si reclaims l'intervento dei pubblici poteri per il tramite degli strumenti di *welfare*.

Il richiamo alla reciprocità e alla responsabilità individuale assume poi un particolare significato nell'ordinamento giuridico italiano, nel quale il lavoro (o, quanto meno, come si vedrà, la “disponibilità” al lavoro) non è solo “adempimento di un dovere di solidarietà”, ma diviene anche “titolo per rivendicare solidarietà da parte della Repubblica”¹⁹. Entrano in gioco, in una dinamica di reciproca interazione, entrambe le dimensioni della solidarietà, quella verticale e quella orizzontale: il soggetto bisognoso che rivendica il diritto alla protezione sociale da parte dello stato (solidarietà verticale) è te-

viduo dovrebbe essere proporzionato al beneficio ricevuto. Tuttavia, non sempre questo è possibile, al punto che si possono immaginare declinazioni asimmetriche del principio di reciprocità: anzi, nel caso del *welfare* spesso la relazione tra l'individuo e i pubblici poteri è di tipo asimmetrico, nel senso che il beneficiario della prestazione, proprio perché qualificato da una situazione di bisogno, per definizione non è in grado di contraccambiare in modo proporzionale a quanto ricevuto. Tuttavia, affinché sia rispettata la condizione di reciprocità richiesta dall'appartenenza al gruppo, può ritenersi sufficiente che l'individuo, in qualche misura, si attivi.

¹⁹ GAROFALO, *Solidarietà e lavoro*, in NAPOLI (a cura di), *La solidarietà*, Vita&Pensiero, 2009, p. 8.

nuto, per parte sua, a far sì che “il vincolo solidaristico trovi la sua concretizzazione nell’adempimento dei doveri inderogabili, che sono, innanzi tutto, quelli espressamente previsti per i consociati dalla Costituzione, in particolare all’art. 4 (dovere al lavoro)”²⁰.

L’utilizzo di un’idea di “merito” sviluppata lungo queste coordinate concettuali presenta un duplice vantaggio: in primo luogo, come si è accennato, sottrae la condotta dell’individuo all’influsso di fattori da esso non controllabili; in secondo luogo, consente di ancorare il significato di merito a un dato normativo preciso, costituito dall’art. 4 Cost. e, in particolare, dal suo secondo comma, ove è posto in capo a ciascun cittadino “il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società”.

La valorizzazione del contenuto normativo dell’art. 4, comma 2, Cost., che in questa sede ci si propone, presenta tuttavia alcune difficoltà.

In primo luogo, e su un piano generale, si è assistito ad un processo di “svalutazione progressiva dei doveri costituzionali, fino a rasentarne l’oblio”²¹, sia per ragioni legate allo sviluppo del costituzionalismo moderno, tradizionalmente ancorato più alla rivendicazione di diritti che alla assegnazione agli individui di doveri, sia per le particolari vicende storiche consumatesi in Italia, dove la reazione all’esperienza del totalitarismo ha indotto nell’interprete una marcata diffidenza nei confronti della figura giuridica del dovere pubblico.

In secondo luogo, il limitato *appeal* mostrato dal secondo comma è dovuto anche alla formulazione della disposizione, nella quale è contenuta una norma di principio dai contorni non ben definiti e, dunque, difficile da interpretare nella sua reale portata. Da tale indeterminatezza la dottrina ha desunto, in modo pressoché unanime, il corollario della incoercibilità del dovere di cui al comma 2²², al quale la dottrina ha riconosciuto una “rilevanza [...] quasi più sul piano etico che su quello giuridico”²³.

Sulla portata etica di tale dovere non ci sono dubbi. Tuttavia, c’è dell’altro: la circostanza che il dovere in oggetto non sia espresso nella veste formale

²⁰ APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Giuffrè, 2012, p. 25.

²¹ SCAGLIARINI, *Il dovere costituzionale al lavoro*, in MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica: doveri*, Franco Angeli, 2007, p. 101.

²² CARIOLA, *Commento all’art. 4*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, 2006, p. 127.

²³ SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in RGL, 2007, n. 2, p. 428.

di una norma assistita da sanzione non deve far giungere a conclusioni affrettate circa la sua mancanza di giuridicità. Se è vero che in questo caso non è configurabile un obbligo in senso stretto, è tuttavia possibile considerare tale dovere qualcosa di più di un semplice precetto etico, riconoscendo ad esso piena giuridicità, con la conseguenza che il giurista potrà (e talvolta dovrà) avvalersene²⁴.

Innanzitutto, pare doversi escludere la possibilità di ammettere la presenza, all'interno di una carta fondamentale, di proposizioni prive di valore normativo²⁵; peraltro, osserva Mortati, sarebbe intrinsecamente contraddittorio che “lo stato, mentre si proclama fondato sul lavoro, si disinteressi poi dell'effettivo contributo dei cittadini all'attività lavorativa su cui si basa”²⁶. Inoltre, la teoria generale del diritto riconosce la possibilità che si diano norme senza sanzioni, senza che da tale privazione possa risultare pregiudicata la loro giuridicità²⁷. Infine, quella contenuta nel secondo comma dell'art. 4 Cost. presenta i caratteri strutturali non tanto della puntuale prescrizione normativa costruita sulla base del classico schema logico “se è A, deve essere B”, quanto piuttosto della norma di principio, da cui è comunque possibile far discendere conseguenze di ordine giuridico²⁸.

Sulla scorta di queste considerazioni, paiono esserci sufficienti margini per un proficuo utilizzo di questa “parte dimenticata” dell'art. 4 Cost. Un possibile approccio alla questione consiste nell'approfondire la connessione tra art. 1 e art. 4 della Costituzione. Il “diritto al lavoro” è stato, e continua a essere, una delle manifestazioni centrali del lavoro quale “fondamento” della Repubblica. Tuttavia, esso non può esaurire, da solo, la portata giuridica dell'art. 4 Cost., rendendosi necessario prendere in considerazione anche la seconda parte di questa disposizione, mettendone in luce le connessioni con la natura di “fondamento” assunta dal lavoro (art. 1 Cost.), il quale, proprio per questo suo specifico connotato deve fungere da base non solo per i diritti del cittadino, ma anche per alcuni doveri²⁹. Il carattere fondamentale del la-

²⁴ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, Vol. XXVIII, 1954, p. 157; più recentemente, RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *DP*, 2009, n. 1, p. 29.

²⁵ SCAGLIARINI, *op. cit.*, p. 108.

²⁶ MORTATI, *op. cit.*, p. 157.

²⁷ BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 136.

²⁸ RESCIGNO, *op. cit.*

²⁹ MANCINI, *Sub Art. 4*, in AA.VV., *Principi fondamentali. Artt. 1-12 Costituzione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, 1975, p. 258; più recentemente cfr. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica: il lavoro è una “formazione sociale”?*, in *QC*, 2011, n. 4, p. 984 e LUCIANI,

voro per il nostro ordinamento trova espressione anche nel “dovere di svolgere [...] una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”. Anzi, proprio in ciò consisterebbe, secondo quanto sostenuto da certa dottrina l’“assilogia del lavoro” quale fondamento della Repubblica³⁰. Il lavoro è infatti l’“espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale ed è attraverso il lavoro che ciascuno restituisce alla società [...] ciò che da essa ha ricevuto e riceve in termini di diritti e di servizi”³¹.

Quel minimo di cooperazione che, nell’ottica di Rawls, è richiesta ai membri di una società equa, diviene, secondo la prospettiva accolta dal Costituente italiano, il dovere di svolgere un’attività o una funzione socialmente utili al quale fa riferimento l’art. 4 Cost. o, per usare una sineddoche assai diffusa, il c.d. “dovere di lavorare”; restando inteso che il lavoro “orientato al mercato” costituisce l’attività principale che permette di adempiere il dovere in oggetto, ma non l’unica, ben potendo esservi persone che, pur non essendo lavoratori, concorrono al progresso sociale svolgendo un’attività cui l’ordinamento riconosce valore³².

Si conferma dunque la tradizionale qualificazione del lavoro come “sforzo libero”, del tutto coerente con il carattere incoercibile, già evidenziato, del dovere corrispondente: non trattandosi di un obbligo giuridico in senso stretto, l’inadempimento del dovere di cui al comma 2 non è assistito da alcuna sanzione diretta³³.

Ma allora, date queste limitazioni, quale spazio residua per un proficuo utilizzo del secondo comma dell’art. 4 Cost.?

Una risposta a questa domanda è offerta proprio dal principio di condizionalità delle prestazioni, il quale, basandosi sui concetti di reciprocità e responsabilità, sviluppa un’intuizione della dottrina più risalente, la quale, data l’impossibilità (non solo pratica, ma anche giuridica) di prevedere sanzioni “dirette” per l’inadempimento del dovere di cui al comma 2, riteneva

Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro, in *ADL*, 2010, n. 3, p. 637.

³⁰ PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 984.

³¹ LUCIANI, *op. cit.*, p. 637.

³² D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell’ordinamento comunitario*, in *RGL*, 1999, n. 3, p. 15 ss.; più recentemente, TOPO, *Obbligo di lavoro e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere “sociale”*, in BROLO, CESTER, MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro: incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, p. 177 ss.

³³ D’ANTONA, *op. cit.*, p. 17.

che fosse percorribile la strada di una forma di sanzione “indiretta” che facesse leva sull’idea di premialità: “essendo la Repubblica fondata sul lavoro, chi non si rende socialmente utile con la propria attività resta privo di tutti i vantaggi che l’ordinamento vi ricollega, attraverso le norme che, come si è visto, pongono i cittadini che esercitano attività concorrenti al progresso della società in una posizione di vantaggio”³⁴. Decidendo di attivarsi, il soggetto in stato di bisogno avrebbe accesso ad una serie di vantaggi: pertanto, lo svolgimento di un lavoro o di altra attività valutata con favore dall’ordinamento giuridico non costituirebbe un obbligo in senso stretto, dato che non sarebbe in alcun modo coercibile, bensì un “onere” di cui l’interessato dovrebbe farsi carico in vista del conseguimento di un vantaggio volto al miglioramento dello *status quo*.

Accostare il dovere in parola alla pur controversa figura dell’onere, più che a quella dell’obbligo, offre una qualificazione più coerente con il carattere “libero” del lavoro posto a fondamento della Repubblica, nonché maggiormente compatibile con il carattere asseritamente non obbligatorio dell’impegno di cooperazione richiesto dall’art. 4, co. 2. Esclusa l’imperatività della norma contenuta nel comma 2, se ne potrebbe recuperare la rilevanza giuridica riconoscendole la natura tecnico-finale propria dell’onere³⁵, sicché l’adempimento del dovere di attivazione sarebbe condizione per l’accesso a (e il mantenimento di) una prestazione che costituisce l’oggetto di una situazione giuridica di vantaggio posta in capo all’individuo: dal mancato adempimento del dovere, che non lede interessi altrui, “non nasce responsabilità, ma *autoresponsabilità*, intesa come soggezione alle conseguenze del proprio comportamento”³⁶.

L’assolvimento del dovere di svolgere una attività o funzione che concorra a progresso materiale o spirituale della società può dunque offrire un valido parametro di valutazione della meritevolezza dell’individuo che intenda beneficiare di una prestazione di *welfare*, soprattutto se si tratti di misura di tipo non contributivo finanziata grazie al concorso dell’intera società. Tale parametro dovrebbe allora essere individuato, più che nel lavoro in senso stretto, nella “laboriosità”³⁷, intesa come disponibilità del soggetto a svolgere

³⁴ MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro (dir. Cost.)*, in ED, Giuffrè, Vol. XXIII, 1973.

³⁵ GELATO, voce *Onere*, in *DDP - Sez. Civ.*, Utet, 1995, p. 59 ss.

³⁶ CAREDDA, voce *Onere (agg.)*, in *DDP - Sez. Civ.*, Utet, 2013, p. 428 ss.

³⁷ Sul concetto di “laboriosità” v. BOZZAO, *Dal “lavoro” alla “laboriosità”*. *Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, n. 2, p. 535 ss.

un'attività a cui l'orientamento assegna un valore positivo: dunque, non solo un'attività di lavoro, ma anche altre attività che, pur non dando luogo alla manifestazione di una "professionalità" in senso stretto, sono comunque dotate di rilevanza sociale (a titolo esemplificativo: attività di formazione, attività di cura svolta in seno alla famiglia, volontariato, etc.). Ciò che ai sensi dell'art. 4, co. 2, Cost. può fungere da attendibile parametro di meritevolezza – volendo dare uno sguardo in chiave comparata – presenta quindi notevoli tratti di affinità con il concetto di "*participation*" elaborato da Tony Atkinson nell'ambito della proposta di *basic income* da lui formulata, salvo il profilo di distinzione costituito dal fatto che il nostro sistema di sicurezza sociale, secondo la lettura precedentemente fornita, presuppone il previo accertamento della condizione di bisogno, escluso invece, in linea di principio, dal modello pensato dallo studioso britannico³⁸.

6. *La condizionalità nel Jobs Act: alcuni nodi critici*

La ricostruzione appena proposta, che pare più in linea con una corretta interpretazione dell'art. 4 Cost., è tuttavia messa in discussione dall'idea di condizionalità contenuta nei più recenti interventi normativi, la quale, accentuati i propri connotati punitivi³⁹, incarna una tendenza volta a "trasformare l'inclusione da diritto a obbligo"⁴⁰.

Il principio di condizionalità ha infatti seguito una traiettoria di progressivo rafforzamento che ha visto i suoi momenti più significativi nell'approvazione della l. 28 giugno 2012 n. 92⁴¹ e del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150⁴². La *Legge Fornero* ha determinato un primo significativo irrigidimento dell'applicazione

³⁸ ATKINSON, *op. cit.*

³⁹ FERRARA, *Il principio di condizionalità e l'attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità*, in *LD*, 2015, n. 4, p. 650.

⁴⁰ FILI, *L'inclusione da diritto a obbligo*, in BROLLO, CESTER, MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro: incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, p. 117 ss.

⁴¹ Si veda, ad es., PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *RDSS*, 2012, n. 3, p. 454 ss.

⁴² Per approfondimenti sulla riforma dei servizi per l'impiego voluta dal *Jobs Act II* cfr. GHERA, GAROFALO (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016; CARUSO, CUTTONE, *Verso il diritto del lavoro della responsabilità: il contratto di ricollocazione tra Europa, Stato e Regioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 283/2015; ESPOSITO, *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 306/2016.

del principio di condizionalità, poiché, a fronte dell'estensione del campo di applicazione soggettiva della disciplina dei trattamenti di disoccupazione, è stata ridotta la facoltà dei beneficiari degli stessi di declinare offerte di lavoro e di sottrarsi a percorsi di reinserimento. Il quadro normativo entro cui è chiamato ad operare il principio di condizionalità è stato aggiornato dal d.lgs. 150/15 in materia di riforma dei servizi per l'impiego, il quale ha superato la disciplina contenuta nella l. 92/12 determinando un ulteriore rafforzamento dei vincoli imposti al beneficiario della prestazione sociale. In particolare, il d.lgs. 150/15 ha disciplinato l'istituto del “patto di servizio personalizzato” (d'ora innanzi: PSP), con il quale si intende promuovere un processo di sempre maggiore responsabilizzazione del lavoratore, così determinando una “trasformazione della matrice ideologica” alla base del modello di attivazione italiano⁴³. Le sue modalità di funzionamento mostrano l'adesione ad un'idea di condizionalità “hard” ispirata al modello della *flexicurity* europea, in base al quale l'erogazione delle prestazioni sociali è connessa sempre di più all'assunzione, nei confronti dei servizi per l'impiego, dell'impegno di tenere una serie di condotte finalizzate al reinserimento nel mercato del lavoro. Fulcro di tale idea di condizionalità diviene sempre più spesso l'“utilizzo di c.d. *client contracts* quali strumenti di personalizzazione e individualizzazione delle politiche attive del lavoro”⁴⁴, dove il sinallagma ha ad oggetto lo scambio tra servizi/prestazioni, da un lato, e attivazione, dall'altro, secondo i classici schemi negoziali “*do ut facias*” e “*facio ut facias*”.

A fronte dei servizi offerti dai centri per l'impiego, il soggetto disoccupato si impegna a rendersi disponibile allo svolgimento di una serie di attività di formazione e ricollocazione. È lo stesso decreto legislativo a precisarlo espressamente, laddove stabilisce che “il beneficiario di prestazioni è tenuto ad attenersi ai comportamenti previsti nel patto di servizio personalizzato” (cfr. art. 21, co. 4).

La violazione degli obblighi che il lavoratore (sia disoccupato che in CIG) si assume tramite la stipulazione del PSP è punita per mezzo di un articolato apparato sanzionatorio (una sorta di “codice disciplinare” del percettore di prestazioni sociali), che nella logica di fondo ricalca quello già previsto dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22 sulla NASPI.

Questa strategia di attivazione, improntata alla contrattualizzazione delle prestazioni mediante l'imposizione di stringenti obblighi al destinatario della

⁴³ FERRARA, *op. cit.*, p. 644.

⁴⁴ CARUSO, CUTTONE, *op. cit.*, p. 12.

prestazione sociale, è stata confermata anche dalla recente disciplina del reddito di inclusione (c.d. ReI): l'art. 6 del d.lgs. 15 settembre 2017 n. 147 prevede infatti la stipulazione di un "progetto personalizzato" che, sulla base di una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare, vincola quest'ultimo al raggiungimento di determinati obiettivi, da perseguire mediante attività e condotte concordate con i gestori del servizio (pena l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 12 dello schema, modellate sulla falsariga di quanto previsto dal d.lgs. 150/15)⁴⁵.

L'approccio del d.lgs. 150/15 al tema della condizionalità è criticabile non tanto per l'idea – in sé condivisibile – di chiedere al percettore del beneficio uno sforzo di cooperazione, quanto piuttosto per alcune potenziali frizioni con l'art. 4 Cost. Laddove, tramite la stipula del PSP, si mira ad imporre al lavoratore l'assunzione di specifici obblighi giuridici nei confronti della controparte pubblica, si finisce inevitabilmente col sottoporre a tensione la norma costituzionale, poiché si concepisce la cooperazione richiesta al beneficiario del trattamento sempre meno come un onere di attivazione, da adempiere mediante lo svolgimento di un'ampia gamma di attività socialmente utili, e sempre più come obbligo di lavorare⁴⁶.

La limitazione della sfera di autodeterminazione dell'individuo che ne deriverebbe pone delicati problemi di compatibilità con la qualificazione del diritto al lavoro come diritto di libertà. L'impostazione delle politiche attive secondo i parametri del "mutual obligation approach"⁴⁷ rischia infatti di snaturare la tradizionale funzione dei servizi per l'impiego, indebolendone la connotazione in termini di servizi sociali⁴⁸. Il *vulnus* che può derivarne è tanto più grave quanto meno i servizi per l'impiego siano in grado di rispondere in modo efficace alle esigenze che la crisi occupazionale ha generato⁴⁹.

⁴⁵ Sul nuovo ReI cfr. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *RDSS*, 2017, n. 3, p. 419 ss.

⁴⁶ L'esistenza di questa tensione è sottolineata, in particolare, da quanti ritengono che sussista una "contraddizione intrinseca alla prevalenza assiologica che l'individualismo assegna all'autonomia individuale, e la responsabilità al legame fra l'individuo e la comunità in cui vive": così BARBERA, *Gli strumenti di regolazione tra rapporto e mercato. Tre narrazioni della flexiarity*, Intervento al *workshop "Nuovi orizzonti del diritto del lavoro. Paradigma, attori, regolazione"*, CNEL, Roma, 19 gennaio 2018, dattiloscritto.

⁴⁷ ALAIMO, *Politiche attive del lavoro, patto di servizio e "strategia delle obbligazioni reciproche"*, in *DLRI*, 2013, n. 3, p. 508 ss.

⁴⁸ FERRARA, *op. cit.*, p. 650.

⁴⁹ FILI, *op. cit.*, p. 119.

Il problema si pone, su un piano più generale, con riferimento agli strumenti attualmente in vigore (un esempio per tutti, la NASPI); la questione si fa ancor più delicata se un'interpretazione così rigida del principio di condizionalità viene applicata al reddito minimo⁵⁰. Si tenga conto del fatto che il reddito minimo, nella sua variante selettiva, non si rivolge primariamente ai lavoratori che abbiano perso, o che rischino di perdere, il posto di lavoro: in buona misura costoro sono già tutelati dagli ordinari ammortizzatori sociali. Al contrario il reddito minimo mira a colmare le lacune del sistema di sicurezza sociale⁵¹, offrendo tutela anche a coloro che nel mercato del lavoro non sono mai entrati o che, una volta usciti, scelgono liberamente di non farvi ritorno, anche solo per limitati periodi di tempo. Non si tratta, con tutta evidenza, di schiere di oziosi immeritevoli, ma di individui che svolgono attività al di fuori del mercato e che, tuttavia, soddisfano i parametri costituzionali stabiliti dall'art. 4, co. 2: si pensi a tutte le persone alle quali è posta l'alternativa se lavorare o prestare attività di cura a familiari. Certamente, anche a questi soggetti deve essere offerta la possibilità di (ri)entrare nel mercato del lavoro; tuttavia, c'è differenza tra prospettare un'opportunità, che l'interessato può cogliere o meno, mantenendo la libertà di scegliere di non modificare la propria situazione, e costruire un meccanismo che, mediante l'imposizione di vincoli giuridici, sia finalizzato all'inserimento lavorativo di un individuo che potrebbe avere esigenze di vita diverse, eppure meritevoli di tutela.

Se così è, occorre chiedersi se l'applicazione del principio di condizionalità debba avvenire in modo omogeneo e indifferenziato per tutti i beneficiari di prestazioni di *welfare*, oppure se vi sia spazio per una diversa modulazione del dovere di attivazione sulla base della tipologia di prestazione sociale di volta in volta considerata. Esiste un criterio che consenta di decidere se il dovere di attivazione debba essere, a seconda delle diverse ipotesi, più o meno gravoso?

Una possibile risposta al quesito può essere rinvenuta nella stessa struttura dell'art. 38 Cost., laddove si traccia una distinzione tra prestazioni “adeguate”, destinate ai lavoratori, e prestazioni “sufficienti” ad assicurare il minimo vitale, rivolte al più ampio gruppo sociale dei cittadini. Per quanto

⁵⁰ CORAZZA, *op. cit.*

⁵¹ TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, serie “Torniamo ai fondamenti”, Fasc. 1, 2015.

arduo sia qualificare con esattezza il contenuto del concetto di adeguatezza, è pacifico che esso costituisca la base per l'attribuzione di una prestazione quantitativamente più significativa rispetto a quella che costituisce oggetto dei trattamenti assistenziali. Partendo da questa constatazione, appare ragionevole adottare un criterio di proporzionalità in forza del quale più elevato è l'importo della prestazione sociale considerata, maggiore deve essere la cooperazione, *sub specie* di attivazione, richiesta al beneficiario.

Pertanto, ove un lavoratore chieda di accedere ad un ammortizzatore sociale che assicura una prestazione "adeguata" ai sensi dell'art. 38, co. 2, il principio di condizionalità potrà trovare un'applicazione più intensa, potendosi richiedere a quel lavoratore, quale condizione per accedere al trattamento (e mantenerlo nel tempo) l'impegno a svolgere attività funzionali ad un suo rapido reinserimento occupazionale.

Qualora invece l'individuo intenda accedere ad una prestazione "sufficiente", ossia finalizzata ad assicurare il minimo vitale costituzionalmente protetto in forza dei principi fondamentali di dignità, eguaglianza e solidarietà, il principio di condizionalità potrebbe ricevere un'applicazione attenuata, in modo che il dovere di essere "attivo" possa essere ottemperato anche svolgendo attività diverse dal lavoro remunerato e che pure trovino riconoscimento e tutela ai sensi dell'art. 4, co. 2, Cost.

D'altro canto, come è stato efficacemente osservato, "scopo primario del *welfare* [...] dovrebbe essere non quello di mettere i cittadini al lavoro, ma quello di metter fine alla povertà"⁵²; diversamente, si accedrebbe a forme di controllo sociale che richiamano più le *workhouse* evocate da Michel Foucault che moderni strumenti di inclusione⁵³.

⁵² GUTMANN, THOMPSON, *op. cit.*, p. 27.

⁵³ BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza, tra problemi definitivi ed esperienze applicative*, in RDSS, 2014, n. 1, p. 29.

Abstract

Uno dei principali criteri distributivi adottati dal sistema di sicurezza sociale, oltre al “bisogno” è quello riferibile al concetto di “merito”. Ad esso, nel corso degli ultimi anni, è stata assegnata una crescente importanza, come dimostrano i numerosi interventi normativi in tema di condizionalità.

Il presente saggio, dopo aver analizzato il concetto di “merito” rilevante ai fini del discorso, distinguendo tra le due varianti semantiche “*merit*” and “*desert*”, si sofferma sulla definizione del fondamento etico e giuridico del principio di condizionalità, a partire dalla considerazione del dovere di svolgere un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società sancito dall’art. 4 della Costituzione.

One of the main distributive criteria adopted by the social security system, as well as “need”, is “merit”, which has become increasingly important over the years as demonstrated by the various legal provisions based on the conditionality principle.

The current article, after analysing the concept of merit by drawing a distinction between “merit” and “desert”, focuses on both the ethical and legal basis of conditionality, by reflecting on the duty to perform an activity or a function that contributes to the material or spiritual progress of society established by article 4 of the Constitution.

Key words

Sicurezza sociale, giustizia distributiva, condizionalità, merito, reddito minimo.

Social security, distributive justice, conditionality, merit/desert, basic income.

Corte Costituzionale, 7 marzo 2018 n. 77 – Pres. Lattanzi, Rel. Amorososo

Spese giudiziali – Compensazione – Condizioni – Controversie di lavoro.

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, co. 2, c.p.c., nel testo modificato dall'art. 13, comma 1, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, nella l. 10 novembre 2014, n. 162, nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, consistenti in situazioni prevalentemente oggettive e non strettamente soggettive della parte soccombente, come la qualità di lavoratore-parte debole del rapporto controverso.

Fabrizio De Vita

La Consulta e la compensazione delle spese giudiziali: un bilanciamento tra valori costituzionali

Sommario: 1. I principi, di rango costituzionale, cui è funzionale la riforma processuale del 2014. 2. I diversi valori costituzionali considerati nei provvedimenti di rimessione alla Corte. 3. Il bilanciamento della Consulta.

1. *I principi, di rango costituzionale, cui è funzionale la riforma processuale del 2014*

L'art. 92 c.p.c. viene riformato¹, da ultimo, dall'art. 13, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

La *ratio* della modifica specifica, che si inquadra nelle finalità complessive del d.l. 132/14, recante “misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile” è evidente e dichiarata: la Relazione al d.d.l. di conversione, infatti, anche considerando che “l’attuale gravissimo contesto economico rende indilazionabile la risoluzione del problema della giustizia civile ed impone l’adozione di misure finalizzate ad attuare un’inversione di tendenza nella durata dei procedimenti, così trasformando quello che attualmente è un fattore di appesantimento della crisi in un possibile volano per la crescita economica”, chiarisce che il d.l. mira a ridurre il contenzioso civile attraverso la possibilità del trasferimento del giudizio in sede arbitrale e la promozione di procedure stragiudiziali alternative per la risoluzione delle controversie; che l’efficienza del sistema giudiziario viene cercata anche con misure per la semplificazione e l’accelerazione dell’esecuzione forzata e delle procedure concorsuali; ma soprattutto che “complementari finalità di contrazione dei tempi del processo civile fondano le misure per la funzionalità del medesimo processo, quali: la limitazione delle ipotesi in cui il giudice può compensare le spese del processo e la previsione di uno speciale tasso moratorio a carico del debitore, per il periodo successivo alla proposizione della domanda giudiziale”.

¹ In un senso criticato da TEDOLDI, *Processo civile di cognizione: le novità del D.L. Giustizia civile*, in *IlQuotidianoGiuridico.it*, 24 ottobre 2014; e soprattutto da SCARSELLI, *Il nuovo art. 92, 2° comma, c.p.c.*, in *FI*, 2015, V, cc. 49 ss.

Con specifico riferimento alla proposta di modifica dell'art. 92 c.p.c., nella Relazione si legge che nonostante le recenti restrizioni, “nella pratica applicativa si continua a fare larghissimo uso del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, con conseguente incentivo alla lite, posto che la soccombenza perde un suo naturale e rilevante costo, con pari danno per la parte che risulti aver avuto ragione”². Così, “con la funzione di disincentivare l'abuso del processo”, nel d.l. originario si sostituisce l'art. 92, co. 2, c.p.c., nel senso di attribuire al giudice il potere di compensare totalmente o parzialmente le spese, oltre che nell'ipotesi, già prevista, di soccombenza reciproca, nei soli casi, tipizzati, “di novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza”, invece che in sussistenza di “altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione”.

L'*iter* parlamentare della legge di conversione denota anche alcuni tentativi di lasciare più larghe le maglie dei presupposti per la compensazione³, tra i quali va segnalato quello di permettere la compensazione anche in presenza di requisiti soggettivi, come le “particolari condizioni di una delle parti”, prevedendosi altresì che “in ogni caso la parte soccombente non può essere condannata al pagamento delle spese e degli onorari se è risultata esente dal contributo unificato in ragione del reddito, salva l'ipotesi di cui all'articolo 96 c.p.c.”. Tuttavia, tali proposte, evidentemente contrarie allo spirito complessivo e agli obiettivi del d.l., non vengono approvate, anzi, tra i diversi emendamenti che invece aspiravano ad un maggiore inasprimento delle condizioni per la compensazione⁴, al Senato passa, e viene recepito in sede di conversione, l'emendamento⁵ che restringeva ulteriormente le ipotesi

² Sul punto: BERGAMINI, *La compensazione delle spese ex art. 92, 2° comma, c.p.c.*, in *GI*, 2015, p. 1746.

³ Con proposte di emendamenti, formulate alla Camera (in www.camera.it), volte a lasciare invariato l'art. 92 o permettere la compensazione anche quando il diritto azionato sia legittimamente dubbio, o a sopprimere la prerogativa dell'assolutezza della novità della questione trattata, aggiunta al Senato, rispettivamente indicate con i nn. 13.11, 13.12, 13.10 (per tutte proponenti COLETTI ed altri); 13.1 (FARINA e SANNICANDRO) per la proposta descritta nel testo.

⁴ Imponendo al giudice la compensazione sempre parziale delle spese nelle ipotesi tipiche, salva la sussistenza di altri gravi motivi, o escludendo dal testo l'ipotesi della “assoluta novità della questione trattata”, o attribuendo al giudice la facoltà di compensare le spese solo parzialmente, limitando il potere di compensarle integralmente alla soccombenza reciproca: proposte formulate alla Camera (in www.camera.it), rispettivamente con i nn. 13.7, 13.4 e 13.8 (per tutte TURCO e altri).

⁵ Indicato con il n. 13.110 e reperibile in www.senato.it, proposto (Sen. di maggioranza CUCCA) e approvato in Commissione Giustizia, poi dall'Assemblea.

tassative di compensazione previste dal d.l., nel senso che la novità della questione dovesse essere “assoluta” e il mutamento della giurisprudenza riferito a “questioni dirimenti”.

L’esame sintetico dei lavori preparatori permette di definire con esattezza la declinazione del principio di ragionevole durata dei giudizi, a sua volta espressione di quello di effettività della tutela giurisdizionale, che il legislatore ha scelto come aspirazione sistematica del d.l. 132/2014, in generale, e della modifica delle condizioni per la compensazione delle spese, in particolare.

La garanzia della ragionevole durata dei giudizi, dal 1999 prevista espressamente dall’art. 111 Cost., viene intesa nel senso che la Costituzione impone al legislatore di dettare una disciplina idonea a contenere la durata del processo in tempi ragionevoli, realizzando sia l’economia processuale interna, vale a dire un risparmio di attività, risorse ed energie nell’ambito del singolo processo, sia l’economia processuale esterna, ovvero sia la prevenzione del nascere di nuovi inutili giudizi o gradi di giudizio⁶.

Ebbene, risulta evidente come il d.l. 132/2014 mirasse complessivamente, attraverso diversi strumenti, a realizzare l’economia esterna dei giudizi, in altre parole a contenere il più possibile il peso complessivo delle controversie gravanti sulle spalle di una risorsa pubblica, quella del sistema giustizia nel suo complesso, che riconosce come fisiologicamente ed inevitabilmente limitata: l’obiettivo diretto non è quello di garantire all’individuo–parte la ragionevole durata del singolo giudizio cui partecipa, ma quello, pubblico, di promuovere l’efficienza (dunque la ragionevole durata) complessiva del processo, attraverso un risparmio di risorse pubbliche, che può indirettamente contribuire, in ultima analisi, a favorire il contenimento dei tempi di ciascun singolo giudizio. In altre parole, il legislatore mira alla deflazione complessiva dei giudizi, per favorire la ragionevole durata del più ampio numero possibile di singoli processi.

⁶ La distinzione tra economia processuale interna ed esterna è stata formulata da COMOLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, vol. I, Cedam, 1980, p. 71 ss.; dello stesso Autore v. anche, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Giappichelli, 2004, p. 85 ss., ha poi ribadito che il nuovo art. 111 Cost. garantisce il principio di economia esterna ed interna; nonché, *Le garanzie fondamentali del <giusto processo>*, in NGCC, 2001, p. 29 ss.; e *L’economia dei giudizi come principio «ad assetto variabile» (aggiornamenti e prospettive)*, in RDP, 2017, p. 331 ss.; nel senso sintetizzato nel testo, OLIVIERI, *La “ragionevole durata” del processo di cognizione (qualche considerazione sull’art. 111, 2° comma, Cost.)*, in FI, 2000, V, p. 251 ss.

La tipizzazione delle ipotesi di compensazione delle spese, che viene irrigidita nel passaggio parlamentare, costituisce chiaramente uno di questi strumenti: la Relazione, come visto, ne indica espressamente l'obiettivo nella disincentivazione dell'abuso del processo⁷.

Peraltro, la limitazione del potere di compensazione costituisce anche un potenziamento del principio *victus victori*, per il quale la condanna al rimborso delle spese deve seguire la soccombenza, per garantire che il processo garantisca alla parte che ha ragione tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di ottenere sulla base del diritto sostanziale⁸; dunque, contribuisce anche in questo senso, per così dire individuale, a realizzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, oltre che nel senso – come visto pubblico, dichiarato e prevalente – della aspirazione alla ragionevole durata complessiva dei giudizi, indirettamente funzionale a quella di ciascuno di essi.

La novella del 2014 non costituisce certo una novità nell'evoluzione normativa della compensazione delle spese, anzi sembra essere il naturale completamento di una tendenza⁹, rispondente alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale da perseguire favorendo l'economia esterna dei giudizi, che dal 2005 si è profondamente sviluppata proprio attraverso una sempre maggiore limitazione del potere di compensazione. Nel c.p.c. del Regno

⁷ Anche se DI GRAZIA, *La compensazione delle spese giudiziali dopo la L. 10 novembre 2014, n. 162*, in *RDP*, 2015, p. 1529 ss., ha osservato che il richiamo alla funzione di disincentivare l'abuso del processo "appare improprio o, quanto meno, equivoco", stante il carattere ontologicamente premiante della compensazione. Sull'abuso del processo, anche in relazione al regime delle spese di lite: TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo: studio critico*, *ESI*, 2015, pp. 351 ss.; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *DPA*, 2015, p. 1262 ss.; CORDOPATRI, *La condanna alla rifusione delle spese di lite e l'evoluzione del principio di soccombenza*, in *GPC*, 2014, p. 369 ss.; dello stesso Autore v. anche, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *RDP*, 2012, p. 874 ss.; nonché, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *RTDPC*, 2005, p. 249 ss.; e ancora CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Cedam, 2000, vol. I, p. 487 ss.; LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta processuale*, Giappichelli, 2013, p. 139 ss.

⁸ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1934, vol. I, pp. 41 ss.; ID., *La condanna nelle spese giudiziali*, rist., *ESI*, 2013, pp. 175 ss.; su soccombenza e spese, tra gli altri: CORDOPATRI, *Un principio in crisi: victus victori*, in *RDP*, 2011, p. 267 ss.; SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 106 ss.; PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Giuffrè, 1959, 71 ss.; CARNELUTTI, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *RDP*, 1956, II, p. 241 ss.

⁹ Conferma che la modifica del 2014 esprima un'esigenza già sentita, l'art. 11 del Progetto di riforma del c.p.c., elaborato nel 1996 dalla Commissione TARZIA, in *RDP*, 1996, p. 951, in cui si proponeva di limitare la compensazione ai casi di soccombenza reciproca, complessità della causa e novità delle questioni decise.

d'Italia del 1865, l'art. 370 condizionava la compensazione totale o parziale alla concorrenza di giusti motivi; presupposto che, accanto alla soccombenza ripartita, viene recepito nella formulazione originaria dell'art. 92, co. 2, dal codice del 1940; questa resta invariata fino al 2005, quando la l. 28 dicembre 2005, n. 263, per limitare l'eccessivo ricorso alla compensazione da parte dei giudici, favorito e provocato dalla mancata, espressa imposizione di una motivazione sul punto, prevede, modificando il medesimo co. 2, che i giusti motivi vadano "espressamente indicati nella motivazione"; successivamente, evidentemente perché la semplice imposizione di una motivazione esplicita non aveva sortito gli effetti sperati, la l. 18 giugno 2009, n. 69, sostituisce, nell'art. 92, co. 2, c.p.c., le parole "o concorrono altri giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione," con quelle "o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione", così passando ad irrigidire, restringendole, anche le condizioni per la compensazione al di fuori dell'ipotesi di soccombenza reciproca; limitazione che nel 2014, come visto perché "nella pratica applicativa si continua a fare larghissimo uso del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, con conseguente incentivo alla lite", si evolve fino alla tipizzazione dei presupposti, con la formulazione, che è venuta al vaglio della Consulta, secondo la quale la compensazione può essere disposta, oltre che in caso di soccombenza reciproca, nelle sole ipotesi di "assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti"¹⁰.

Infine, per delinearne in modo completo il *background* di politica legislativa processuale, nel quale va inquadrata la disposizione dichiarata incostituzionale,

¹⁰ Per una ricostruzione delle fattispecie riconducibili a questi presupposti, anche in confronto a quelle desumibili dalle formulazioni precedenti della norma: SANTANGELI, *Commento all'art. 13*, in AA.Vv., *La nuova riforma del processo civile*, a cura di SANTANGELI, Dike, 2015, p. 146 ss.; BERGAMINI, *La compensazione delle spese*, cit., p. 1746 ss.; BRUNIALTI, *Modifiche al regime della compensazione delle spese*, in AA.Vv., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, a cura di DALFINO, Giappichelli, 2015, p. 100 ss.; PILLONI, *Le novità apportate alla disciplina della compensazione delle spese di lite (art. 92 c.p.c.)*, in NLCC, 2015, p. 474 ss.; DI GRAZIA, *La compensazione delle spese*, cit., p. 1529 ss.; FINOCCHIARO, *Spese compensate solo in casi specifici*, in GD, 2014, f. 49-50, p. 80; PENTA, *D.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni*, in l. 10 novembre 2014 n. 162: *compensazione spese processuali ed interessi moratori*, in *unicost.eu*, par. 3 ss.; MORLINI, *Spese di lite e compensazione*, ivi, par. 2.3; VALERINI, *Le altre misure per la funzionalità del processo civile di cognizione*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di LUISO, Giappichelli, 2014, pp. 43 s.; v. anche CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in CG, 2014, pp. 1179 s.

va ricordato che negli ultimi anni, sotto tanti altri aspetti, il legislatore ha spesso utilizzato la disciplina delle spese come grimaldello per la deflazione dei giudizi¹¹, incrementando numerose volte ed in misura consistente gli oneri fiscali¹², prevedendo altre ipotesi di deroga al principio della soccombenza, volte a stimolare la soluzione conciliativa della lite¹³, oppure introducendo sanzioni pecuniarie¹⁴, o ancora disponendo che nella regolamentazione delle spese si tenga conto dei comportamenti processuali delle parti più o meno virtuosi e funzionali all'efficienza del processo¹⁵.

2. *I diversi valori costituzionali considerati nei provvedimenti di rimessione alla Corte*

Nel contesto di politica processuale descritto, in cui è maturata e di cui è parte integrante la limitazione del potere di compensazione introdotta nel 2014, l'art. 92, co. 2, viene posto al vaglio della Consulta, per la violazione¹⁶ di principi costituzionali diversi rispetto a quello che costituisce l'obiettivo della riforma¹⁷.

Il Tribunale di Torino¹⁸, in una controversia di lavoro, deduce la viola-

¹¹ In proposito: DE SANTIS A.D., *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, 2018, p. 129 ss.

¹² In particolare, incrementando il contributo unificato, o estendendo (come nelle controversie di lavoro) le ipotesi in cui esso va versato in materia civile, amministrativa e tributaria: v. l'evoluzione degli artt. 9 ss. del T.U. spese di giustizia.

¹³ Come agli artt. 91, co. 1, c.p.c. e 13 d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di media-conciliazione, e le disposizioni sulla liquidazione giudiziale di cui *infra*.

¹⁴ Come le condanne di cui agli artt. 96, co. 3, e 283, co. 2, c.p.c., 26, co. 1, seconda parte, c.p.a., nonché quella al versamento del doppio contributo unificato, in caso di rigetto integrale, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione (art. 13, co. 1 *quater*, T.U. spese giustizia) e ancora la sanzione prevista dall'art. 13 d.lgs. 28/2010.

¹⁵ Art. 26, co. 1, c.p.a., per il quale si considerano la chiarezza e la sinteticità.

¹⁶ Nel testo si esporranno solo i motivi di rimessione poi ritenuti fondati o infondati dalla Corte, non quelli assorbiti.

¹⁷ SCARSELLI, *Il nuovo art. 92*, cit., cc. 49 ss., si augurava che la questione di costituzionalità fosse sollevata, illustrandone le ragioni, alcune poi condivise dalla Corte. V. anche ID., *Sulla necessità di tornare alla compensazione delle spese di lite per ragioni di equità*, in *FI*, 2017, V, cc. 341 ss.

¹⁸ Trib. Torino, 30 gennaio 2016, in *GI*, 2017, p. 670 ss., con nota di BECHIS, *La compensazione non discrezionale delle spese al vaglio della Consulta*; in *RIDL*, 2016, II, p. 964 ss., con nota di BRUNIALTI, *Brevi note in tema di presunta incostituzionalità dell'art. 92, 2° co., c.p.c.; e, s.m., in RGL*, 2017, II, p. 169 ss., con nota di COSTANTINO, *Sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, C.P.C.*

zione dell'art. 3, co. 1, Cost., sul piano del principio di ragionevolezza, considerando come sproporzionato il mezzo normativo utilizzato, quello della estrema e smisurata limitazione delle ipotesi di compensazione, rispetto al fine perseguito, quello di disincentivare l'abuso del processo, che era già sufficientemente attuato con la precedente formulazione della disposizione; ancora dell'art. 3, co. 1, sotto il profilo del principio di uguaglianza, perché la limitazione alle ipotesi tipizzate escluderebbe situazioni di pari gravità ed eccezionalità; inoltre, dell'art. 24, co. 1, perché il diritto di azione sarebbe indebitamente compresso dalla riduzione delle ipotesi di compensazione a sole due, oltre la soccombenza reciproca, che tenderebbe a scoraggiare in modo indebito ed incongruo l'esercizio giudiziario dei diritti, anche in ipotesi di condotte non qualificabili come abuso del processo, ma caratterizzate da prudenza, correttezza e buona fede; infine dell'art. III, co. 1, sotto il profilo del giusto processo, perché la norma impedirebbe al giudice di rendere giustizia, anche sulle spese, in modo appropriato al caso concreto.

Il Tribunale di Reggio Emilia¹⁹, a sua volta in una causa laburistica ed anche con motivazioni più strettamente legate a questo tipo di controversie ed alle relative situazioni soggettive, solleva la questione di costituzionalità per violazione del combinato disposto degli artt. 3, co. 1 e 2, 24 e III Cost., perché la disposizione novellata nel 2014, priva irragionevolmente il Giudice della sua funzione di adeguare la pronunzia alle peculiarità del modello processuale, alle condizioni soggettive ed alle circostanze oggettive della fattispecie; viola il principio di uguaglianza sostanziale, che richiederebbe un trattamento differenziato e vantaggioso per il soggetto più debole (lavoratore), costretto ad agire in giudizio per l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento (licenziamento) del soggetto più forte (il datore), peraltro in controversie, di regola, a "controprova", che cioè il lavoratore deve introdurre non disponendo di tutti i dati che incidono sulla legittimità del provvedimento datoriale soggetto al controllo di legittimità, da effettuare all'esito dell'assolvimento della prova da parte del datore convenuto; determina in concreto una gravissima limitazione del diritto all'effettività dell'accesso alla giustizia in danno del lavoratore, già gravato dagli oneri economici, non de-

¹⁹ Trib. Reggio Emilia, 28 febbraio 2017, in *www.studiolegaleassociato.it*; e, s.m., in *RGL*, 2017, p. 178 ss., con nota di COSTANTINO, *Ancora sulla dichiarata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2, c.p.c.*; v. anche TERZI, *Il trattamento delle spese processuali nel processo del lavoro dopo la riforma del 2014: dubbi di costituzionalità*, in *questione-giustizia.it*.

traibili, del contributo unificato, dell'anticipazione delle spese legali e dell'IVA (in parte detraibili per il datore), con una deterrenza il cui peso e la cui irragionevolezza sono maggiori quanto minore è la capacità economica del lavoratore; colpisce, irragionevolmente, anche la parte incolpevole cui non sono imputabili abusi del processo, perché non ha invocato la tutela di diritti che già sapeva essere inesistenti.

Il raffronto tra le “ragioni” del legislatore del 2014 e quelle dei giudici rimettenti, permette di rilevare come la Consulta, in definitiva ed in sintesi, si sia trovata a considerare, o meglio a determinare, i rapporti di equilibrio tra due valori costituzionali diversi, ma complementari nella loro funzionalità rispetto all'effettività della tutela giurisdizionale: da un lato, l'interesse collettivo all'economia esterna dei giudizi, che indirettamente incide su quella interna, dunque sulla ragionevole durata dei singoli processi, dall'altro quello individuale ad un effettivo accesso alla tutela giurisdizionale.

3. *Il bilanciamento della Consulta*

La Corte costituzionale, in effetti, ha esercitato la sua funzione di bilanciamento tra diverse esigenze di rango costituzionale, ritenendo di riequilibrare i limiti della compensazione verso una maggiore garanzia dell'accesso alla giustizia, senza però spingersi ad allargarne le maglie in base a criteri meramente soggettivi²⁰.

La Corte presuppone l'ampia discrezionalità del legislatore nella disciplina della distribuzione delle spese processuali ed è consapevole che, non essendo la giustizia una risorsa illimitata, sono necessarie misure legislative di contenimento del contenzioso civile; tuttavia, reputa che nell'evoluzione normativa dei presupposti per la compensazione diversi dalla soccombenza ripartita, la formulazione dell'art. 92, co. 2, c.p.c. nata dalla riforma del 2009 – che li indicava nella sussistenza di “gravi ed eccezionali ragioni” – avesse realizzato il giusto equilibrio tra la necessità di garantire il principio *victus victori* in favore della parte pienamente vittoriosa e l'interesse collettivo al-

²⁰ La decisione nel merito presuppone il rigetto dell'eccezione di inammissibilità delle questioni per mancata interpretazione adeguatrice della norma, secondo la Corte esclusa dalla tassatività, dunque dalla non estensibilità in via analogica, delle ipotesi di compensazione previste dalla norma censurata; v., però, COSTANTINO, *Sulla dichiarata non manifesta*, cit., p. 169 ss.

l'economia processuale esterna, da un lato, e l'esigenza di realizzare la piena libertà di accesso alla giustizia, evitando che la parte soccombente subisca, senza sua colpa, anche l'alea di mutamenti imprevedibili e sopravvenuti in corso di causa, dall'altro.

Questo equilibrio, per la Consulta, è stato alterato dalla modifica del 2014, che riconducendo la compensazione, oltre che alla soccombenza ripartita, a due sole e rigide ipotesi tassative, "ha lasciato fuori altre analoghe fattispecie riconducibili alla stessa ratio giustificativa". In particolare, la fattispecie prevista del mutamento della giurisprudenza²¹ su una questione dirimente, costituisce un'alterazione sopravvenuta della situazione di riferimento iniziale della controversia non prevedibile dalle parti, che senza colpa hanno scelto la loro condotta processuale, confidando nell'orientamento giurisprudenziale poi superato. Ebbene, "il sopravvenuto mutamento del quadro di riferimento della causa che altera i termini della lite, senza che ciò sia ascrivibile alla condotta processuale delle parti", si verifica in tante altre fattispecie analoghe a quella prevista²², non inquadrabili in un elenco tipizzato e rigido, ma sussumibili nella formula delle "gravi ed eccezionali ragioni", che possono essere rimesse alla prudente valutazione del giudice, se riferite a questioni dirimenti. Allo stesso modo, secondo la Corte anche all'altra ipotesi tipizzata, l'assoluta novità della questione, "riconducibile, più in generale, ad una situazione di oggettiva e marcata incertezza, non orientata dalla giurisprudenza", sono accostabili "altre analoghe situazioni di assoluta incertezza, in diritto o in fatto, della lite", a loro volta qualificabili come "gravi ed eccezionali ragioni".

Pertanto, la Consulta ritiene che l'art. 92, co. 2, c.p.c., come formulato dal 2014, contrasti con il principio di ragionevolezza e con quello di uguaglianza previsto dall'art. 3, co. 1, Cost., escludendo fattispecie di sopravvenienze su questioni dirimenti e di assoluta incertezza, caratterizzate dalla

²¹ Per la Consulta prevalentemente di legittimità e, in mancanza, anche di merito; secondo Cass. 27 gennaio 2016 n. 1521, in *DeJure*, un imprecisato contrasto nella giurisprudenza di merito, su soluzioni interpretative non ancora passate al vaglio di legittimità, non rientra tra le "gravi ed eccezionali ragioni".

²² Fra le quali la Consulta indica, a titolo esemplificativo, una norma di interpretazione autentica e, più in generale, lo *ius superveniens* (soprattutto se con efficacia retroattiva), una pronuncia della stessa Consulta (in particolare se di incostituzionalità), una decisione di una Corte europea e una nuova regolamentazione comunitaria; fanno riferimento ad alcune di queste ipotesi: Cass. 15 maggio 2018 n. 11815, in *DeJure*; e Cass. 29 novembre 2016 n. 24234, in *AGC*, 2017, 3, 240.

medesima, o da maggiore, gravità ed eccezionalità rispetto a quelle tipizzate²³; inoltre, considera violati anche il canone del giusto processo di cui all'art. 111, co. 1, Cost. e del diritto alla tutela giurisdizionale, di cui all'art. 24, co. 1, Cost., perché il rischio della condanna al pagamento delle spese, “anche in qualsiasi situazione del tutto imprevedibile ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti”; e alla luce di queste violazioni, lo dichiara incostituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa compensare totalmente o parzialmente le spese, anche ove sussistano altre gravi ed eccezionali ragioni, analoghe a quelle tipizzate.

La Corte, dunque, sacrifica la scelta legislativa di favorire l'effettività della tutela giurisdizionale intesa come interesse collettivo, e solo indirettamente individuale, alla ragionevole durata dei giudizi, in favore della medesima effettività, ma intesa come libertà di decidere se agire, o difendersi, sulla base dello *status quo*, prescindendo dal rischio di sviluppi successivi imprevedibili e determinanti.

In verità, si può nutrire qualche perplessità sulla necessità di questa operazione, se si considera che probabilmente il giudice ha già a sua disposizione uno strumento, diverso dalla compensazione, per temperare, almeno parzialmente, l'onere delle spese giudiziali per la parte soccombenza alle vicende del singolo processo, anche tenendo conto del compimento, o della non imputabilità, di abusi del processo. Nell'ambito dei parametri generali per la liquidazione dei compensi in sede giudiziale, indicati all'art. 4, co. 1, D.M. Giustizia 10 marzo 2014, n. 55, in applicazione dei quali i valori medi determinati dalle tabelle possono essere incrementati o ridotti nei consistenti limiti percentuali previsti, sembra possibile inquadrare, chiaramente ai fini della riduzione, anche l'ipotesi di soccombenza determinata da sviluppi successivi e non prevedibili; soprattutto se si considera che la liquidazione dei compensi costituisce uno degli strumenti che la legge, nell'ottica dell'economia processuale, utilizza per premiare comportamenti processuali virtuosi e per punire abusi del processo²⁴. La Corte probabilmente ha ritenuto insufficiente

²³ L'opportunità del chiarimento è sottolineata da METAFORA, *La compensazione delle spese processuali al vaglio del Consulta: un (condivisibile) ritorno al passato*, in *elegal.it*, 8 maggio 2018, p. 5.

²⁴ Infatti, i co. 6 e 8 del medesimo art. 4, prevedono aumenti, rispettivamente in caso di conciliazione e se le difese della parte vittoriosa sono risultate manifestamente fondate, mentre per il co. 7, condotte abusive che abbiano ostacolato la definizione in tempi ragionevoli, co-

questo strumento discrezionale a disposizione del giudice, il cui utilizzo può di fatto avvicinarsi alla compensazione parziale.

Comunque, va sottolineato che la detipizzazione delle condizioni per la compensazione, per quanto inquadrata in una clausola generale chiara e ben definita, rimette necessariamente in gioco il rischio²⁵ di un abuso del suo utilizzo da parte dei giudici, il cui contenimento è indiscutibilmente necessario²⁶, perché, non va dimenticato, l'eccesso diffuso di compensazione può portare all'effetto – contrario a quello che la Corte vuole scongiurare e ben più grave – di scoraggiare il ricorso alla tutela giurisdizionale da parte di chi non vuole rischiare di sopportare in via definitiva, in tutto o in parte, l'onere delle spese giudiziali, pur risultando pienamente vittorioso; in altre parole, da parte di chi vuole evitare che, pur avendo ragione, il processo non gli garantisca tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di ottenere sulla base del diritto sostanziale.

Ben vengano, allora, per la neutralizzazione di questo rischio, due limiti posti espressamente dalla Consulta al potere di compensazione. In primo luogo, chiarisce che la compensazione deve essere comunque motivata²⁷, nelle due ipotesi tipiche, come in quelle atipiche, imponendolo

stituiscono elemento di valutazione negativa per la liquidazione, e infine per il co. 9, nel caso di responsabilità processuale di cui all'art. 96 c.p.c., e nei casi d'inammissibilità, improponibilità o improcedibilità della domanda, il compenso dovuto all'avvocato del soccombente è ridotto del 50%, ove concorrono gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione.

²⁵ Denunziato da: VALERINI, *La Consulta amplia il perimetro della compensazione delle spese di lite*, in *D&G*, 2018, f. 72, p. 3; e SCALERA, *Illegittima la norma sulla compensazione delle spese di lite: si ritorna al passato?*, in *ilfamillarista.it*, 3 maggio 2018, ed in *ilprocessocivile.it*, 24 aprile 18; v. anche LICCI, *La compensazione delle spese di lite al vaglio della Corte costituzionale*, in *judicium.it*. Peraltro, anche dopo la riforma del 2014, i giudici amministrativi hanno ritenuto di conservare un'ampia discrezionalità: v., per tutte, Cons. St. 24 aprile 2017 n. 1885, in *DeJure*.

²⁶ Per CARRATTA, D'ASCOLA, *Riforme per il processo civile: il d.l. n. 132/2014*, in *treccani.it*, par. 3, la riforma del 2014 mirava a stroncare il costume, proprio delle commissioni tributarie, di compensare le spese per la complessità della legislazione fiscale e l'opinabilità delle questioni.

²⁷ Cass. 13 aprile 2018 n. 9186, in *D&G*, 16 aprile 2018; e Cass. 24 aprile 2018 n. 10042, *ivi*, 3 maggio 2018, con nota di DI GIACOMO, *Spese di lite, compensazione sempre motivata*, hanno affermato che le “gravi ed eccezionali ragioni” vanno indicate esplicitamente nella motivazione, devono riguardare specifiche circostanze o aspetti della controversia decisa e non possono essere espresse con una formula generica, imidonea a consentire il necessario controllo; così, per citare le più recenti, anche Cass. 5 luglio 2017, n. 16473, *ivi*, 6 luglio 2017; Cass. 25 settembre 2017, n. 22310, in *DeJure*, e Cass. 21 febbraio 2017 n. 4521, *ivi*.

l'art. III, co. 6, Cost.: precisazione opportuna, perché resta garantito il controllo del provvedimento²⁸, anche se nella formulazione della norma del 2014²⁹, come in quella odierna, frutto della sentenza, è venuta meno la specifica previsione in tal senso.

Ma soprattutto, la Corte circoscrive decisamente l'ambito della compensabilità conseguente alla sua statuizione, rigettando le censure che miravano a collegarla anche a condizioni meramente soggettive, così chiarendo con certezza che tra le “analoghe gravi ed eccezionali ragioni” vanno incluse esclusivamente situazioni oggettive³⁰; in particolare, la deduzione per la quale la norma andava ricondotta alla legittimità anche inserendo un'ipotesi di compensazione che tenesse conto della natura del rapporto dedotto in giudizio, quello di lavoro subordinato, e della condizione soggettiva del lavoratore-parte debole, che agisce contro il datore. Secondo la Consulta³¹ la disparità in cui può trovarsi la parte più debole economicamente, per la quale di fatto può essere più gravoso il costo del processo e che più probabilmente potrebbe avere remore ad agire, trova già un riequilibrio negli istituti – imposti dall'art. 24, co. 3, Cost. – diretti ad assicurare ai non abbienti i mezzi per agire o difendersi davanti ad ogni giurisdizione. Inoltre, le condizioni già previste, che non sono più tassative con la dichiarazione di incostituzionalità, ma che sono il parametro per le altre ipotesi di “gravi ed eccezionali ragioni”, hanno natura prevalentemente oggettiva e non si riferiscono a situazioni esclusivamente soggettive. Peraltro, la disciplina speciale delle controversie di

²⁸ Secondo Cass. 9 marzo 2017 n. 6059, in *DeJure*, se le motivazioni sulle “gravi ed eccezionali ragioni” sono illogiche o erronee, si configura il vizio di violazione di legge, denunciabile in sede di legittimità; v. anche Cass. 26 settembre 2017 n. 22333, in *D&G*, 27 settembre 2017, con nota di VILLANI, *Spese di lite compensate se durante il processo la parte soccombente ha tenuto un comportamento lecito*.

²⁹ Dopo la quale, per la persistenza del dovere di motivazione specifica: SANTANGELI, *Commento all'art. 13, op. cit.*, p. 145; PILLONI, *Le novità apportate, op. cit.*, p. 480; BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *giustiziacivile.com*, 15 settembre 2014.

³⁰ Per Cass. 6 giugno 2018 n. 14624, in *D&G*, 7 giugno 2018, fra i presupposti tipizzati nel 2014 non rientra l'elemento soggettivo della colpa di un contestato illecito amministrativo; v. anche Cass. 13 giugno 2018 n. 15390, *ivi*, 14 giugno 2018.

³¹ Secondo Cass. 5 luglio 2017 n. 16581, in *RIDL*, 2018, II, p. 188 ss., con nota di METAFORA, *La nozione delle gravi ed eccezionali ragioni nel provvedimento di compensazione delle spese nelle controversie di lavoro*; e, s.m., in *GL*, 2017, p. 31 ss., con nota di GIGLIO, *Controversie di lavoro: condanna alle spese per il lavoratore che perde la causa*, non sono “gravi ed eccezionali ragioni” la posizione di debolezza del lavoratore e lo stato soggettivo della buona fede nell'agire.

lavoro non ha mai derogato al disposto dell'art. 92 c.p.c.³², dunque la condizione soggettiva di lavoratore non ha mai comportato l'esonero dalla refusione delle spese al datore, in caso di soccombenza totale³³. Questa condizione non costituisce, di per sé sola, una ragione sufficiente per derogare alla *par condicio* processuale, circa la condanna alla refusione delle spese della parte totalmente soccombente; e la circostanza che il lavoratore debba talora agire senza poter conoscere elementi di fatto rilevanti e decisivi, può tutt'al più costituire una delle condizioni oggettive perché il giudice, valutata la singola fattispecie, possa compensare le spese in applicazione dell'art. 92, co. 2, come integrato dalla Corte³⁴.

³² La Corte rileva come una deroga per una qualità soggettiva, la non abbenza dell'assicurato o del beneficiario della prestazione, soccombente nei confronti dell'ente, sia prevista nelle controversie previdenziali e assistenziali, all'art. 152 disp. att. c.p.c.; ma ricostruendo le vicende di questa disposizione, sostituita nel 1973, evidenzia come la ragione di tale eccezione stia “nella diretta riferibilità della prestazione previdenziale o assistenziale, oggetto del contenzioso, alla speciale tutela prevista dal secondo comma dell'art. 38 Cost., che mira a rimuovere, o ad alleviare, la situazione di bisogno dell'assicurato o dell'assistito”.

³³ Sul punto, anche con critiche alla prassi giurisprudenziale relativa alla compensazione nelle controversie di lavoro: DE ANGELIS, *Nuova compensazione delle spese processuali e controversie di lavoro tra vulgata e riflessioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT, 367/2018, p. 3 ss., che auspica un uso rigoroso, *secundum legem*, della discrezionalità che la sentenza della Consulta ha restituito al giudice.

³⁴ V. anche SANLORENZO, *La Corte costituzionale ed il regime delle spese di giudizio nel processo del lavoro*, in *questionegiustizia.it*, 1° maggio 2018; SCARPELLI, GIACONI, *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *lavorodiritteuropa.it*, 23 maggio 2018; e SARTOR, *Compensazione spese: i silenzi della Consulta e freno sulle liti del lavoro*, in *LG*, 2018, p. 791 ss.

Key words

Spese giudiziali, compensazione, condizioni, illegittimità costituzionale, controversie di lavoro.

Judicial expenses, compensation, conditions, constitutional illegitimacy, labor disputes.

Corte Costituzionale, 11 aprile 2018 n. 120 – Pres. Lattanzi, Rel. Coraggio.

Militari – Costituzione associazioni professionali – Adesione associazioni sindacali – Limiti.

L'art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare), è costituzionalmente illegittimo poiché sancisce il divieto per i militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale. I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge mentre non possono aderire ad altre associazioni sindacali.

★ ★ ★

Maria Dolores Ferrara
Libertà sindacale e ordinamento militare:
l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale

Sommario: 1. Il diritto di associazione sindacale nell'ordinamento militare: il contesto della sentenza. 2. Diritto di associazione sindacale e *status* dei corpi militari: le ricadute dei principi internazionali nell'ordinamento italiano. 3. Il diritto (condizionato) di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e il divieto di aderire ad altre associazioni sindacali.

I. *Il diritto di associazione sindacale nell'ordinamento militare: il contesto della sentenza*

Nel 1962 Vittorio Bachelet scriveva che l'ordinamento militare è considerato come un ordinamento interno della pubblica amministrazione, ammorendo che l'assorbimento delle forze armate nella pubblica amministrazione costituisce un processo lento e “non privo di sussulti”, poiché esso ha costituito storicamente “una istituzione nel senso romaniano avente in sé una sua forza vitale e una sua regola di condotta”¹. La sentenza della Corte Costituzionale n. 120 dell'11 aprile 2018², che di seguito si commenta, è uno di quei sussulti a cui fa riferimento l'illustre studioso per portare a compimento tale *iter* di assorbimento in relazione allo specifico profilo della libertà sindacale dei militari.

Nella pronuncia annotata la Corte, in netta discontinuità con il passato³,

¹ Cfr. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, 1962, pp. 65, 68, 70. L'abbandono della logica istituzionalistica dell'ordinamento militare è definitivamente consacrato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 23 luglio 1987, n. 278.

² Per una prima riflessione critica si vedano i commenti di LAMBERTUCCI, *La Corte Costituzionale e il sindacato delle forze armate e della polizia ad ordinamento militare tra incertezze interpretative e rinvio alla legge*, in RIDL, 2018, II, in corso di pubblicazione, e FALSONE, *La libertà sindacale indossa le stellette, ma il legislatore deve ancora prendere le misure*, in DRI, 2018, in corso di pubblicazione.

³ Cfr., in particolare, Cost. 13 dicembre 1999, n. 449, in GCost, 1999, p. 3870, nt. D'ELIA, in cui i giudici hanno dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del precedente art. 8, co. 1, l. 11 luglio 1978, n. 382, sollevata in riferimento agli articoli 3, 39 e 52, co. 3, Cost., ritenendo il divieto di associazione sindacale compatibile con l'ordinamento costituzionale poiché la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma avrebbe aperto inevitabilmente la via a organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare.

afferma l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, co. 2, del Codice dell'ordinamento militare, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, sancendo il diritto per i militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale; resta fermo il divieto di aderire ad altre associazioni sindacali.

L'inversione di rotta è ascrivibile al mutato quadro esegetico internazionale di cui si dirà tra breve, ma può essere dipesa anche dal contesto fattuale in cui la Corte ha riletto i divieti stabiliti per le forze armate e di polizia ad ordinamento militare.

Questo contesto è costituito dalle vicende che hanno colpito, in generale, tutto il pubblico impiego in questi anni di crisi (vincoli di bilancio, blocco della contrattazione, degli aumenti retributivi e delle progressioni di carriera anche per il personale pubblico non contrattualizzato, tagli delle spese e del finanziamento dei comparti pubblici e così via dicendo), circostanze che hanno generato un indebolimento della posizione contrattuale del personale pubblico in maniera diffusa. Questa situazione, nel caso dei corpi militari, è aggravata dall'assenza di un sistema di rappresentanza sindacale a cui affidare stabilmente le istanze di tutela. L'attuale tensione si evince anche dalla lettura di alcune sentenze della giurisprudenza amministrativa che hanno valorizzato la funzione di impulso degli organismi rappresentativi del personale militare⁴ nell'ambito delle procedure negoziali per attivare, nel caso in contestazione, l'istituzione dei fondi pensione integrativi per il personale militare e di polizia⁵. Il potenziamento dell'attività di negoziazione collettiva, in assenza del riconoscimento del diritto di associazione nell'am-

⁴ Come è noto, ai sensi dell'art. 1476 del d.lgs. n. 66/2010 possono essere istituiti organi di rappresentanza dei militari, a diversi livelli, centrale e periferico, e con funzioni consultive (proposte, pareri, richieste) nei riguardi del Ministero della difesa su diverse materie concernenti la condizione, il trattamento, la tutela dei militari di natura giuridica, economica, previdenziale, sanitaria, culturale e morale (ciò, in particolare, nel caso del Consiglio Centrale di Rappresentanza, Co.Ce.R., art. 1478, co. 4, d.lgs. n. 66/2010). Questi organismi hanno anche il compito di prospettare le istanze di carattere collettivo su varie questioni, tra cui la qualificazione professionale, l'inserimento nell'attività lavorativa di coloro che cessano dal servizio militare, le provvidenze per gli infortuni subiti e per le infermità contratte in servizio e per causa di servizio, le attività assistenziali, culturali, ricreative e di promozione sociale, anche a favore dei familiari (art. 1478, co. 8, d.lgs. n. 66/2010), con esclusione dei profili riguardanti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale (art. 1478, co. 7, d.lgs. n. 66/2010). Sulle funzioni di questi organismi si veda ampiamente LAMBERTUCCI, *Verso la rappresentanza sindacale dei corpi militari*, in *DLRI*, 2016, p. 627 ss.

⁵ Cfr. Tar Campobasso 19 aprile 2017, n. 145, in *DeJure Banche Dati*.

bito dell'ordinamento militare, diventa un obiettivo difficilmente raggiungibile. Il quadro è notevolmente mutato anche in relazione ai soggetti destinatari dell'originario divieto, poiché, come è noto, per effetto delle riforme che hanno interessato il corpo forestale (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177), parte del personale ivi addetto, che aveva lo *status* e le garanzie, tra cui quelle sindacali, di un corpo di polizia ad ordinamento civile, è stato assorbito nell'Arma dei Carabinieri, a cui, invece, si applica il rigido divieto.

2. *Diritto di associazione e status dei corpi militari: le ricadute dei principi internazionali nell'ordinamento italiano*

La rinnovata attenzione anche in sede di attività parlamentare⁶ nei confronti di questi temi è scaturita dall'esigenza di uniformarsi all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà sindacale dei corpi militari.

Nella pronuncia commentata l'incompatibilità dell'ordinamento italiano con le norme internazionali è vagliata sul piano delle fonti e della loro interpretazione ed efficacia. In relazione al primo profilo, l'esegesi della Corte pare lineare, poiché in conformità all'obbligo di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dall'ordinamento internazionale (art. 117, co. 1, Cost.), il Giudice delle Leggi richiama gli articoli 11 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 5 della Carta sociale europea nella versione consolidata del 1996. Le fonti internazionali invocate, pur contemplando la possibilità di introdurre restrizioni all'esercizio dei diritti sindacali dei militari e delle forze di polizia⁷, non possono essere interpretate in modo tale da negare radicalmente il diritto di costituire associazioni a carattere sindacale.

Dopo aver ribadito la natura vincolante della Convenzione EDU e della Carta sociale europea ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., l'*iter* ermeneutico dei

⁶ Per un esame dei progetti di legge in tema di rappresentanza dei corpi militari, cfr. LAMBERTUCCI, *Verso la rappresentanza*, cit., p. 629 ss.

⁷ L'art. 11, par. 2, della Convenzione EDU nel riconoscere il diritto di associazione sindacale ammette la possibilità di restrizioni fissate dalla legge che costituiscono in una società democratica misure necessarie per garantire la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Parimenti, l'art. 5 della Carta sociale europea rimette alla legge e alla regolamentazione nazionale la misura in cui il diritto di associazione sindacale si applica alle forze di polizia e ai corpi militari.

giudici si addentra nel problema dell'interpretazione e dell'efficacia dei due testi, operando un distinguo. Solamente il sistema della Convenzione è dotato di un meccanismo di giustiziabilità delle norme ivi contenute (art. 32, par. 1, e art. 46, CEDU)⁸, essendo carenti, nel contesto della Carta sociale europea, analoghe previsioni. Questa ricostruzione ha rappresentato per i giudici della Corte Costituzionale la via di fuga per non essere vincolati dalla decisione assunta dal Comitato europeo dei diritti sociali del 27 gennaio 2016⁹, invocata dalle parti per fondare la questione di incostituzionalità dell'art. 1475, co. 2, d.lgs. n. 66/2010, e in cui si interpreta estensivamente l'art. 5 della Carta sociale, ammettendo la partecipazione ad associazioni sindacali anche del personale non più in servizio, seppure appartenente al personale militare o di polizia. Il possibile varco è stato serrato dalla Corte Costituzionale che ha ritenuto vincolanti soltanto le norme convenzionali nell'interpretazione resa dalla C. Eur. Dir. Uomo nei noti casi *Metelly* e *ADefDroMil*¹⁰, in cui è stata dichiarata la contrarietà alle disposizioni della CEDU del divieto di costituire un'associazione professionale a carattere sindacale tra militari contenuto nella legislazione francese (art. L. 4121-4 del *Code de la Défense*, modificato, dopo queste sentenze della C. Eur. Dir. Uomo, dalla l. 28 luglio 2015, n. 2015-917). Nella pronuncia in commento si conferma la tendenza sovranista come tecnica di risoluzione delle antinomie tra le norme della Convenzione EDU e le disposizioni interne a esse contrarie¹¹, ribadendo la centralità del controllo del sindacato costituzionale che deve riguardare la norma convenzionale come prodotto dell'interpretazione e non la disposizione in sé e per sé con-

⁸ Secondo cui, rispettivamente, la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli; le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti.

⁹ Cfr. reclamo al Comitato europeo dei diritti sociali n. 101/2013, *Conseil Européen des Syndicats de Police v. Francia*.

¹⁰ C. Eur. Dir. Uomo 2 ottobre 2014, *Matelly c. Francia*; C. Eur. Dir. Uomo 2 ottobre 2014, *ADefDroMil v. Francia*.

¹¹ A partire dalle note sentenze c.d. "gemelle" C. Cost. n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in cui, come è risaputo, l'apparato della Convenzione EDU è considerato fonte sub-costituzionale che vincola i giudici nazionali non nella sua formulazione testuale bensì nell'interpretazione datane dalla sua Corte, ovvero quella di Strasburgo; cfr., recentemente, GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1; RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, p. 1.

siderata. Tecnica, in questo caso, necessaria per subordinare il diritto di associazione a talune restrizioni, poiché tale diritto è riferito all'istituzione e all'adesione ad associazioni sindacali di mestiere costituite esclusivamente dal personale appartenente ai corpi militari e non anche alla possibilità di aderire ad altre associazioni sindacali. La conclusione a cui perviene la Corte si fonda sulla considerazione che questa ultima questione non è stata oggetto di specifica pronuncia della Corte di Strasburgo. Tale scelta argomentativa, tuttavia, si presta ad alcuni rilievi critici sia sul piano del diritto internazionale sia sul piano del diritto interno a cui si farà cenno nel prossimo paragrafo.

Pur se non è possibile, neppure sinteticamente, accennare al complesso dibattito sulle interferenze tra ordinamenti nazionali e sistemi internazionali di protezione dei diritti fondamentali, va richiamata l'attenzione su un aspetto. Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹² si desume, in generale, una tendenza espansiva nella definizione degli ambiti applicativi dell'art. 11 della CEDU, originariamente limitato all'attività di associazione (costituzione e adesione ai sindacati). Si segnala, particolarmente, l'interpretazione evolutiva adottata dalla C. Eur. Dir. Uomo, in relazione alla libertà sindacale negativa¹³, ai diritti di contrattazione collettiva e al diritto di sciopero. Si assiste, infatti, al riconoscimento di questi diritti come espressione fondamentale della libertà di associazione sindacale, fondando l'esegesi, da un lato, sulla tutela multilivello di cui gode il diritto di negoziazione collettiva¹⁴ e, dall'al-

¹² Per una recente rassegna cfr. DIGENNARO, *I diritti sindacali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in LG, 2015, p. 505.

¹³ L'originaria posizione astensionistica (C. Eur. Dir. Uomo 13 agosto 1981, *Young, James, Webster v. United Kingdom*) è stata gradualmente superata da una lettura dell'art. 11 della Convenzione implicante il riconoscimento anche della libertà negativa di non associarsi (C. Eur. Dir. Uomo 30 giugno 1993, *Sigurður a. Saurjónsson v. Iceland*; C. Eur. Dir. Uomo 11 gennaio 2006, *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*).

¹⁴ Anche in questo caso si assiste a un netta evoluzione. Nelle prime sentenze, infatti, la negoziazione collettiva veniva esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 11 della CEDU (C. Eur. Dir. Uomo 27 ottobre 1975, *National Union of Belgian Police v. Belgium*; C. Eur. Dir. Uomo 6 febbraio 1976, *Swedish Engine Drivers' Union*; un primo riconoscimento si ha in C. Eur. Dir. Uomo 25 aprile 1996, *Gustafsson v. Sweden*). In seguito, la Corte ha invece valorizzato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come strumento che va interpretato anche in relazione ai principi sanciti dal diritto internazionale (come le Convenzioni OIL e l'art. 6 della Carta sociale europea), dal diritto dell'Unione Europea (art. 28 della CDFUE) e dai diritti nazionali (C. Eur. Dir. Uomo 12 novembre 2008, *Demir and Bakara v. Turkey*). In relazione al diritto di sciopero cfr. C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*.

tro, sulla valorizzazione di queste garanzie per assicurare¹⁵, in generale, la libert  sindacale¹⁶. Questa elaborazione giurisprudenziale della C. Eur. Dir. Uomo testimonia l'esistenza di un sistema di tutela non tanto piramidale, ma circolare, ossia una sorta di patrimonio comune dei diritti fondamentali che in materia di libert  sindacale non pu  ignorare i principi dettati in tema di limiti ai diritti sindacali presenti nel testo dell'art. 11 CEDU e la successiva interpretazione della C. Eur. Dir. Uomo¹⁷. Per la Corte di Strasburgo, infatti, il margine di apprezzamento lasciato al legislatore in relazione alle restrizioni   inversamente proporzionale alla capacit  dei vincoli legislativi di colpire il cuore dell'attivit  sindacale. Nella sentenza della Corte Costituzionale qui commentata il sindacato sulla legittimit  delle restrizioni e la compatibilit  con i divieti di discriminazione (e, in particolare, con l'art. 14 della Convenzione EDU) rivestono un ruolo ancillare, prevalendo, invece, la tecnica del bilanciamento che lascia maggiore discrezionalit  nella definizione del confine mobile tra diritti fondamentali e conformit  della norma nazionale in possibile contrasto.

3. *Il diritto (condizionato) di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e il divieto di aderire ad altre associazioni sindacali*

I profili maggiormente problematici della pronuncia si riferiscono alla configurazione del neo nato diritto di associazione sindacale in favore dei corpi militari. La sentenza additiva della Corte ha cancellato la norma, perch  incostituzionale, ma ha riscritto il divieto, rimarcando la necessit  dell'intervento del legislatore in materia (punto 18 della sentenza). Pi  che di una caducazione del divieto, pare, ad avviso di chi scrive, una sua riscrittura anche se in una veste pi  *soft*.

¹⁵ Anche l'evoluzione del riconoscimento del diritto di sciopero nell'ambito della tutela accordata dalla Convenzione   stata accidentata (negava tale riconoscimento C. Eur. Dir. Uomo 6 febbraio 1976, *Schmidt v. Dahlstr m v. Sweden*; C. Eur. Dir. Uomo 27 giugno 2002, *Federation of Offshore Worker's Trade Union's and Others v. Norway*).

¹⁶ Qualifica il diritto di sciopero come corollario inscindibile del diritto di associazione C. Eur. Dir. Uomo 21 aprile 2009, *Enrji Yapi-Yol Sen. V. Turkey*; in senso negativo e con riferimento allo sciopero di solidariet , cfr. C. Eur. Dir. Uomo *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, cit.

¹⁷ V. C. Eur. Dir. Uomo, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, cit., punto 87.

Il diritto di associazione sindacale nell'ordinamento militare è riconosciuto, ma sottoposto a limiti di natura sostanziale e organizzativa.

Sul piano sostanziale, infatti, si esclude la possibilità di aderire ad altre associazioni sindacali, configurandosi essenzialmente una libertà sindacale circoscritta all'associazionismo di mestiere. L'imposizione di una simile restrizione è avvertita come doverosa dalla Corte (punto 15). Tuttavia, sulla legittimità di tale condizione i giudici non si dilungano, limitandosi ad affermarne l'incompatibilità con i principi costituzionali.

La lunga battaglia per l'affermazione delle libertà sindacali nell'ordinamento militare è giunta ad una svolta storica, poiché dopo molti anni dall'approvazione della legge 1 aprile 1981, n. 121, (articoli 82 e 83) per le forze di polizia¹⁸, la Corte Costituzionale afferma l'illegittimità del divieto di costituire o aderire ai sindacati di mestiere per il personale militare. Si stabilisce una breccia nel muro del carattere autoritario e coercitivo dell'attività di questi corpi¹⁹, breccia che, tuttavia, a causa dell'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc*, impone alla Corte di sancire un solido cardine per evitare crepe. La permanenza del divieto di aderire ad altre associazioni sindacali è coerente con il modello fissato per la polizia per cui, come è noto, permane il divieto di aderire, affiliarsi o avere relazioni di carattere organizzativo con altre associazioni sindacali (art. 83, co. 2, l. n. 121/1981).

Tuttavia, la convergenza pare tutt'altro che avvenuta. Come anticipato, infatti, la Corte frappone limitazioni anche di carattere "organizzativo", poiché la costituzione e l'adesione a un sindacato di mestiere soggiacciono alle regole fissate dal citato codice dell'ordinamento militare in materia di costituzione di associazioni tra i militari; il fine sindacale è considerato alla stregua di qualsiasi altra finalità associativa. Il richiamo, in questa sentenza, alla specialità dell'ordinamento militare, che in passato era stato utilizzato per rigettare la questione di incostituzionalità del divieto²⁰, potrebbe, in pratica,

¹⁸ La l. n. 121/1981 ha consentito al personale della polizia di Stato la costituzione di un sindacato autonomo, separato dalle altre organizzazioni sindacali. Il modello di sindacalismo corporativo ha rappresentato un'importante affermazione di libertà e pluralismo sindacale; tuttavia, la permanenza del divieto di sciopero conferma la specialità del relativo trattamento allo scopo di garantirne l'imparzialità e l'indipendenza. Cfr. LAMBERTUCCI, *Verso la rappresentanza*, cit., p. 623. In generale, si veda F. CARINCI, *Una legittimità solidarietà*, in *Nuova polizia e riforma dello Stato*, 1981, p. 8; RUSCIANO, *Il sindacato di polizia*, in *Contr.*, 1980, p. 19.

¹⁹ Così preconizzava, in relazione alla caduta del divieto per le forze di polizia, GHERA, *Libertà sindacale e ordinamento della polizia*, in *GCost.*, 1976, p. 657.

²⁰ Cfr. C. Cost. 13 dicembre 1999, n. 449, cit.

svuotare di significato il diritto appena acquisito. Al fine di evitare un vuoto normativo (punto 15 della sentenza), i giudici individuano i limiti di esercizio del neonato diritto, ritenendo applicabili, in primo luogo, il divieto di sciopero, il principio di democraticità delle Forze armate (art. 52 Cost.) che “non può non coinvolgere anche le associazioni tra militari” (punto 16 della sentenza), il principio di neutralità di cui agli artt. 97 e 98 Cost. A questi principi generali la Corte aggiunge il vincolo dell’art. 1475, co. 1, d.lgs. n. 66/2010, che assoggetta la creazione di associazioni o circoli tra militari al preventivo assenso del Ministero della difesa, con l’effetto di rendere il diritto di associazione sindacale tra militari appena affermato un diritto “condizionato” da un’ingombrante requisito procedimentale e sostanziale, ossia l’autorizzazione governativa.

Questo richiamo, apparentemente innocuo, disvela un approccio interpretativo del passato fondato sulla difesa della separatezza dei corpi militari, della loro impermeabilità al mondo esterno e, in particolare, alla tentazione sindacale che costituisce “la più ricca di potenzialità liberatrici e perciò, nell’ottica dei giudici, eversive”²¹.

La presenza di limiti è, in definitiva, una costante irrinunciabile del “diritto sindacale separato”²², pur se non mancano perplessità rispetto a questi esiti interpretativi.

Il richiamo all’art. 1475, co. 1, del d.lgs. n. 66/2010, non è solo un limite procedurale, poiché può comportare un giudizio sull’attività svolta dall’associazione di carattere sindacale da cui dipende l’autorizzazione del Ministero della difesa. Questo meccanismo potrebbe essere in contrasto con le norme internazionali e, in particolare, con la Convenzione OIL n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, dove all’art. 2 espressamente si sancisce che “i lavoratori e i datori di lavoro hanno il diritto, senza alcuna distinzione e senza autorizzazione, di costituire delle organizzazioni di loro scelta”²³. Si riconosce, dunque, a tutti i lavoratori, senza

²¹ V. MANCINI, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, in *RTDPC*, 1975, p. 288, a proposito del diritto di associazione della polizia di Stato.

²² V. MENGHINI, *Le articolazioni del “diritto sindacale separato”*: polizie, carabinieri, forze armate, in *RGL*, 1992, I, p. 377.

²³ V. VON POTOBsky, *Freedom of Association: The impact of Convention No. 87 and ILO Action*, in *International Labour Review*, 1998, p. 195; DUNNING, *The Origins of Convention No. 87 on Freedom of Association and the Right to Organize*, in *International Labour Review*, 1998, p. 149; ILO, *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of The Go-*

distinzione, il diritto di costituire e di iscriversi a organizzazioni di propria scelta, senza che i pubblici poteri possano interferire in modo limitativo²⁴.

Allo stesso tempo, questa lettura non sembra coerente con il dettato costituzionale, poiché un meccanismo che comporti il sindacato nel merito della costituzione di un'associazione sindacale da parte dell'autorità governativa è possibile solo nell'ambito della più ampia regolazione legislativa della rappresentatività sindacale per effetto dell'attuazione dell'art. 39, co. 2, Cost.²⁵. In ogni caso, la libertà sindacale riconosciuta al personale militare è limitata soltanto alle forme associative, senza tenere in conto, in generale, la più ampia libertà di organizzazione riconosciuta e garantita in materia sindacale ai sensi dell'art. 39, co. 1, Cost. Fin dalle più lontane pronunce, la Corte Costituzionale non ha mancato di evidenziare che il contenuto del primo comma dell'art. 39 Cost. non è circoscritto solo in termini di una dichiarazione di libertà organizzativa, ma si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale²⁶. Pur se si ritenessero equo-ordinate le due funzioni²⁷, organizzativa e di libertà di azione, su cui si fonda il diritto di libertà sindacale, la lettura proposta dalla Corte nella sentenza in commento, anche sotto questa prospettiva, solleva qualche dubbio, fermo restando che continua a permanere una marcata differenza rispetto al trattamento riservato al personale di polizia ad ordinamento civile, trattamento che, in relazione alla libertà sindacale, ha subito, di recente, un ulteriore non trascurabile allargamento, essendo stato sancito il diritto di adesione ai sindacati di polizia anche per il personale in quiescenza²⁸.

verning Body of The ILO, 2006, International Labour Office Geneva, in www.ilo.org/ilolex/english/23e2006.pdf.

²⁴ Il rinvio alla Convenzione OIL 87 del 1948 è presente in molti commenti; cfr. PEDRAZZOLI, *L'autotutela con le stellette*, in *Critica del diritto*, 1975, p. 115; più recentemente, LAMBERTUCCI, *Verso la rappresentanza*, cit., p. 621.

²⁵ Cfr. LAMBERTUCCI, *La Corte Costituzionale*, cit.

²⁶ Cfr. C. Cost. 4 maggio 1960, n. 29.

²⁷ Cfr. C. Cost. 5 febbraio 1975, n. 15.

²⁸ Cfr. art. 83, l. n. 121/1981, come modificato dall'art. 7, co. 9-bis, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. con modd. dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125.

Key words

Libertà sindacale, corpi militari, associazioni sindacali, limiti.

Trade Union freedom, military forces, trade union associations, limits.

**Corte Costituzionale, 26 settembre 2018 n. 194 – Pres. Lattanzi,
Rel. Sciarra**

Contratto a tutele crescenti – Licenziamento ingiustificato – Indennità risarcitoria – Quantificazione indennità – Anzianità di servizio – Illegittimità criterio unico.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 1, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014 n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, co. 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2018, n. 96 – limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”.

★ ★ ★

Raffaele De Luca Tamajo

**La sentenza costituzionale 194 del 2018
sulla quantificazione dell'indennizzo
per licenziamento illegittimo**

Sommario: 1. Il combinato disposto di due recenti interventi di riforma. 2. Profili di legittimità e di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs n. 23/2015. 3. Il *self restraint* della Corte e talune criticità. 4. Le ricadute su altre norme del d.lgs n. 23/2015.

1. Il combinato disposto di due recenti interventi di riforma

A prescindere da ogni considerazione di merito, può ben dirsi che né il primo intervento lavoristico dell'attuale Governo in tema di licenziamento né la recente pronuncia n. 194 del 2018 della Corte Costituzionale hanno demolito l'impalcatura complessiva del c.d. "Contratto a tutele crescenti". E ciò malgrado la retorica trionfalistica del Ministro del Lavoro e, per altro verso, gli auspici insistiti del Tribunale di Roma in una ordinanza di rinvio alla Corte intessuta da sospetti di incostituzionalità ad ampio spettro¹.

La legge n. 87 del 2018 (nota come Decreto Dignità) si è infatti limitata ad innalzare il minimo e il massimo della indennità dovuta in caso di licenziamento illegittimo (quando questo non comporti la reintegra); la Corte Costituzionale è intervenuta per modificare soltanto i criteri di quantificazione della medesima indennità, ritenendo che il solo parametro della anzianità di servizio non risponda a principi di eguaglianza e ragionevolezza².

¹ Sulla ordinanza del Tribunale di Roma v. CAVINO, *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss.; SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, II, p. 333 ss.; MARTONE, *Tanto tuonò che piove: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *ADL*, 2017, I, p. 1039 ss.; CARINCI F., *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *LG*, 2017, p. 902 ss.; TOSI, LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza... annunciata*, in *GI*, 2017, pp. 2174 e ss.; GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2017, p. 1195 ss.; D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, 2, p. 228 ss.; PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *RIDL*, 2017, II, p. 787 ss.

² Diversamente da quanto ritenuto dal *Conseil constitutionnel* francese con sentenza del 5

Con questo non si vuole minimizzare l'effetto provocato dal combinato dei due interventi riformatori, dal momento che oggi un datore di lavoro può essere condannato – sulla base di una valutazione discrezionale del Magistrato sganciata dal riferimento alla mera anzianità di servizio – a versare al lavoratore ingiustamente licenziato una indennità significativamente alta anche per anzianità non necessariamente elevate, laddove nel precedente regime un indennizzo elevato poteva essere disposto solo per anzianità proporzionalmente crescenti ed inoltre la massima indennizzazione (36 mensilità) sarebbe divenuta operativa solo nel cospetto di una anzianità di servizio di 18 anni e di un lavoratore assunto dal 7 marzo 2015 in poi: dunque solo a partire dal 2033!! Si vuole solo rilevare che l'equilibrio delineato dal Jobs Act tra sanzione reintegratoria e sanzione economica è stato salvaguardato ed anzi legittimato dalla Corte Costituzionale, che, nella scia di proprie precedenti pronunzie, ha ribadito con chiarezza l'assenza di copertura costituzionale per il principio della reintegra, ben potendo il legislatore adottare per il licenziamento illegittimo una tutela anche solo risarcitoria e monetaria.

Va infatti considerato che a livello legislativo la mediazione tra opposti e sensibili valori in tema di disciplina del licenziamento si svolge su piani molteplici: dalla definizione delle “causali” alla scelta del rimedio sanzionatorio, dalla fissazione di un minimo e massimo dell'indennizzo all'individuazione dei parametri di quantificazione di quest'ultimo. Su ciascuno di essi il legislatore esercita una autonoma discrezionalità di bilanciamento tra opposti interessi, ad alta pregnanza valoriale e politica, esponendosi a opposte valutazioni e a delicati giudizi di costituzionalità. Con la sentenza n. 194/2018 la Corte ha invece ritenuto di dover censurare soltanto la ponderazione di interessi intervenuta in via legislativa sul segmento disciplinare relativo al parametro di quantificazione dell'indennizzo, rispettando, viceversa, tutte le restanti opzioni normative.

agosto 2015 che ha ritenuto ragionevole e legittima la norma che collega alla anzianità di servizio i limiti minimo e massimo dell'indennizzo per licenziamento illegittimo.

2. *Profili di legittimità e di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015*

La Corte, investita del vaglio di costituzionalità di una serie di norme del d.lgs. 23/2015, ha provveduto preliminarmente a sgomberare il campo dalla più parte delle questioni sollevate dal Tribunale di Roma, ritenendole inammissibili. In particolare ha posto fuori dal giudizio di costituzionalità, perché inapplicabili nel giudizio *a quo* o per difetto di motivazione, l'art. 1, co. 7, della legge delega 183/2014, l'art. 2 (licenziamento discriminatorio o nullo), i commi 2 e 3 dell'art. 3 (reintegrazione), l'art. 4 (vizi formali e procedurali) del d.lgs. 23/2015.

Eguale mente la Corte ha sfrondata una serie di parametri costituzionali, unieuropei o internazionali (art. 117, co. 1, Cost.; art. 30 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 10 Convenzione OIL n. 158/1982) invocati dal Tribunale remittente al fine di evidenziare il contrasto con essi delle norme “sospettate”.

Infondato è poi, secondo la Corte, il dubbio di costituzionalità dell'art. 3, co. 1, del d. lgs. 23/2015, avanzato sotto il profilo della disparità di regime giuridico tra gli assunti prima del 7 marzo 2015 (governati dall'art. 18 come riscritto dalla cd. legge Fornero) e gli assunti da tale data in poi (disciplinati dal “Contratto a tutele crescenti”).

Anche qui la pronunzia si muove nel solco di un proprio orientamento secondo cui “il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche”, a condizione, però, che la differenziazione sia dotata di una propria ragionevolezza. Nella specie il differente trattamento non contrasta – secondo la Corte – con il canone di ragionevolezza (principio di eguaglianza), in quanto trova giustificazione nell'obiettivo di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro” da parte di coloro che sono in cerca di occupazione³. Qui la Corte, pur non facendo propria la vulgata che aggancia la maggiore propensione occupazionale delle imprese alla riduzione degli standard garantistici in tema di conservazione del posto di lavoro, prende atto che questo è l'obiettivo ravvisabile nella ratio

³ Per una critica alla teoria che giustifica interventi recessivi sui diritti sociali come contropartita dell'impulso alla competitività delle imprese e alla ripresa delle dinamiche occupazionali vedi per tutti FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: “one step forward two step back”*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it*, 382/2018 ed ivi ampia bibliografia.

della disciplina del d.lgs. n. 23/2015 e lo ritiene idoneo a giustificare la in-dubitabile differenza di trattamento tra gli assunti in momenti diversi. Si perde così una occasione preziosa per invocare – con una sentenza monito o auspicio – un intervento legislativo quanto mai necessario per ridurre ad unità o quanto meno razionalizzare la selva intricata di ben 12 diversi regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo, che attualmente rendono complessa la fase applicativa della legge e ancor più disorientano il pur auspicato investitore.

Quanto poi alla controversa natura giuridica della indennità di cui al comma 1 dell'art. 3, la Corte sembra qualificarla, almeno prevalentemente e con qualche forzatura, come risarcimento del danno derivante dalla illegittima estromissione, un danno liquidato dal legislatore del 2015 in misura forfettaria e standardizzata, in quanto per la sua quantificazione viene utilizzata come unica variabile l'anzianità di servizio del dipendente licenziato.

Ma è proprio questa premessa ricostruttiva a indurre la Corte a ritenere che il risarcimento standardizzato tradisce il principio della personalizzazione del danno e si traduce in una indebita assimilazione di situazioni diverse con violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.⁴: la lesione derivante da un illegittimo licenziamento assume, infatti, una entità diversa tra lavoratori che presentano caratteristiche differenti di età, di localizzazione territoriale, di professionalità, etc. mentre la forfettizzazione del risarcimento e l'automatismo della quantificazione appiattisce una casistica variegata e porta con sé l'assimilazione forzata di situazioni nella realtà diverse.

Del resto, nella giurisprudenza della Corte gli automatismi normativi e quelli in tema di risarcimento, in particolare, sono sempre stati sottoposti a un rigoroso vaglio di ragionevolezza. Che nel caso della disciplina in esame ha registrato un esito negativo in quanto il meccanismo di quantificazione del danno – secondo la Consulta – non consente un adeguato e proporzio-

⁴ Condivide l'assunto CARINCI M.T., *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs act: una pronunzia destinata ad avere un impatto di sistema*, di prossima pubblicazione in *RIDL*, 2018, n. 4, II: "A ragione dunque la Consulta – in linea con i propri precedenti e nell'ottica di quella giurisprudenza che nega la possibilità di automatismi nel risarcimento di diritti fondamentali – ritiene imprescindibile, ai sensi dell'art. 3 Cost., la personalizzazione o individualizzazione dell'indennità, vista nella sua primaria funzione risarcitoria, al danno effettivamente subito da ciascun lavoratore". Ritiene, viceversa, che il trattamento inferiore imposto ai nuovi lavoratori assunti dal 7 marzo in poi sia eccessivamente gravoso rispetto alla possibilità di rafforzare l'occupabilità dei lavoratori e quindi critica il bilanciamento operato dalla Corte, FONTANA, *op. cit.*

nato ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore, specie, ma non soltanto, per le anzianità di servizio più basse, dove il risarcimento scolora in una modesta elargizione economica che ben poco ha a che fare con il ristoro effettivo del danno provocato dall'illegittimo licenziamento⁵. Affermazione condivisibile che consente anche di superare l'assunto della giurisprudenza costituzionale secondo cui il carattere della "compensatività" non significa "integralità della riparazione" o "equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato"⁶.

Inoltre, osserva la sentenza n. 194 del 2018, anche sotto l'ulteriore, e sia pure meno pregnante, profilo della funzione dissuasiva nei confronti del datore di lavoro, l'indennizzo parametrato alla sola anzianità di servizio non raggiunge l'obiettivo, in quanto la sua entità non comporta una adeguata remora per il datore di lavoro dal procedere a licenziamenti illegittimi.

3. *Il self restraint della Corte e talune criticità*

Complessivamente la sentenza si fa apprezzare per l'equilibrio della soluzione cui perviene e per il *self restraint*⁷ rispetto al chiaro disegno legislativo di marginalizzazione della reintegrazione, che risponde – come è noto – ad una ben precisa, ancorché discussa, linea di politica del diritto: per dirla in modo un po' semplicistico, quella di ausiliare la lotta alla disoccupazione me-

⁵ Plaude a questa parte della pronuncia della Corte, PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, di prossima pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019: "Qui la Corte sviluppa un ragionamento esemplare che, dal controllo di ragionevolezza attraverso la tecnica del bilanciamento si snoda lungo una linea argomentativa ispirata dai valori di giustizia sociale... Si respira in questi passaggi ermeneutici quel senso di ricchezza assiologica che solo l'orizzonte dei valori sociali riesce ad evocare". Cfr. altresì CARINCI M.T., *op.cit.* che concorda pienamente con le conclusioni della Consulta: "il criterio dell'anzianità è incongruo, perché incapace da solo di realizzare la finalità di ristoro del danno patito dal lavoratore, e per questo è al contempo inadeguato (o irragionevole), perché finisce per comprimere, frequentemente, in modo molto significativo l'interesse del lavoratore e, di conseguenza, favorisce in modo netto il contrapposto interesse del datore che ha cagionato il danno". Al contrario PROIA, *op. cit.*, p. 787, che contesta l'affermazione del Tribunale remittente secondo cui l'indennità in questione sarebbe "tanto modesta ed evanescente da realizzare quasi un ripristino di fatto della libertà di licenziamento".

⁶ V. C. Cost. n. 148 del 1999.

⁷ Auspicato da PROIA, *op. cit.*, p. 782 mentre si era in attesa della pronuncia della Consulta.

dianete una flessibilizzazione delle regole del lavoro ovvero di dinamizzare il mercato del lavoro offrendo migliori condizioni normative alla domanda di lavoro.

Una linea politica, questa, che (come del resto la sua opposta) presenta un alto gradiente ideologico e che, come tale, avrebbe potuto influenzare il vaglio di costituzionalità spingendolo nella scia della remissione del Tribunale di Roma; il che avrebbe comportato approdi ben più incisivi.

È perciò apprezzabile, che la sentenza, non cedendo a lusinghe demolitorie, abbia ritenuto di circoscrivere l'intervento ablativo, non avendo ravvisato nel testo normativo rimesso un evidente attrito con principii costituzionali, salvo per quanto concerne il parametro della anzianità di servizio.

Resta aperta la disputa tra chi ritiene che la sentenza in esame sia puramente ablativa, in quanto il dispositivo nel caducare il criterio di quantificazione legato alla anzianità di servizio non fa alcun riferimento ad altri criteri sostitutivi e aggiuntivi, ripresi solo nella motivazione, e chi invece propende per la natura additiva o manipolatoria della medesima sentenza sul presupposto di una lettura necessariamente integrata tra dispositivo e motivazione⁸. L'alternativa, a mio avviso, non crea eccessivi problemi pratico-applicativi perché è verosimile che i giudici utilizzeranno, per quantificare l'indennizzo, proprio i criteri evocati (in modo vincolistico o tendenziale) dalla Corte in motivazione e innanzitutto il più comodo e meccanico parametro della anzianità, (peraltro collocato in posizione preminente rispetto agli altri)⁹, sia pur liberamente mixato con gli ulteriori criteri e comportamentali indicati dalla Consulta.

La positiva valutazione non esime, tuttavia, dall'evidenziare qualche criticità:

a) è agevole rilevare che i criteri che la sentenza suggerisce di utilizzare ai fini della quantificazione dell'indennizzo – innanzitutto la anzianità, ma poi il numero di dipendenti, le dimensioni della azienda, i comportamenti e le condizioni delle parti –, pur immanenti nel sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, non risultano coerenti con la funzione prevalentemente risarcitoria attribuita alla indennità in questione, non rilevano affatto

⁸ In tal senso CARINCI M.T., *op. cit.*

⁹ Contra PERULLI, *op. cit.*, secondo cui i diversi parametri desunti dalla Corte non sono affatto gerarchicamente ordinati.

al fine di fotografare il danno soggettivo da risarcire (salvo forse il parametro delle “condizioni delle parti”) e semmai attengono, sia pure con qualche forzatura, alla funzione sanzionatoria e dissuasiva del datore di lavoro, che resta, però, secondaria nella ricostruzione fornita dalla Corte¹⁰.

b) Non si comprende perché la Corte, che pure aveva legittimato il diverso trattamento tra gli assunti pre e post 7 marzo 2015 mediante il ricorso alla salvifica finalità occupazionale, non abbia ritenuto di giustificare con la medesima finalità, connessa alla prevedibilità della sanzione risarcitoria, anche l’omologazione di situazioni diverse insita nell’automatismo legato alla anzianità di servizio (risarcimento eguale per lavoratori in condizioni soggettive diverse).

Come dire: se un trattamento diseguale può essere giustificato dalla finalizzazione a un interesse superiore (quello alla maggiore occupazione), anche un trattamento incongruamente eguale di situazioni diverse e appiattite dall’automatismo avrebbe potuto essere immunizzato dal sospetto di incostituzionalità in ragione delle medesime ragioni finalistiche. La omologazione di situazioni ipoteticamente diverse avrebbe insomma potuto trovare una propria ragionevolezza nella finalizzazione ad obiettivi di certezza del diritto quale veicolo, sia pure indiretto, di politica occupazionale.

c) Il ricorso agli aggettivi “congruo”, “adeguato”, “dissuasivo” – pur frequente nel lessico della Corte –, lungi dal definire la dimensione del risarcimento, apre praterie alla discrezionalità valutativa dei giudici in una materia in cui pressanti esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità della sanzione avevano trovato nel precedente regime piena e condivisa soddisfazione.

d) È poi discutibile che sia affidato alla discrezionalità del Giudice l’apprezzamento – ai fini della quantificazione dell’indennizzo – della incidenza nel caso concreto delle condizioni del mercato locale (con la conseguente inopportuna regionalizzazione del meccanismo sanzionatorio) o della diligenza del lavoratore nella ricerca di un impiego alternativo, fattori evocati dai parametri dei “comportamenti” e delle “condizioni delle parti” e tuttavia di ben difficile acclaramento nella sede giudiziale¹¹.

¹⁰ ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta*, di imminente pubblicazione, in *RIDL*, 2018, II, n. 4, osserva che nessuno dei criteri contenuti nell’art. 8, l. 604/1966 e ripresi dalla Corte “influisce sulla entità del danno patito dal dipendente”. Analoghe le considerazioni di CARINCI M.T., *op. cit.*

¹¹ Così ICHINO, *op. cit.*, che sottolinea, tra l’altro, “gli effetti macroeconomici paradossali

4. *Le ricadute su altre norme del d.lgs. n. 23/2015*

Quanto alle ricadute della sentenza della Corte su altre norme del d.lgs. n. 23/2015 che adottano a fini sanzionatori il medesimo parametro della anzianità di servizio va osservato:

- l'art. 4, che sanziona il licenziamento viziato da carenze formali, non è allo stato toccato dalla sentenza in esame e resta integro, salve ovviamente ulteriori pronunzie di incostituzionalità;

- l'art. 6, che fissa da 3 a 27 mensilità la dazione in caso di conciliazione "incentivata", resta integro ma vede spostata verso l'alto la disponibilità e la convenienza del lavoratore che può oggi sperare in un risarcimento più corposo, quantificabile tra le 6 e le 36 mensilità;

- l'art. 9, che fissa in 6 mensilità il tetto risarcitorio per il licenziamento illegittimo irrogato da piccole imprese e da organizzazioni di tendenza, è anch'esso intatto, ma resta ovviamente esposto ad ulteriori valutazioni di costituzionalità;

- l'art. 10, che in tema di licenziamento collettivo rinvia per i criteri di quantificazione dell'indennizzo all'art. 3 co. 1, deve intendersi automaticamente riferito alla nuova scrittura della norma, quale operata dalla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale.

conseguenti ad un apparato sanzionatorio che aumentasse il *severance cost* nelle regioni dove le condizioni del mercato del lavoro sono peggiori e lo diminuisse dove le condizioni del mercato sono migliori".

Key words

Licenziamento ingiustificato, risarcimento del danno, criterio dell'anzianità di servizio, discrezionalità valutativa del giudice.

Unjustified dismissal, compensation for damage, criterion of the seniority of service, judicial discretion.

Paola Saracini

Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*

Sommario: 1. Premessa. 2. Le questioni sollevate: cenni. 3. La decisione della Corte: il ruolo del “mercato” e del diritto europeo e internazionale. 4. Tutela indennitaria e tecnica di bilanciamento. 5. Il ragionamento della Corte: quello che c’è... 6. *Segue* ... e quello che ci sarebbe potuto essere: il rilievo della tutela “occupazionale”. 7. *Segue*. Contenuto essenziale del diritto e libertà d’impresa. 8. Sentenza 194/2018 *versus* d.lgs. 23/2015: la questione delle piccole imprese.

I. Premessa

La decisione della Corte del 26 settembre 2018 n. 194, già molto discussa, dà seguito a quanto sin dall’introduzione del cd. contratto a tutele crescenti la dottrina aveva annunciato: ossia l’illegittimità dell’uso esclusivo del criterio dell’anzianità¹. L’ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017 ha posto le premesse per questo esito². Qualcuno vi è giunto addirittura prima della pubblicazione del dispositivo della pronuncia del giudice delle leggi³.

* Questo contributo è destinato agli Studi in onore di Roberto Pessi.

¹ Sulla illegittimità di un’indennità predefinita come quella delineata nel d.lgs. n. 23/2015, v. per tutti, CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, n. 273/2015, 8 ss.; SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, n. 252, 2015, 11 ss.

² Per un commento all’ordinanza del Tribunale di Roma, cfr. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2017, p. 1195 ss.; MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del “Jobs act”*, in *ADL*, 2017, I, p. 1039 ss.; PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *RIDL*, 2017, II, p. 787 ss.; SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, II, p. 333 ss.; TOSI, LUNARDON, *Cronaca di un’ordinanza... annunciata*, in *GI*, 2017, p. 2174 ss.

³ È questo il caso di una sentenza del Trib. di Bari dell’11 ottobre 2018, in un’ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo avverso un lavoratore assunto nell’aprile 2016. Il giudice, prima del

Le questioni analizzate dalla sentenza sono molteplici e di grande interesse⁴.

Nelle pagine che seguono, particolare attenzione sarà dedicata alla quantificazione dell'indennità in caso di licenziamento ingiustificato, considerata cruciale dalla stessa Corte. Una questione per la quale la Consulta fa un'importante operazione, anche se, come si avrà modo di argomentare, lascia aperto più di un interrogativo che, presumibilmente, entrerà, di qui a breve, nelle diverse aule di giustizia, alla ricerca di soluzioni.

2. *Le questioni sollevate: cenni*

Prima di addentrarsi nel commento della sentenza è necessario avere ben presenti le norme che il giudice remittente chiama in causa, ossia l'art. 1, co. 7, lett. c. della l.d. 10 dicembre 2014 n. 183 e i conseguenti articoli 2, 3 e 4 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Le censure rilevate non attengono, si badi bene, al tipo di tutela prescelto dal legislatore per il lavoratore licenziato, ossia quella di tipo economico/indennitaria e non reintegratoria, bensì alla concreta disciplina prevista nelle norme in parola per quantificare tale indennità. Un'indennità, come noto, da calcolarsi in un *range* predeterminato tra un minimo – assai basso – e un massimo, ed ancorata, secondo l'indicazione della legge delega⁵, a *un unico criterio*, l'anzianità di servizio del lavoratore, che non la rende adattabile e duttile in base ad alcun elemento, interno o esterno, al contratto.

Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, le questioni di legittimità costituzionale riguarderebbero, in particolare, la violazione dell'art. 3 della

deposito della sentenza – basandosi sul solo comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 26 settembre 2018 – attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, ha applicato la legge Fornero; pertanto, utilizzando i criteri di cui all'art. 18, co. 5, l. 300/70, ha riconosciuto alla parte ricorrente un'indennità pari a dodici mensilità, rispetto alle quattro mensilità che le sarebbero state attribuite in applicazione di quanto disposto dal d.lgs. 23/2015.

⁴ Per molti aspetti che qui non sarà possibile approfondire o nemmeno richiamare, sia consentito rinviare a SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli 2018. Nel volume, la tutela risarcitoria contro il licenziamento ingiustificato è strettamente correlata al valore dell'occupazione del prestatore di lavoro, quale esito di una ricostruzione storico-sistematica dell'intera disciplina del licenziamento individuale. A detta correlazione sarà più avanti dedicata, per quanto in questa sede possibile, la dovuta attenzione.

⁵ La legge delega, infatti, per le nuove assunzioni contempla il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio e per i licenziamenti economici esclude la possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo certo e crescente con l'anzianità di servizio (...) (art 1, co. 7, lett. c) della legge n. 183/2014).

Costituzione in quanto la previsione dell'importo dell'indennità non rivestirebbe carattere compensativo per il lavoratore illegittimamente licenziato e, al tempo stesso, non avrebbe effetto dissuasivo per il datore di lavoro e determinerebbe conseguenze discriminatorie tra i lavoratori sotto diversi profili. È, altresì, censurata la preclusione di qualsiasi discrezionalità valutativa del giudice, a cui consegna la regolazione uniforme di casi dissimili tra loro. Inoltre, ad avviso del remittente, la misura inadeguata dell'indennità riconosciuta al lavoratore violerebbe il diritto al lavoro di cui agli articoli 4 e 35 Cost., nonché gli artt. 76 e 117, primo comma, con particolare richiamo alla Carta di Nizza e alla Carta Sociale europea.

3. *La decisione della Corte: il ruolo del “mercato” e del diritto europeo e internazionale*

Rispetto alle diverse questioni sollevate dal giudice *a quo*, la Corte si pronuncia solo sull' art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, ritenendo inammissibili, per difetto di rilevanza o di motivazione, tutte le altre.

Dell'art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”. Si esprime, invece, sulla non fondatezza della violazione dell'art. 3 della Costituzione in riferimento alla differente disciplina sanzionatoria per i lavoratori assunti prima e dopo l'introduzione del contratto a tutele crescenti; nonché degli articoli 76 e 117, rispetto al parametro interposto dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per la rilevanza dei temi affrontati è opportuno soffermarsi innanzitutto su questi ultimi due profili.

In riferimento al primo, per quanto il discorso non sia semplice e sia da inquadrare nell'ambito di un indebolimento dei diritti fondamentali riconosciuti ai lavoratori⁶, l'elemento temporale – posto al centro del ragionamento della Corte – in relazione al quale il contesto generale e particolare in cui nasce il rapporto muta e con esso può mutare evidentemente l'intervento regolativo eteronomo, sembra, per la verità, sufficiente a differenziare

⁶ Cfr. ZOPPOLI L., *I licenziamenti individuali e collettivi oggi*, in AA.Vv., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2015, vol. III, p. 239 ss.

le situazioni, purché ciò avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza⁷. In questa direzione indirizza la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale⁸. Qui, in particolare, il giudice delle leggi recupera il principio della ragionevolezza dalla *ratio* del d.lgs. 23/2015 di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”. In breve l’obiettivo di incrementare l’instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato sarebbe perseguito attraverso una riduzione delle tutele in uscita⁹.

Certo non si può non essere d’accordo con chi rinviene in questa affermazione una presa di posizione apodittica e autoreferenziale, giacché la Corte non ritiene di doversi addentare “in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può avere conseguito”¹⁰. Sebbene, infatti, l’ordinanza di rimessione non avesse sollevato la questione relativa al nesso tra incremento dell’occupazione e riduzione di tutele (proposta invece dalla lavoratrice nel proprio atto di costituzione in giudizio), nel momento in cui la Corte richiama questa importante correlazione¹¹, po-

⁷ In tal senso, v. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”/IT, 265-2015, 14; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in ADL, 2015, spec. pp. 315-317.

⁸ Come la stessa Corte riporta nella sua decisione, il giudice delle leggi, rispetto ai rapporti di durata, ha più volte affermato il principio secondo il quale “il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l’oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo – in caso di norme retroattive – il limite imposto in maniera penale dall’art. 25, comma 2 Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti”, (C. Cost. 24 luglio 2009 n. 236). Per un’accurata analisi di questa giurisprudenza, riferita alla materia previdenziale, v. D’ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, spec., p. 153 ss., cui si rinvia anche per altri riferimenti giurisprudenziali. Sul “fluire del tempo come valido motivo di diversificazione delle situazioni giuridiche”, v. anche la giurisprudenza della Corte sul nuovo regime della responsabilità solidale applicabile agli appalti, C. Cost. 13 novembre 2014 n. 254. Più di recente, cfr. MEDICO, *Il lavoro e la Costituzione: il contratto a tutele crescenti sotto la scure della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, p. 1 ss.

⁹ Particolarmente critico sul ragionamento portato avanti dalla Consulta, FONTANA, *La costituzionale e il decreto n. 23/2018: one step forward two steep back*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”/IT, 382-2018, pp. 4-19.

¹⁰ Punto 6 della decisione.

¹¹ La rilevanza di tale correlazione è già stata evidenziata da ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DLM*, 2015, p.

nendola al centro della sua decisione circa la *ragionevolezza* della norma in parola, non avrebbe dovuto limitarsi alla sua dimensione “logico-discorsiva”, ma si sarebbe dovuta spingere nel valutare quanto meno la concreta ed effettiva efficienza strumentale della stessa¹².

Il richiamo al nesso tra “riduzioni di tutele” e “occupazione” merita di essere particolarmente sottolineato in quanto, a parere di chi scrive, avrebbe potuto essere valorizzato dalla Corte anche nel ragionamento relativo alla quantificazione della tutela economica riconosciuta al lavoratore licenziato; ma sul punto si avrà modo di ritornare più avanti (v. *infra* par. 6).

Il secondo profilo di cui si diceva attiene all'intreccio con il diritto europeo e internazionale. In questa decisione la Corte accantona l'utilizzo dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, come già evidenziato da molti¹³, rinviene un forte ostacolo alla sua applicazione a causa di quanto disposto, in generale, dall'art. 51 della stessa Carta. La norma, come si ricorderà, prevede l'applicazione delle sue disposizioni “alle istituzioni e agli organi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Pertanto, come più volte ricordato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴ e nonostante i tentativi di una parte della dottrina¹⁵, la violazione della Carta – ad avviso della Consulta – può essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia soltanto nei casi in cui vi sia la cd. norma interposta, ossia una fonte

91 ss., che l'ha valorizzata proprio in riferimento all'argomento “conseguenzialista” utilizzato nella tecnica del bilanciamento.

¹² In tal senso, BALLESTRERO, *Dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale. Questioni di adeguatezza del rimedio indennitario. Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”*, svoltosi a Napoli il 12 dicembre 2018, presso L'Università di Napoli Federico II; PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in Treccani, 2018, p. 342 ss.

¹³ Cfr. DELFINO, *Sull'applicabilità delle norme lavoristiche della Carta dei diritti fondamentali agli ordinamenti interni*, in Atti del XVIII Congresso AiDLASS, *Lavoro, diritti fondamentali, e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Foggia 28-30 maggio 2015, Giuffrè, 2016, p. 348 ss. In ottica analoga cfr. anche ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?*, in RDI, 2015, spec. p. 1140 ss.

¹⁴ Cfr. le sentenze della CGCE del 18 gennaio 2014, C-176/12, *Association de mediation social* (punto 42); *Poclava* 5 febbraio 2015 C117/14; 6 ottobre 2015 C-650/13 *Thierry del Vigne* (punti 26 e 27).

¹⁵ Il riferimento è in particolare alla tesi sostenuta da CHIECO, “*Riforme strutturali*” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in GDLRI, 2015, spec. p. 387 ss.

normativa secondaria dell'Unione che espressamente disciplini la materia¹⁶. Ne consegue che, sino a quando non vi sarà una “norma intermedia” o “di ingresso”¹⁷ dell'Unione – cioè di un atto di diritto primario o derivato che consenta di ritenere la situazione generale in cui un lavoratore viene ingiustamente licenziato dal suo datore di lavoro direttamente disciplinato dal diritto dell'Unione –, l'art. 51 “blocca” l'applicazione dell'art. 30¹⁸.

Il ragionamento però non si ferma qui. La Corte *chiude* al diritto dell'Unione ma, attraverso la valorizzazione dell'art. 24 della Carta Sociale europea (riveduta), *apre* al diritto internazionale, riaffermando quanto già statuito in una sua recentissima decisione¹⁹. L'art. 24, come si ricorderà, prevede che, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto a una tutela in caso di licenziamento, le parti contraenti si impegnano a riconoscere “il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un *congruo* indennizzo o altra adeguata riparazione “ (mio il corsivo, art 24, co. 1, lett. b). Una nozione di congruità intesa – come più volte sottolineato dal Comitato Europeo dei diritti sociali – nel senso che il risarcimento deve essere adeguato, effettivo e sufficientemente dissuasivo nei confronti dei datori di lavoro. La Consulta sostiene la vincolatività di tale norma per il nostro ordinamento *ex art. 117 Cost.*, qualificandola fonte internazionale²⁰. Al contempo mette in evidenza la continuità esistente tra l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento

¹⁶ In tal senso v. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 119 ss.

¹⁷ ALES, *La dimensione costituzionale del modello sociale europeo tra luci e ombre*, in CARINCI M.T. (a cura di), *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti a confronto: Europa Giappone*, Giuffrè, 2017 p. 176.

¹⁸ Per quanto riguarda i licenziamenti – materia di competenza dell'Unione *ex art. 153 TFUE* –, se quelli collettivi e discriminatori presentano la norma interposta, quelli individuali no. In particolare per i licenziamenti collettivi v. dir. n. 98/59/CE del 20 luglio 1998.

¹⁹ Il riferimento è alla sentenza dell'11 aprile 2018 n. 120, sulla quale v. FERRARA, *Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale*, in questo numero della rivista, p. 621 ss.

²⁰ Si era già espresso in tal senso, SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 119 ss.

V'è da chiedersi se la Corte avrebbe potuto anche valorizzare il riferimento all'art. 24 rispetto al diritto eurounitario, in considerazione del richiamo all'art 151 delTFUE. Nell'art. 151 delTFUE si legge, infatti, che tanto l'Unione quanto gli Stati membri hanno determinati obiettivi di politica sociale “tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti dalla Carta Sociale Europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 (...)”.Va rimarcato che l'art 151 è indirizzato all'Unione come agli Stati membri e, a differenza dell'art 51 della carta di Nizza, non si riferisce alla sola “attuazione del diritto dell'Unione”.

contenuto nell'art. 24 con quanto affermato da essa stessa sulla base del parametro costituzionale interno dell'art 3 Cost., realizzando “un'integrazione tra fonti e (...) tra le tutele da esse garantite”²¹.

4. Tutela indennitaria e tecnica di bilanciamento

Veniamo adesso all'illegittimità costituzionale dell'utilizzo esclusivo del criterio dell'anzianità di servizio ai fini della quantificazione del risarcimento.

Innanzitutto, nel ripercorrere la sua giurisprudenza in tema di tutela contro i licenziamenti, la Corte costituzionale sottolinea che il bilanciamento dei valori sottesi agli articoli 4 e 41 impone certamente un determinato regime di tutela, che può essere anche di tipo risarcitorio/monetario, purché tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. La Corte, in breve, nonostante nel complesso della sua pronuncia metta al centro il lavoro come diritto fondamentale della persona e quindi strumento attraverso cui si realizza la personalità umana – facendo giustizia delle interpretazioni che considerano la tutela del lavoro un semplice corollario della libertà dell'individuo da esplicarsi nei rapporti economici secondo un approccio di *law and economics* –, conferma una scelta operata già da qualche anno dal nostro legislatore e cioè che la partita del “diritto alla stabilità” si gioca ormai sul *piano indennitario*²².

Dopodiché – e questi sono due punti centrali – in primo luogo, conformemente a un'autorevole dottrina²³, riconosce all'indennità di cui all'art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, natura risarcitoria. In secondo luogo, riprendendo suoi precedenti concernenti la delicata questione delle tutele avverso i licenziamenti ingiustificati²⁴, non richiede il risarcimento in senso integrale del danno, purché, ovviamente quest'ultimo risulti “*equilibrato*”. Più specificata-

²¹ Punto 14 della decisione.

²² Sull'argomento, per tutti, v. PERULLI, *op. cit.*, 346 e SPECIALE, Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”, svoltosi a Roma il 12 settembre 2018, presso L'Università di Roma Tre; e già all'indomani della riforma Fornero, PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in ADL, 2013, p. 752 ss.

²³ SCOGNAMIGLIO R., *Indennità* (voce), in *Novissimo Digesto*, 1962, vol. VIII, p. 594.

²⁴ Si tratta delle pronunce n. 194 del 1970, n. 55 del 1974, n. 189 del 1975 e n. 2 del 1986, richiamate al punto 9.2. della decisione della Consulta. In generale sulla tutela indennitaria del diritto del lavoro v. di recente, TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in DLRI, 2016, p. 302 ss.

mente, il giudice delle leggi, rifacendosi a quanto già sostenuto sin dal 1970 nelle diverse pronunce sul tema, or ora richiamate, – e pure più recentemente in riferimento all’indennità forfettaria spettante al lavoratore nei casi di “conversione” del contratto a tempo determinato²⁵ – afferma l’utilizzo di una tecnica di tipo elastico che, tenendo conto anche di altri valori rilevanti per l’ordinamento, non mira a riparare il danno effettivo nella sua integralità. Tale tecnica rimanda al bilanciamento tra un danno pieno da riconoscere al lavoratore per la lesione del proprio diritto a non vedersi licenziato ingiustamente e l’interesse dell’impresa, riconducibile alla libertà di iniziativa economica. Quest’ultimo, secondo l’interpretazione prevalente, che evidentemente la Consulta fa propria, tutela la libertà di iniziare, cessare o organizzare la propria attività²⁶; quindi, per quanto qui in particolare interessa, la libertà di modulare i propri organici e non vedersi compromettere la possibilità di “fare impresa”, dovendosi sobbarcare di costi eccessivi.

Sappiamo bene che si tratta di un’operazione indubbiamente complessa. Ma, com’è stato lucidamente scritto²⁷, l’interprete ha una indicazione sicura: il bilanciamento non potrà mai incidere sul contenuto essenziale dei diritti in gioco; la limitazione, anche se funzionale a perseguire scopi di interesse generale, non potrà mai andare oltre quel contenuto. Al riguardo, il ragionamento della Corte lascia, invero, insoddisfatti.

Ma procediamo con ordine.

²⁵ Il riferimento è alla sentenza dell’11 novembre 2011 n. 303. Rispetto a coloro i quali ritengono inappropriato il richiamo a tale pronuncia perché la norma in parola contempla altresì la trasformazione del contratto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato (v., per tutti, SANTONI, *Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”*, cit., si può obiettare che, se ciò non è discutibile, lo è invece fare conseguire a questa affermazione la necessità che l’indennità debba coprire integralmente il danno subito dal lavoratore. Infatti, nel momento in cui la Corte sostiene che *medio tempore*, ossia tra la scadenza del termine illegittimamente apposto e l’instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore deve comunque essere risarcito in maniera forfettaria, afferma, concettualmente, il carattere non interamente satisfattivo dell’indennità risarcitoria.

²⁶ Per tutti, cfr. GALGANO, *Sub art. 41* in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, Artt. 41- 44, Zanichelli, Il Foro Italiano, 1982, p. 4 ss.

²⁷ VENEZIANI B., *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *DLM*, 2016, p. 236.

5. *Il ragionamento della Corte: quello che c'è ...*

Innanzitutto la Corte, nell'affrontare la legittimità del meccanismo di quantificazione dell'indennità, ne contesta la "rigidità" in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio. Ciò, – secondo la Corte – determinando una tutela uniforme per tutti lavoratori con la stessa anzianità, non risponde alla necessità di personalizzare il pregiudizio subito dagli stessi. Infatti – scrive la Consulta – "è un dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato, dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità di servizio, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti"²⁸. Il giudice delle leggi, insomma, ripropone la sua contrarietà alle normative improntate agli automatismi, che riconduce ad una violazione del principio di uguaglianza se non sorretti da ragionevolezza²⁹, nel caso di specie non rinvenibile.

Dopodiché fa un passo ulteriore, affermando che l'indennità debba: a) costituire un "adeguato" ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo; b) risultare "dissuasiva" rispetto al comportamento del datore di lavoro. Caratteristiche, queste, già deducibili dal nostro sistema ordinamentale e che oggi – afferma la Consulta – risultano indubbiamente rafforzate – lo si accennava prima – in quanto ricavabili altresì dal disposto dell'art. 24 della Carta Sociale europea, là dove si fa riferimento a un "congruo indennizzo", nonché dalla relativa giurisprudenza del Comitato sociale europeo.

Al fine poi di evitare un vuoto legislativo, valorizzando una lettura sistematica, la Consulta rinviene i criteri per garantire l'adeguatezza e la dissuasività in alcune disposizioni già esistenti dedicate alla quantificazione del danno relativo alla perdita del posto di lavoro: e cioè negli articoli 8 della legge 604/1966 e 18, co. 5, della l. 300/70.

Sul richiamo e il conseguente utilizzo di tali criteri il dibattito si è da subito infervorato.

In primo luogo si è discusso circa la loro vincolatività in ragione del tipo di sentenza pronunciata dal giudice delle leggi, ovvero sia sentenza additiva o ablativa. Opzione, quest'ultima, evidentemente più rispondente alla

²⁸ Punto II della decisione.

²⁹ Sulla specifica questione, più di recente, v. MEDICO, *op. cit.* spec. pp. 7-9.

scelta fatta dalla Corte che rimette al giudice il compito di quantificare l'indennità³⁰.

Vi è da segnalare che, secondo una parte della dottrina, sebbene la decisione si presenti “formalmente” come una sentenza ablativa, il giudice sarebbe comunque vincolato al rispetto di quei criteri richiamati nel corpo della sentenza, in quanto la motivazione integrerebbe il dispositivo³¹. A me pare, però, che, indipendentemente dal tipo di soluzione sulla qualificazione della sentenza, nel momento in cui il giudice è chiamato a decidere, pure in assenza di indicazioni esplicite nel dispositivo, dovrà innanzitutto riferirsi ai criteri desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina dei licenziamenti, ossia a quelli richiamati dalla stessa Corte che, nel caso di specie, supporta il giudice nella sua decisione³². Ciò tuttavia non esclude che, in assenza di uno specifico intervento legislativo, il giudice, qualora sul piano sistematico desumesse altri criteri potrebbe a essi fare riferimento.

In secondo luogo ci si è interrogati circa l'esistenza di una possibile gerarchia tra i criteri indicati dalla Corte; in particolare sulla possibilità che l'anzianità di servizio debba essere considerata prioritaria. Ciò si dedurrebbe – ad avviso di alcuni – da considerazioni sia di ordine formale, visto il tenore dell'espressione “innanzitutto”³³, sia di ordine sistematico, in quanto la legge delega utilizza l'anzianità di servizio come criterio privilegiato. Seguendo tale opinione, l'anzianità, benché considerata illegittima quale unico criterio, manterrebbe comunque un rilievo preponderante³⁴.

In verità, a me sembra che né l'una né l'altra considerazione sia in grado di supportare l'esistenza di una gerarchia tra i criteri in gioco. Basti qui ricordare, com'è stato già evidenziato, che il termine “innanzitutto” implica la presa in considerazione prioritaria da un punto di vista logico ma non di

³⁰ PINELLI, Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”, cit.

³¹ Così CARINCI MT., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona.IT”, n. 378, 2018, pp. 14-16.

³² In questa pronuncia, insomma, com'è stato scritto, “i giudici costituzionali ci offrono il volto più apprezzabile del cd. costituzionalismo”, MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2018, p. 6

³³ Punto 15 della sentenza.

³⁴ In tal senso, DEL PUNTA, Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”, cit.

importanza³⁵. Ma è soprattutto la valorizzazione in chiave sistematica di una molteplicità di criteri che incide sull'entità del pregiudizio causato da licenziamento ingiustificato, proposta dallo stesso giudice delle leggi, a spingere in senso opposto.

Infine, dei criteri richiamati dalla Corte si è discusso sull'idoneità a determinare il pregiudizio subito dal lavoratore.

Molti di essi probabilmente possono essere utili ai fini della dissuasività dell'indennità (si pensi al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa e dell'attività economica), ma su quello della sua adeguatezza non ci dicono nulla, perché nulla hanno a che vedere con il concreto pregiudizio subito dal lavoratore. Considerazioni diverse possono farsi per il criterio dell'anzianità e, forse, per la "condizione delle parti" e per il loro "comportamento" (quest'ultimo qualora lo si riferisca alla fase successiva dell'estinzione del rapporto).

In sintesi, vi è più di un dubbio che i criteri richiamati dalla Corte siano adeguati a determinare il pregiudizio subito dal lavoratore.

A mio avviso, tuttavia, il punto decisivo non è tanto questo. Vi è piuttosto un difetto di impostazione nel ragionamento della Corte che merita maggiore attenzione. Come prima accennato, il punto decisivo, nella logica del bilanciamento, finisce per essere il contenuto essenziale del diritto. Ebbene, su di esso la Corte non offre indicazioni.

6. *Segue ... e quello che ci sarebbe potuto essere: il rilievo della tutela "occupazionale"*

Non vi è dubbio che i singoli Stati godono di una certa discrezionalità nello stabilire in quale modo operare la quantificazione dell'indennità da riconoscere al lavoratore arbitrariamente licenziato: possono cioè, a seconda dei diversi contesti produttivi, economici e sociali, valutare quanto sia necessario spingere verso la libertà di iniziativa economica e "indirettamente" sostenere la libertà d'impresa e quanto tutelare i lavoratori. Ma è altrettanto certo che i legislatori non sono del tutto liberi perché, comunque, non possono andare al di sotto del contenuto essenziale del diritto sancito, per il licenziamento arbitrario, tanto dall'art. 4 della nostra Costituzione quanto

³⁵ CARINCI MT., *op. cit.*, p. 15.

dall'art 24 della Carta Sociale europea (riveduta). Se è vero che, la struttura dei principi, come di molti diritti, è tale da rendere difficile pensare che tutto quello “che ci sta dentro possa essere davvero necessario, affinché gli uni e gli altri possano trovare effettiva realizzazione”³⁶, è, al contempo, da ritenere che una parte di questo tutto sia intangibile, pena la stessa esistenza del diritto. Infatti è quanto affermano, sia pure con varianti semantiche, documenti internazionali e Carte costituzionali³⁷, nonché le Alte Corti³⁸.

C'è allora da chiedersi come individuare in concreto il contenuto essenziale di quella tutela.

In verità, non manca chi ha provato a dare risposta alla domanda sul piano del nostro ordinamento, individuando, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella necessaria giustificazione del licenziamento e nella tutela obbligatoria il contenuto essenziale del diritto a non essere licenziati arbitrariamente³⁹. La Corte in realtà, nella sua giurisprudenza in materia, al contenuto essenziale del diritto non fa riferimento. Ma, al di là di questo aspetto, la tesi appena richiamata non è pienamente soddisfacente perché l'attenzione in generale sulla tutela obbligatoria dice poco se non si individua un nucleo minimo e intangibile del suo valore economico. In altre parole, se la concreta misura dell'indennità può anche essere assai ridotta, appare arduo considerare non intaccato il contenuto essenziale del diritto a non essere licenziati in modo arbitrario.

A meritare attenzione, allora, è anzitutto, l'“adeguatezza” dell'indennizzo.

Sappiamo bene che la perdita del rapporto di lavoro, oltre al danno diretto e immediato prodotto dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro e

³⁶ MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Ed. Annali*, 2008, II, 72.

³⁷ Lo ricorda GROPPI, *Sub art. 52*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'europa dei diritti*, il Mulino, 2001, p. 355. L'A., oltre all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali – dove, come si ricorderà, si afferma: “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà” –, richiama, tra gli altri, l'art. 26 della Dichiarazione del Parlamento Europeo del 1989, l'art. 19, co. 2, della Costituzione tedesca del 1949, l'art. 53, co. 2, della Costituzione spagnola del 1978, l'art. 18, co. 3, della Costituzione portoghese.

³⁸ In riferimento alla nostra Corte Costituzionale, v., per tutte, C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85, in cui il giudice delle leggi, riferendosi al bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, sostiene che “il punto di equilibrio (...) deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità re di ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale(...)”.

³⁹ Così, ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006, p. 158.

della perdita della retribuzione in sé e per sé, può determinare pure ulteriori e derivati danni: da quelli strettamente scaturenti dal venir meno della retribuzione (classico il riferimento a eventuali difficoltà concernenti contratti di mutuo precedentemente stipulati) sino alla lesione della dignità della persona. Danni che una tutela risarcitoria per equivalente, portata avanti secondo i canoni del risarcimento tipico del diritto civile, dovrebbe arrivare a coprire.

La stessa affermazione può farsi nel caso nostro? Evidentemente no. Il legislatore nazionale, nell'operare il bilanciamento reso possibile dalla tecnica indennitaria, potrà anche disconoscere i danni appena indicati: potrà valutarli, nella sua discrezionalità, sulla base del giudizio di congruità, in relazione al contrapposto bene della libertà d'impresa.

C'è però un limite oltre il quale, altrettanto evidentemente, il legislatore nazionale non può andare: non può disconoscere il danno per la perdita di ciò che il diritto a non essere licenziati "senza un valido motivo" tutela, per logica deduzione, *prima di ogni altro aspetto: la sussistenza del rapporto di lavoro nella sua immediatezza e concretezza*. Opinando diversamente il diritto in parola *si svuota del tutto*, nel contenuto e nelle finalità. In altri termini l'ordinamento garantisce il diritto a non essere licenziati arbitrariamente in quanto mira, con ogni evidenza, a evitare, in primo luogo, la privazione dell'*occupazione per il lavoratore: è questo il bene che intende direttamente proteggere*. Se l'operazione di bilanciamento del legislatore arriva a sacrificare questo bene, per logica deduzione, v'è da ritenere che il diritto in parola, inevitabilmente, risulti compresso nel suo contenuto essenziale.

Quindi, in termini assiologici ciò che viene tutelato è il valore dell'occupazione. In termini concreti, il contenuto essenziale del diritto in parola si sostanzia nella tutela dell'occupazione nella sua immediatezza: più esplicitamente, una volta consentita la produzione dell'effetto estintivo del licenziamento, nel tempo necessario per trovare una nuova occupazione. Tradotto in termini economici – imposti dal tipo di tutela prescelta – ciò significa nella retribuzione mensile del lavoratore moltiplicata per il numero di mesi necessari per trovare nuova occupazione. Questa è la misura del valore giuridicamente vincolante dell'indennità. Al di sotto di essa, il legislatore nazionale, nell'operazione di bilanciamento non potrà scendere.

Ampliando il discorso, il legislatore nazionale, nell'operazione di bilanciamento, può certamente prediligere il rimedio risarcitorio a quello riparatorio perché ritenuto più adatto a rafforzare le opportunità di ingresso nel mercato del lavoro, sul presupposto di una correlazione tra riduzione della

tutela contro il licenziamento e incremento dell'occupazione⁴⁰ – come hanno in sostanza fatto la l. 92/2012 e il d.lgs. 23/2015⁴¹ ed ha finito per affermare la stessa Corte per giustificare la disparità di trattamento tra coloro che sono stati assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 –; ma il legislatore non potrà mai, comunque, prescindere dal suindicato contenuto essenziale del diritto a non subire un licenziamento ingiustificato.

Ciò non significa, si badi, che non possa prevedersi un *range* per l'indennità monetaria, anzi, credo che l'impostazione delineata potrebbe soddisfare anche l'esigenza di certezza del diritto, altresì contenuta nei criteri della l.d. 183/2014 e della quale parte della dottrina denuncia la scomparsa⁴². V'è però da ritenere che, in questo caso, la *certezza* per il datore di lavoro, avendo egli pur sempre compiuto un atto vietato dall'ordinamento, consisterà non nella conoscenza dell'esatta quantificazione del costo del suo comportamento illegittimo, ma in una previsione “di massima” di cui lo stesso potrà tenere conto. Più precisamente, nel tempo massimo ritenuto necessario per trovare una nuova occupazione.

La motivazione a supporto di un determinato limite si presenta, tra l'altro, adesso più che mai necessaria in considerazione del fatto che, rispetto alla loro previsione, il Comitato sociale europeo, come ci viene ricordato dalla stessa sentenza della Consulta, si è espresso negativamente⁴³. E la Consulta, sebbene non attribuisca a quelle decisioni alcuna vincolatività, ne riconosce però pur sempre l'“autorevolezza”. Sicché, lo scostamento da essa andrebbe almeno motivato.

⁴⁰ Sull'esistenza o meno di una tale correlazione il dibattito è tutt'ora acceso, v. per tutti: BLANCHARD O., *European unemployment: the evolution of facts and ideas*, in *Economic policy*, 2006; BOERI T., VAN OURS J., *The economics of imperfect labor markets*, Princeton University Press, 2008; DEL PUNTA R., *Economic challenge to labour law in LYON-CAEN A.*, PERULLI A. (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro, Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, Padova, 2010; BRANCACCIO E., *Antiblanchard. Un approccio comparato allo studio della macroeconomia*, FrancoAngeli, 2012, spec. 101 ss.; SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014 I, p. 344 ss.; RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, in *Pietro Ichino Newsletter*, n. 344, 11 maggio 2015.

⁴¹ Sul punto v. *retro* par. 3.

⁴² DE LUCA TAMAJO, *Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”*, cit.

⁴³ Si tratta della decisione del 31 gennaio 2017, *complaints* n. 107/2014 riguardante l'ordinamento Finlandese e, in particolare, la normativa che pone un tetto massimo al risarcimento del lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato (punto 14 della decisione della Corte costituzionale).

7. Segue. *Contenuto essenziale del diritto e libertà d'impresa*

Veniamo, infine, al tema bilanciamento/contenuto essenziale e libertà d'impresa, considerata non solo né tanto come veicolo per l'aumento dell'occupazione, sulla base del presupposto che una maggiore duttilità organizzativa si riverberi positivamente sul quest'ultima, bensì come situazione giuridica meritevole, di per sé, di tutela, come stabilito dall'art 41 della nostra Carta e dagli articoli 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali.

Prescindendo da più generali considerazioni in merito al rilievo della libertà d'impresa sul piano ordinamentale, nel caso di specie non v'è dubbio che essa emerga in maniera negativa, esprimendosi attraverso un comportamento censurato dall'ordinamento: il datore di lavoro che licenzia un lavoratore senza un valido motivo viene meno ad un preciso precetto. Sottesa a questa valutazione, evidentemente, c'è la considerazione secondo la quale non vi è alcuna correlazione diretta tra licenziamento arbitrario ed esercizio dell'attività d'impresa: più esplicitamente, se alla base del licenziamento non vi è un motivo per l'ordinamento meritevole, perché mai dovrebbe venire in gioco il contenuto essenziale della libertà d'impresa? Per l'ordinamento evidentemente l'impresa può senz'altro evitare il licenziamento, così non esponendosi ad alcuna sanzione e pregiudizio. Se diversamente opta per un'altra soluzione, è arduo ritenere che possa porsi un problema di sua tutela minimale. Ragionando diversamente, nell'ottica del bilanciamento, in comparazione con altri diritti sarebbe non la libertà d'impresa, bensì una sua espressione *negativa*: ciò che l'impresa, per l'ordinamento, *non* può fare.

Al riguardo è eloquente l'esempio prima fatto: bilanciamento tra riduzione della tutela contro il licenziamento e tutela della libertà d'impresa in quanto (in ipotesi) favorevole all'occupazione, quindi, in sostanza, al diritto al lavoro. Così configurata, allora, la tutela della libertà d'impresa è strumentale. E v'è da ritenere che il grado della sua tutela rientri in una valutazione strettamente "politica" espressa dalla congruità dell'indennizzo: sarà il legislatore a decidere, nell'ambito di una scelta politica, in che misura "colpire" l'impresa per sostenere l'occupazione.

8. *Sentenza 194/2018 versus d.lgs. 23/2015: la questione delle piccole imprese*

Un ultimo punto sul quale è utile soffermarsi attiene alle ripercussioni

della pronuncia della Corte sulle altre norme contenute nel d.lgs. 23/2015 e, in particolare, su quella riferita al licenziamento nelle piccole e medie imprese.

Da questa sentenza non è possibile desumere l'incostituzionalità degli articoli 4 e 6 del d.lgs. n. 23/2015. In riferimento al primo, attinente ai vizi formali e procedurali, non si rinviene un esplicito richiamo al sistema di calcolo di cui all'art 3, co.1; tuttavia, l'aver ancorato la quantificazione dell'indennità agli anni di servizio del lavoratore pone indubbiamente un problema di compatibilità di tale norma con i principi enucleati dalla Corte: ma questo sarà una valutazione che spetterà nuovamente alla stessa qualora venga sollecitata in tal senso⁴⁴.

Né è possibile desumere l'incostituzionalità dell'art. 6 in tema di offerta di conciliazione, giacché in questo caso è centrale l'accordo delle parti. Nondimeno è indiscutibile che la sentenza 194 sia destinata ad avere un riflesso *di fatto* sulla concreta operatività della procedura di conciliazione⁴⁵, in quanto l'articolo "funzionava" perché l'art. 3, nella sua versione originaria, consentiva una deducibilità certa dei costi, oggi non più automaticamente prevedibile.

Diverso è il discorso in riferimento a quelle norme che, nel determinare la quantificazione dell'indennità, rinviano esplicitamente all'art. 3, co. 1, come accade per gli articoli 10 sui licenziamenti collettivi e 9 in tema di piccole imprese. Quest'ultima disposizione, come si accennava, merita qualche considerazione in più, in virtù del fatto che le indennità previste per tali licenziamenti non solo sono calcolate secondo la stessa tecnica dichiarata incostituzionale, ma anche perché la misurazione avviene entro valori significativamente ridotti, con un tetto massimo che giunge a sole sei mensilità.

Su questo piano, peraltro, i problemi non sorgono oggi. Come noto, non poche voci in dottrina, nonostante la diversa opinione della Corte Costituzionale⁴⁶, hanno sempre criticato la netta distinzione di tutele tra imprese medio/grandi e piccole imprese⁴⁷.

⁴⁴ GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Foro It.*, in corso di pubblicazione.

⁴⁵ Così CARINCI MT, *op. cit.* 26

⁴⁶ Sul punto v. C. Cost., 22 gennaio 1974, n. 55; C. Cost., 8 gennaio 1986, n. 2; C. Cost. 23 febbraio 1996, n. 44. Per la legittimità della riduzione della soglia numerica per le imprese agricole, cfr. C. Cost., 19 giugno 1975, n. 152.

⁴⁷ Per tutti, VARDARO, *Licenziamenti individuali*, in LISO, RUSCIANO (a cura di), *La revisione della normativa, sul rapporto di lavoro*, Guida, 1987, vol. II, 615; ALLEVA, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le*

Sulla questione si è già pronunciato il Tribunale di Genova nell'ambito di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁴⁸. Per quanto qui interessa, il giudice, riprendendo la censura del meccanismo automatico basato sull'anzianità di servizio di cui al primo comma dell'art. 9 e non considerando ostantivo il requisito dimensionale di cui all'art. 18, l. 300/70, applica i criteri richiamati dalla sentenza della Corte costituzionale. Tuttavia il giudice non si discosta dai limiti indicati dallo stesso art. 9 che, come appena ricordato, sono alquanto bassi, pure nel valore massimo⁴⁹. Ed è adesso questa la questione che andrà necessariamente affrontata. La marcata evoluzione della tutela contro il licenziamento arbitrario comporta che la rilevanza giuridica acquisita dal suo contenuto essenziale non consente più, oggi, regole adottate in passato.

leggi 108/1990 e 223/1991, Jovene 1991, 6; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995, 328.

⁴⁸ Trib. Genova del 21 novembre 2018.

⁴⁹ Valori, come si è già ricordato, ritenuti sì adeguati dalla stessa Corte in caso di risarcimento del danno per il lavoratore a tempo determinato, ma al quale, però, è altresì riconosciuta la trasformazione del rapporto di lavoro.

Key words

Licenziamento ingiustificato, tutela, risarcimento del danno, bilanciamento, contenuto essenziale del diritto, tutela occupazionale.

Unjustified dismissal, protection, compensation for damage, balance, the essence of the right, employment protection.

Umberto Romagnoli

Sul ruolo degli operatori giuridici
in materia sindacale e del lavoro

L'Ediesse ha mandato nelle librerie un'antologia che raccoglie scritti nei quali Umberto Romagnoli ha tracciato nell'arco degli ultimi lustri i profili di Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Sono più di una dozzina e coprono un ampio arco temporale, dai primi del secolo scorso ai giorni nostri. La ragion d'essere dell'antologia è legata principalmente alla singolarità del nostro diritto del lavoro e, segnatamente, del diritto sindacale. La storia di quest'ultimo infatti ha conservato la singolarità delle origini: più dottrinale che legislativa e più giurisprudenziale che dottrinale, è rimasta tale anche nel dopo-costituzione, nonostante la svolta compiuta con lo Statuto dei lavoratori. Per questo, sul suo processo formativo è stata (e sarà) tutt'altro che ininfluente l'attività dei ceti professionali appartenenti al circuito giudiziario, forense e universitario.

Col consenso dell'editore, pubblichiamo la premessa introduttiva del volume.

“Poco si comprende del funzionamento dell'organizzazione gius-politica di un'epoca e di un paese”, scrisse Giovanni Tarello, “se non se ne conoscono gli operatori: tra questi, principalmente i giuristi”. Per questo, “una storia del diritto deve praticare il genere letterario della biografia intellettuale”¹. Giovanni Tarello lo praticò. Lo praticò con determinazione e lucidità per realizzare un progetto globale di rara difficoltà: quello di scrivere una storia della cultura giuridica contemporanea con l'intento di misurare peso e dimensioni della “componente di scelta, e implicitamente di scelta in senso

¹ TARELLO, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti e il progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1974, IV, p. 499.

lato politica, che è presente in ogni attività di interpretazione e/o applicazione di formule normative”².

L’innovativo pensatore genovese raccontava che il progetto gli si era affacciato nel 1966, accingendosi all’insegnamento universitario della Filosofia del diritto. Per certo, non perse tempo. L’anno successivo, infatti, darà alle stampe una prima prova tecnica, una ricerca di dettaglio, che prese la forma di un “libretto”, come lui stesso volle definirlo col tono disincantato che era la sua cifra stilistica: *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*. Nel “libretto” è analizzata una singolare vicenda intellettuale. Singolare perché il diritto individuale e, specialmente, collettivo del lavoro nel secondo dopo-guerra era in larghissima misura un prodotto della creatività degli interpreti d’ogni ordine e grado, nonché di fonti regolative di incerta natura e/o legittimazione. Il successo dell’agile monografia dipese, come Tarello scriverà cinque anni più tardi, dalla temperie della stagione in cui la tesi centrale che vi era sostenuta venne resa pubblica: “un momento in cui la parte più viva della dottrina italiana aveva una grandissima voglia di sentirsi dire essere la propria attività di natura direttamente politica”³. Questa, però, è soltanto una mezza verità. L’altra metà è che anche Giovanni aveva “una grandissima voglia”: era impaziente di effettuare una verifica “plateale” (cioè, destinata a destare scalpore, come desiderava) della giustezza del dissacrante programma di ricerca che si era dato. Come dire che il gruppetto di giuristi sul quale effettuarne la prima verifica sperimentale Giovanni lo individuò senza alcuna fatica, perché esso non faceva niente per non essere individuato; tutt’altro. Insomma, erano predestinati ad incontrarsi, perché ai suoi occhi di studioso di una cultura giuridica ammalata, come diceva, di “mentalismo”, la schiera dei giuristi-interpreti del diritto sindacale e del lavoro post-costituzionale doveva apparire un caso-limite, quasi di scuola. Da inventare, se non ci fosse stato, in laboratorio. La favorevole congiunzione astrale permise a Tarello di impartire una lezione di metodo che non sarà dimenticata. Anzi, il numero degli operatori giuridici che l’hanno metabolizzata è incalcolabile. In ogni caso, coloro che non la conoscono ancora o la rifiutano sono agevolmente identificabili, perché esibiscono la stolta sicurezza propria di chi non ha l’abitudine di riflettere su se stesso, di interrogarsi, di

² TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in Id., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 496.

³ *Premessa* alla ristampa di *Teorie e ideologie*, cit. nel testo (Milano, 1972), p. 6.

rimettersi in discussione per cercare di capire, o capire un po' meglio, quel che sta facendo. Giovanni, infatti, non ci diceva cosa dovevamo o non dovevamo fare. Ci diceva: fate quel che volete e fatelo come siete capaci, purché sappiate cosa state facendo e ve ne assumiate la responsabilità. Il che, ammossa, non sempre succede: succede invece che i vostri discorsi, pur sembrando riconducibili ad un modello meramente ricognitivo e descrittivo, siano disseminati di “imperativi travestiti da indicativo”⁴. Succede cioè che elaborate modelli prescrittivi senza rendervi conto che vi state nascondendo dietro una scientificità solamente presunta: la scienza giuridica che credete (o asserite di credere) pura in realtà è politica del diritto.

I contesti in cui agiscono i giuristi dei quali in tempi diversi ho tracciato il profilo sono profondamente diversificati. Si va dalle codificazioni civili dell'Otto e Novecento all'avvento della costituzione repubblicana e allo statuto dei lavoratori, fino al processo di destrutturazione del sistema delle regole del lavoro che comincia ad affiorare sul finire degli anni '70. Manca invece una figura di giurista rappresentativa d'una corrente di pensiero la cui radicalità avrebbe dovuto rappresentare una svolta e certamente la lacuna sarebbe imperdonabile se dipendesse da un rifiuto aprioristico di frequentare la letteratura giuridica del periodo corporativo. La verità è che non ce l'ho fatta a superare il senso di scoramento confessato da Norberto Bobbio il cui giudizio impietoso ne mette in luce “la monotonia mortifera degli argomenti, l'angustia dell'orizzonte culturale, la totale mancanza di analisi concreta delle situazioni reali”. Teneri, peraltro, non erano stati neanche i giudizi formulati dalla commissione del primo concorso a cattedra in diritto corporativo, bandito nel 1929. Anzi, il *leader* riconosciuto della nuova dogmatica – Carlo Costamagna – rimase vittima di una feroce stroncatura. Benché i commissari fossero stati scelti col proposito di favorirlo, essi rilevarono nella sua esuberante produzione, “forse per la troppo frequente assenza di vigilante senso storico, una pericolosa tendenza ed eccessivo dispregio per i concetti più tradizionalmente saldi della scienza giuridica (...). Pare anche che in lui non vi (sia) sempre precisa la coscienza del confine che separa (...) lo *ius conditum* dallo *ius condendum*, per cui spesso l'aspettativa o l'iniziazione di questo inquina o devia l'interpretazione o l'inquadramento esatto

⁴ *Modelli descrittivi e modelli precettivi*, in *Diritto, enunciati*, cit., p. 363 ss.; *Linguaggio descrittivo e linguaggio precettivo nei discorsi dei giuristi*, ivi, pp. 370-371.

di quello”. Se, ciononostante, il medesimo giurista-scrittore venne dichiarato vincitore del concorso, non c’è da stupirsi che il Consiglio superiore del ministero dell’Educazione nazionale ne abbia annullato gli atti. Ma nemmeno può stupire la mia decisione di non disegnare il profilo né di lui né di altri come lui. Ho preferito rendere solo apparente l’innegabile lacuna riproponendo alcune mie riflessioni sul fascismo giuridico che testimoniano la consapevolezza che demonizzare il fascismo giuridico significa enfatizzarne le discontinuità rispetto all’esperienza anteriore ed insieme disconnetterlo da quel che è successo dopo⁵.

Malgrado la diversità dei contesti, i giuristi i cui profili ho radunato in questo volume attingono ad un patrimonio culturale tendenzialmente omogeneo. Volendo indicare la matrice ideale degli orientamenti che hanno più resistito al degrado dell’invecchiamento, riesce difficile non identificarla – una volta ripulita delle scorie che la ricoprono – nella componente liberal-democratica. Il che vuol dire che quello del lavoro è un *droit ouvrier* senza operai, proprio come desiderava Ludovico Barassi, e la cultura giuridica dominante è “borghese”, come la qualificò – erroneamente credendo che fosse un’invettiva e che non lo riguardasse – un giurista della borghesia per antonomasia come Francesco Carnelutti.

Una vera e propria frattura, invece, si coglie sul piano della metodologia utilizzata: essa si produsse nel corso degli anni ’60.

L’eccentrico *mix* “di continuità e di rinnovamento” che caratterizzava la proposta di revisione metodologica avanzata da Gino Giugni⁶ odorava di eresia. Pertanto, non gli sarebbe certo bastato richiamarsi all’autorevolezza di Hugo Sinzheimer per uscire vittorioso dal contenzioso sul modo di essere giuristi del lavoro. “Se la scienza giuridica”, aveva scritto nel 1922 il padre del diritto del lavoro della Repubblica di Weimar, “si limitasse al metodo dogmatico”, l’analisi delle forme giuridiche che nascono, si rinnovano o muoiono nella realtà effettuale “sarebbe preclusa alla ricerca giuridica” e, ha chiosato un fine esegeta del pensiero sinzheimeriano⁷, tutto si ridurrebbe ad un discorso che muove da apriorismi o pregiudizi concettuali e, “per essere

⁵ LANCHESTER, *Dottrina e politica nell’università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, in *LD*, 1994, p. 51.

⁶ GIUGNI, *Introduzione*, in *ID.*, *Lavoro legge contratti*, Bologna, 1989, pp. 11-12.

⁷ NOGLER, *In ricordo di Hugo Sinzheimer (1875-1945): appunti sul Methodenstreit nel diritto del lavoro*, in *LD*, 1995, p. 565 ss.

convincente, viene infarcito di ‘necessità logiche’ per via di mera deduzione”. Per superare le ostilità che i giuristi più tradizionalisti solitamente manifestano quando sono oggetto di valutazioni critiche di questo tenore, era necessario che la legittimità del dominio della *pax* siglata nel segno della dogmatica fosse contestata dallo stesso giurista del lavoro che, come Federico Mancini, più ci aveva creduto o che avrebbe dovuto crederci di più. Il suo appoggio fu determinante.

Al di là delle appartenenze culturali e delle differenti metodologie utilizzate, ciò che unisce i giuristi di cui sono qui riprodotti i profili è la natura del ruolo che ciascuno di essi ha svolto. Un ruolo che ha le caratteristiche della mediazione intellettuale in presenza della quale la giurisprudenza ha potuto aiutare la società del loro tempo ad assestarsi, almeno per un po’. Dottrina e giurisprudenza, infatti, formano una coppia di fattori interagenti sui quali fa assegnamento lo stesso potere politico, dal più democratico al più autoritario. Mentre sarebbe una sciocchezza affermare che la coppia funziona perfettamente, è ragionevole convenire che la giurisprudenza non può fare a meno della dottrina, ma il loro dialogo non lusinga la seconda più di quanto non metta in soggezione la prima. Infatti, la giurisprudenza è in grado di liquidare una buona dottrina nella stessa misura in cui è in grado di premiarne una cattiva.

Definire la giurisprudenza non è complicato. Essa non è altro che il lento sedimentarsi dei responsi emessi dai giudici di merito, di legittimità e, nel dopo-costituzione, dal giudice delle leggi. La dottrina invece esibisce di sé un’immagine assai più sfuggente. Accontentiamoci, allora, di sapere che il termine viene usato, sovente in un’accezione spregiativa, per indicare il flusso, irregolare nel ritmo e diseguale in qualità, di apporti provenienti dagli studiosi del diritto che scrivono saggi, monografie, commentari, trattati e manuali, i più fortunati dei quali costituiscono il canale di comunicazione tra giuristi-scrittori, la magistratura giudicante e tutto il resto della popolazione forense. Quando, poi, si scoprono capaci di esprimersi con un linguaggio detecnizzato e deritualizzato, non è escluso che i giuristi-scrittori possano stabilire contatti con la stessa opinione pubblica, orientandola tramite la stampa quotidiana in maniera più o meno argomentata.

Durante una conversazione di tanti anni fa, Gino Giugni mi confidò che

si era abituato a classificare i giuristi servendosi di una griglia di criteri che si era fabbricata quasi per gioco, ma non senza originalità. Ci sono, diceva, i ripetitori: sono quelli che masticano idee altrui; e gli amplificatori: cioè, quelli che hanno l'inclinazione ad enfatizzare. Infine, ci sono i riduttori: il loro limite consiste nell'offrire rappresentazioni deformanti di segno contrario rispetto a quelli del secondo gruppo. Però, hanno il pregio di tendere all'essenzialità. Forse perché incoraggiato dal suo esempio, anch'io ho preso un'abitudine classificatoria che può sembrare stravagante. È da parecchio tempo che mi sono immaginato l'esistenza di un club elitario: non senza un filo di sorridente ironia, l'ho definito *star-system* accademico dei giuristi-scrittori in materia sindacale e del lavoro del secolo XX. Non è il capolinea di un *cursus honorum* raggiungibile per cooptazione. Vi si è ammessi solamente perché lo hanno deciso generazioni di viandanti i quali, avendo bisogno di lampioni in grado di illuminare la strada che stanno percorrendo, hanno inteso manifestare così rispetto e gratitudine verso i pochi che sono capaci di accenderli. Però, adesso che i governanti dei paesi europei stanno demolendo lo statuto epistemologico del diritto più eurocentrico e novecentesco che sia mai esistito, l'elitario club appartiene al passato. Adesso, la sola cosa che interessa sapere è dove sta andando il diritto del lavoro, che fine farà, se ha ancora un futuro. E, proprio perché fioccano e si accalcano domande del genere, i viandanti del giorno d'oggi che si aspettano il miracolo di vederci meglio devono rassegnarsi: dei lampioni non possono fare se non un uso pateticamente improprio. In realtà, se ne possono servire unicamente come gli ubriachi si servono dei lampioni pubblici: non per la luce che di notte fanno spiovere sulle strade, bensì per reggersi in piedi. Infatti, il futuro del diritto del lavoro non può più essere quello di una volta. Per questo, ho tracciato i profili anche di giuristi la cui formazione si è completata quando il *day after* del diritto del lavoro era già inoltrato. Se sono presenti in questa raccolta, è perché – spezzate dalla violenza cieca o dell'essere umano o d'una natura matrigna – le loro biografie intellettuali, se non sono ancora storia, nemmeno sono più cronaca e ciò che ne giustifica la presenza nell'antologia è la certezza che la loro prematura scomparsa accresce la difficoltà di chi è rimasto di dare risposte plausibili alla richiesta di riprogettare il diritto del lavoro.

La ragion d'essere di questa antologia è legata principalmente alla singolarità del diritto sindacale e del lavoro, e non solo del nostro. Indipenden-

temente dall'idioma che parlano, i giuslavoristi sanno bene che non è dato rinvenire un settore dell'esperienza giuridica dove risulti più sbugiardata la mitologia pan-creazionista secondo la quale, "come un dio creò l'universo, così il legislatore crea il diritto". Per questo, la storia di questo ramo del diritto è più dottrinale che legislativa e più giurisprudenziale che dottrinale. In Italia, però, si è stabilito un record. Da settant'anni le stesse parti sociali si appassionano ad un gioco che ha determinato una singolare situazione di a-legalità costituzionale. Il gioco consiste nel restare *fuori* della costituzione senza, per ciò stesso, mettersi *contro*, obbligando i giocatori a cercare *altrove* ciò che vi sta *dentro*. Per questo, il processo di formazione del nostro diritto sindacale e del lavoro lo ha oberato di debiti verso il ceto degli operatori giuridici e il suo itinerario evolutivo risente più di quanto non accada in altri settori dell'esperienza dell'autoreferenzialità dei componenti della cabina di regia. In altra occasione li ho chiamati tessitori, perché ciò che li accomuna è la propensione a riannodare anziché a tagliare i fili del discorso giuridico. Una propensione che, una volta diventata una vocazione di ceto, diventa anche un vincolo di sistema. Adesso, però, come dicevo poc'anzi, capisco di poterne ancora parlare come di qualcosa che è stato e non è più. Qualcosa che appartiene ad un passato che se ne è andato via per sempre e non può trovare posto se non in un archivio storico. E ciò anche perché, mentre in passato la creatività interpretativa era considerata una salvifica soluzione di ripiego stante il vuoto regolativo che il legislatore si rifiutava di colmare, adesso lo stesso legislatore la considera un fattore destabilizzante dei suoi *dicta*. Non a caso, dissemina ostacoli sulla strada percorribile dai lavoratori per arrivare ad un giudice togato e, con la riduzione forzata del contenzioso, si finisce per alterare l'*habitat* che permette l'esistenza della cabina di regia.

Nel momento di restituire le bozze all'editore col rituale "si stampi", mi sembra importante segnalare che i ritratti degli autori qui riprodotti li ho disegnati nell'arco degli ultimi trent'anni. Pertanto, la distanza temporale che mi separa dai primi è piuttosto ampia. Infatti, non sono mica sicuro che li riscriverei tutti tali e quali. Il che vuol dire che l'insieme dei profili consente di ripercorrere anche un segmento significativo del mio stesso processo di formazione. Un processo che si sta concludendo nel meno prevedibile dei modi. Sto imparando a disimparare, almeno in parte, ciò che i più prestigiosi giuristi-scrittori del novecento mi avevano insegnato.

Key words

Diritto sindacale e del lavoro, novecento italiano, giuristi del lavoro, profili.

Trade union law, labour law, the italian twentieth century, labour lawyers, profiles.

Claudia Faleri

Il lavoro ai tempi di Agricoltura 4.0 tra esigenze di stagionalità e fabbisogno di nuove professionalità

Sommario: **1.** La complessità del mercato del lavoro agricolo. **2.** La tipicità del carattere stagionale della prestazione di lavoro agricolo. **3.** I limiti legislativi (ma non solo) all'uso del lavoro occasionale per le imprese agricole. **4.** La sfida dell'apprendistato professionalizzante per un lavoro qualificato e qualificante. **5.** Osservazioni conclusive.

1. *La complessità del lavoro agricolo*

Il lavoro agricolo risulta indubbiamente una realtà di non facile comprensione da parte dell'osservatore esterno per le sue caratteristiche peculiari, per l'eterogeneità dei diversi comparti produttivi e la grande differenziazione che caratterizza il settore agricolo a livello territoriale, nonché per le numerose attività che, in conformità con il principio di multifunzionalità affermato a livello europeo con la riforma della PAC (Politica agricola comune) approvata nel 1999 e a livello nazionale con la modifica apportata all'art. 2135 c.c. dal d.lgs. 18 maggio 2001 n. 228¹, possono oggi essere svolte dall'impresa agricola.

Si tratta inoltre di un settore economico connotato da forti contraddizioni. È noto come le politiche agricole europee, a cui si è assistito negli ul-

¹ A seguito di tale modifica sono state riviste e ampliate le categorie che compongono l'attività agricola; in particolare la dilatazione del concetto di agrarietà è dovuta alla formula generica e ambigua utilizzata dal legislatore riguardo alla categoria delle c.d. attività connesse: al riguardo, cfr. BUONOCORE, *Il "nuovo" imprenditore agricolo, l'imprenditore ittico e l'eterogeneità dei fini*, in *GCom*, 2002, p. 5; MEGHA, *L'art. 2135 c.c. dopo il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228: nozione di imprenditore agricolo ed esenzione dalle procedure concorsuali*, in *DGAA*, 2011, p. 558.

timi tempi, abbiano orientato il settore agricolo sempre più verso logiche di concorrenza, facendo sorgere in capo alle imprese forti esigenze di contenimento dei costi. Si ricordi a tal riguardo come – dopo un iniziale approccio protezionistico proprio degli anni '60-'70, caratterizzato dall'intervento pubblico di sostegno dei prezzi, seguito negli anni '80 da una riduzione degli strumenti di sostegno economico, garantiti solo per quantità prestabilite di prodotti (le c.d. quote latte) e negli anni '90 da una riduzione dei prezzi per avvicinarli a quelli di mercato – siamo giunti negli anni 2000 alla c.d. riforma Fischler, che ha sostituito il sistema dei pagamenti “accoppiati” ad una determinata produzione con un sostegno indipendente dal bene agricolo effettivamente prodotto². Con il “disaccoppiamento” le imprese che avevano beneficiato di un elevato sostegno economico, indotte a specializzarsi nelle produzioni più protette piuttosto che concentrarsi sullo sviluppo della propria struttura aziendale, trascurando le politiche di *marketing*, i mutamenti della domanda, le relazioni qualità-prezzo, ovvero tutti quegli elementi che caratterizzano una efficiente gestione aziendale, si sono trovate nella condizione di ridurre i costi per rimanere sul mercato e cercare di essere competitive³.

Si è così assistito al fenomeno di numerose imprese che sono ricorse all'*outsourcing*, dando luogo a processi di esternalizzazione e di frammentazione della catena produttiva, mosse non certo da ragioni organizzative, bensì da un chiaro intento di riduzione dei costi, essenzialmente quelli relativi alla manodopera.

Non si intende qui riferirsi al fenomeno del contoterzismo, ovvero all'acquisizione, mediante contratto di appalto, di opere e servizi riconducibili all'attività agromeccanica⁴, che costituisce uno strumento indispensabile per le imprese agricole, utilizzato per lavorazioni e servizi prestati sovente con macchinari complessi e costosi, al fine di far crescere, o quantomeno salva-

² Per un *excursus* sulla politica agricola comune, si rinvia a FRASCARELLI, *L'evoluzione della Pac e le imprese agricole: sessant'anni di adattamento*, in *ARE*, 2017, n. 50, p. 1 ss.; *amplius* cfr. GERMANÒ, ROOK BASILE, *Manuale di diritto agrario*, Giappichelli, 2014, p. 209 ss.; con un prospettiva giuslavorista cfr. tesi di dottorato di URBISAGLIA, *Relazioni sindacali e rapporti di lavoro nel contesto economico-produttivo del settore agricolo*, ciclo XXVIII Dottorato di ricerca in Diritto ed economia dell'impresa – Discipline Interne ed Internazionali, Scuola di Dottorato di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona, 2018, p. 21 ss.

³ Al riguardo, cfr. LEVOLI, MACRÌ, *Politica agricola, immigrazione e mercato del lavoro in agricoltura*, in *ARE*, 2009, n. 17, p. 4.

⁴ Così come configurata e regolata dall'art. 5 del d.lgs. 99 del 2004, al cui testo si rinvia.

guardare, la propria capacità competitiva. In tal modo le imprese agricole possono, infatti, evitare gravosi investimenti fissi in macchinari utilizzabili solo per lavorazioni circoscritte e per tempi limitati, utili sia alle piccole, che non potrebbero sostenerne i costi, sia alle grandi aziende per ridurre gli oneri per gli investimenti e favorire le diversificazioni culturali, senza alcuna ripercussione nei confronti dei lavoratori in termini di minor tutele.

Si vuole piuttosto far riferimento alle forme sempre più diffuse di utilizzazione indiretta di manodopera, spesso con modalità di dubbia legittimità riguardo sia alle procedure, sia al trattamento garantito ai lavoratori; ricorrendo ai fenomeni interpositori illeciti o comunque di reclutamento irregolare di manodopera vengono ad essere soddisfatti i requisiti di immediatezza ed economicità richiesti dalle aziende, ovvero la necessità di reperire manodopera in modo tempestivo e l'esigenza di contenimento dei costi del lavoro (non solo economici, ma anche burocratici di gestione del personale)⁵.

Com'è noto, nel settore agricolo persistono vere e proprie forme illecite di interposizione di manodopera, nonostante la configurazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento, introdotto dalla l. 29 ottobre 2016 n. 199, in quanto l'attuale sistema di controllo e repressione degli illeciti continua a risultare inadeguato a prevenire e reprimere gli abusi⁶. Ciò in considerazione delle peculiari caratteristiche proprie degli pseudo appalti: si tratta di imprese per lo più provenienti da regioni diverse da quelle in cui sono chiamate a compiere la loro opera, che "spariscono" rapidamente, di cooperative, o spesso pseudo cooperative, gestite da stranieri e con lavoratori stranieri con cui è difficile dialogare, oltre che solitamente non sindacalizzati.

L'utilizzo di forza lavoro a costi contenuti richiama, infatti, manodopera debole, rappresentata prevalentemente da lavoratori stranieri; questi, che rappresentano circa un terzo del totale della manodopera del settore agricolo, per la debolezza contrattuale, per le condizioni economiche, nonché per le barriere culturali che li connotano, si profilano prevalentemente quale *low-skilled workers* e per questo tendenzialmente collocati in mercati del lavoro secondari e paralleli rispetto a quello formale. Non a caso il settore agricolo

⁵ Riguardo ai fenomeni interpositori in agricoltura cfr. NUZZO, *L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 357/2018.

⁶ Sul punto v. RUSSO, *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, *ivi*, n. 339/2017; D'ONGHIA, DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, *ivi*, n. 352/2018.

è quello in cui il lavoro sommerso e l'intermediazione illecita di manodopera risultano maggiormente diffusi.

Tale tendenza non risulta del resto essere stata contrastata neppure dalla PAC, essendo stato adottato per molto tempo un approccio prevalentemente orientato alla conservazione e/o all'incremento della quantità dell'occupazione, preoccupandosi ben poco della qualità dei rapporti di lavoro⁷. Tra l'altro, un simile approccio, se giustificato dalla storica prevalenza della componente indipendente su quella dipendente, è risultato evidentemente incoerente con lo sforzo attuato dalla Commissione europea per riqualificare la produzione e la qualità dei processi produttivi⁸.

Si assiste così ad un utilizzo di appalti o pseudo-appalti affidati prevalentemente ad appaltatori che provengono da fuori regione, che svolgono la loro attività temporaneamente o che, anche qualora l'appalto sia loro riaffidato, impiegano manodopera sempre diversa, che non conosce le peculiarità delle produzioni a discapito della qualità della prestazione, in forte contrasto con l'esigenza di lavoratori sempre più qualificati e al contempo fidelizzati sulla base di rapporti di lavoro stabili o quantomeno continuativi nel tempo che il settore agricolo oggi richiede.

Tale esigenza di prestazioni di lavoro altamente qualificate si presenta soprattutto in ragione della diffusione di nuove forme di attività agricola multifunzionale e dello sviluppo tecnologico che oggi sta interessando sempre più anche il settore agricolo⁹. Nell'era della digitalizzazione, infatti, si assiste anche in tale ambito all'introduzione di nuove tecnologie (macchinari dotati di strumenti informatici come computer di bordo, sensori, e processori in grado di far comunicare tra loro le macchine operatrici, droni, sistemi di mungitura robotica, fotocamere e sensori sofisticati) e all'impiego dei *Big Data* (monitoraggio, raccolta e analisi dei dati, quali quelli ambientali, climatici e culturali), che presuppongono necessariamente manodopera altamente

⁷ Cfr. IEVOLI, MACRÌ, *op. cit.*, p. 1.

⁸ Si consideri che, in sede di programmazione della PAC per le annualità 2007-2013, non fu accolta la proposta avanzata da Commissione europea, Consiglio e Parlamento Europeo di introdurre il rispetto delle norme sulla sicurezza sul lavoro tra le condizionalità: cfr. documento "Revisione intermedia della politica agricola comune", COM (2002), 394 del luglio 2002.

⁹ Al riguardo, cfr. i contributi di GIOVANNINI, *Il volto dell'agricoltura tra complessità e cambiamento* e HENKE, POVELLATO, *La diversificazione nelle aziende agricole italiane*, entrambi in *ARE*, 2012, n. 31, p. 1 ss; VIERI, SARRI, RIMEDIOTTI, *Digitalizzazione ed alta tecnologia, nuovi scenari per la gestione delle coltivazioni arboree*, *ivi*, 2018, n. 53.

qualificata; si consideri che la c.d. agricoltura di precisione, fondata sull'uso di queste tecnologie digitali di nuova generazione, è considerata la risposta ottimale alle sfide che il mondo agricolo oggi deve fronteggiare, in termini di maggiore efficienza e minor impatto ambientale¹⁰.

2. *La tipicità del carattere stagionale della prestazione di lavoro agricolo.*

Tradizionalmente il lavoro agricolo si connota anche per un altro carattere essenziale ovvero la stagionalità, *rectius* la discontinuità dell'attività lavorativa. Imprescindibile si delinea l'esigenza di avvalersi di manodopera solo per periodi limitati nel corso dell'anno, talvolta non preventivabili, spesso di breve durata; il lavoro a termine costituisce, pertanto, la tipologia contrattuale in grado di soddisfare le esigenze proprie dell'impresa agricola, essenzialmente e quasi tipicamente stagionali in quanto strettamente connesse al ciclo culturale agrario, che si articola in più fasi e richiede operazioni specifiche che possono essere svolte solo in determinati periodi dell'anno.

Ciò spiega il fatto che nel settore agricolo il contratto di lavoro a termine rappresenta la forma negoziale più utilizzata, raggiungendo una percentuale di diffusione nettamente superiore a quella dei contratti a tempo indeterminato. Tant'è che non solo la stessa giurisprudenza si è sempre pronunciata in modo uniforme nel riconoscere come i rapporti di lavoro in agricoltura fossero "normalmente" a tempo determinato¹¹, ma anche la contrattazione collettiva, nazionale e territoriale, ha riconosciuto la forza lavoro a tempo determinato una componente stabile e strutturata, sì da realizzare negli anni un adeguato apparato di tutele a favore di tali lavoratori.

¹⁰ Al riguardo, si rinvia a LATTANZI, *L'agricoltura di precisione, una sfida anche per il diritto*; VAGNOZZI, *L'agricoltura di precisione: un pacchetto di innovazioni complesso e con molte potenzialità*; PISANTE, CILLO, *Agricoltura di precisione: sfide e opportunità*; BISAGLIA, *Agricoltura di precisione in Italia: un'opportunità di aggiornamento delle agrotecniche, di sviluppo professionale e di efficienza del settore*, tutti in *ARE*, 2018, n. 53.

¹¹ Si rinvia essenzialmente a quanto affermato da Cass. Sez. Un. 13 gennaio 1997 n. 265, in *GC*, 1997, I, p. 353, con nota redazionale, dove il contratto a termine finale si configura come la regola e quello a tempo indeterminato come l'eccezione, a cui la giurisprudenza successiva si è sempre mantenuta conforme; cfr. Cass. 10 aprile 2000, n. 4523, in *DGAA*, 2000, I, p. 385, con nota di FONTANA, *Contratto a termine finale e contratto a tempo indeterminato nel panorama odierno del lavoro operaio in agricoltura*; Cass. 9 aprile 2001 n. 5754, in *DL*, 2001, II, p. 296, ancora con nota di FONTANA, *Lavori stagionali e parità di trattamento*.

Si consideri poi la struttura dimensionale della tipica impresa agricola, solitamente tale da non poter garantire una continuità nell'occupazione di tutta la manodopera utilizzata nell'intero anno solare¹².

Ed è proprio per il prevalente carattere stagionale tipico dei lavori del settore agricolo che le categorie storiche dei braccianti avventizi e dei salariati fissi sono sempre state strettamente connesse a rapporti di lavoro temporaneo, ovvero a rapporti di durata limitata. Da un lato, rinveniamo, infatti, la categoria dei braccianti avventizi, definiti dall'art. 2 del primo Patto collettivo nazionale del 1950, come “quei lavoratori agricoli assunti a giornata senza vincolo di durata anche se per alcuni giorni e per l'esecuzione di alcuni lavori, retribuiti con paga oraria o giornaliera corrisposta al termine della prestazione o comunque a fine settimana”¹³. Dall'altro lato, ritroviamo la categoria dei salariati fissi, il cui rapporto di lavoro era anch'esso configurato come un rapporto a termine finale, che si differenziava da quello dei braccianti solo per la maggiore durata: pur in assenza di una chiara definizione dei “salariati fissi”, con tale termine erano convenzionalmente indicati i lavoratori assunti con contratto a termine di durata non inferiore a un anno, la cui prestazione si svolgeva ininterrottamente per tutta la durata del rapporto presso la stessa azienda¹⁴, tanto da essere altresì chiamati “annaroli”.

Dunque, i lavoratori agricoli, prima che confluissero in una categoria unitaria, erano ricondotti alla categoria dei braccianti piuttosto che a quella dei salariati proprio in ragione della durata maggiore o minore della prestazione lavorativa resa nell'impresa, ovvero del grado di continuità dell'occupazione¹⁵.

Così, anche la prima normativa emanata sul lavoro agricolo, seppur intervenuta limitatamente all'ambito previdenziale, considerava i rapporti di lavoro al tempo esistenti in agricoltura tutti a tempo determinato, rappor-

¹² In questi termini si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 265/97, cit.

¹³ Tale definizione è stata poi sostanzialmente ripresa e ripetuta negli Accordi successivi.

¹⁴ Così i Patti nazionali del periodo corporativo; in particolare si ricorda il Patto dell'8 dicembre 1937 e il Patto del 16 dicembre 1933: a tal riguardo cfr. FONTANA, *Contratto a termine finale e contratto a tempo determinato nella vicenda storica del lavoro degli operai in agricoltura*, in *RDA*, 1986, p. 623 ss.; GATTA, *Il rapporto di lavoro a termine in agricoltura*, in *RGL*, 1992, I, p. 387 ss.; MAGNO, *Il lavoro a termine nel settore agricolo*, in *DL*, 2006, I, pp. 37-39.

¹⁵ Sulla storica configurazione delle categorie dei braccianti e dei salariati, cfr. altresì SERRA, *Contratto a termine e lavoro in agricoltura*, in BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, 2002, p. 301 ss.

tando i contributi dovuti per i braccianti alla giornata lavorativa, per i salariati fissi all'anno agrario (d.lgs.lgt. 9 aprile 1946 n. 212, art. 3)¹⁶.

Quando poi con il Patto collettivo nazionale del 1972 le categorie storiche dei braccianti e dei salariati furono superate e furono introdotte le categorie di operai a tempo determinato e operai a tempo indeterminato, anche per queste fu assunto come criterio distintivo la durata maggiore o minore della prestazione di lavoro. Si intende riferirsi, nello specifico, alla categoria unitaria degli operai agricoli elaborata per la prima volta dal Patto nazionale del 1972 e successivamente ripresa dalla l. 8 agosto 1972 n. 457, al cui art. 8 furono definiti in modo puntuale quali “operai a tempo indeterminato” non solo i lavoratori assunti senza prefissione della durata del rapporto, ma anche quelli assunti a termine per più di 180 giornate nell'arco dell'anno, siano essi denominati salariati fissi o in altro modo, o che, comunque, svolgono più di 180 giornate di lavoro effettivo presso la stessa azienda nell'arco di 12 mesi; ne conseguiva – così si affermava in modo esplicito – che ogni altra locuzione fosse stata da intendersi equivalente a quella di “operaio a tempo determinato”. Si riconosce così che il tipo di contratto maggiormente ricorrente in agricoltura è quello a tempo determinato, in quanto idoneo a soddisfare le diverse esigenze connesse al ciclo colturale agrario e alle distinte fasi di lavorazione, prevedendo rapporti a tempo indeterminato solo in via residuale, ricorrenti cioè nei casi specificatamente e tassativamente previsti dal legislatore, ovvero laddove non sia prevista alcuna prefissione temporale oppure per lo svolgimento di prestazioni lavorative che si espletano in un arco temporale che supera le varie fasi colturali dei fondi o connesse alla struttura organizzativa e funzionale dell'azienda¹⁷.

Fortemente significativo della peculiarità del settore agricolo e delle sue esigenze di stagionalità risulta, comunque, il fatto che tale disposizione assumesse come discrimine tra rapporto a termine e rapporto a tempo indeterminato il raggiungimento delle 180 giornate annue, fondasse cioè tale distinzione sulla durata comunque predefinita della prestazione lavorativa, sulla saltuarietà più o meno accentuata dell'occupazione.

La suddivisione introdotta dall'art. 8 della l. 457/72, disposta ai soli fini del trattamento di integrazione salariale, è stata successivamente affermata, seppur sempre limitatamente all'ambito previdenziale, dalla l. 26 febbraio

¹⁶ Sul punto *amplius* cfr. GATTA, *L'operaio agricolo e la previdenza sociale*, in *PS*, 1988, p. 925 ss.

¹⁷ Si rinvia a GATTA, *op. cit.*, pp. 390-401.

1982 n. 54 e poi ripresa in modo definitivo dall'art. 12, co. 2, del d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375, a cui ha espressamente rinviato il legislatore nel d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 nel momento in cui è venuto a riformare la disciplina generale del contratto di lavoro a tempo determinato, al fine di individuare i soggetti esclusi dal suo ambito di applicazione¹⁸.

Ancora oggi le parti sociali continuano a identificare gli operai a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato utilizzando gli stessi criteri distintivi fondati sulla durata maggiore o minore della prestazione lavorativa, includendo nella categoria degli operai a tempo indeterminato non solo coloro che sono assunti senza prefissione di termine, ma anche gli operai ex salariati fissi, qualificando invece come operai a tempo determinato: gli operai assunti con contratto di lavoro a tempo determinato per l'esecuzione di lavori di breve durata, stagionale o a carattere saltuario o per fasi lavorative (fattispecie questa storicamente contemplata dai ccnl); gli operai assunti per l'esecuzione di più lavori stagionali e/o per più fasi lavorative nell'anno, con garanzia occupazionale minima superiore a 100 giornate annue, nell'arco di 12 mesi dalla data di assunzione; gli operai assunti originariamente con contratto di lavoro a termine di durata superiore a 180 giornate di effettivo lavoro, da svolgersi nell'ambito di un unico rapporto continuativo (fattispecie queste ultime due entrambe introdotte *ex novo* dal ccnl del 2002)¹⁹.

Il riconoscimento della stagionalità come caratteristica strutturale del mercato del lavoro agricolo e la configurazione del rapporto di lavoro a tempo determinato come regola e non come mera eccezione rispetto al lavoro a tempo indeterminato spiegano, inoltre, l'esclusione ad opera dell'art. 6 della l. 18 aprile 1962 n. 230 della categoria dei salariati fissi dall'ambito di applicazione della normativa legale in materia di contratti a termine. Tale campo di esclusione fu tra l'altro ulteriormente ampliato, nel momento in cui la giurisprudenza venne a privilegiare un'interpretazione più estensiva del testo letterale, secondo il quale si sarebbero dovuti sottrarre all'operatività della normativa del 1962 solo i rapporti di lavoro dei salariati fissi, dovendo invece questa trovare applicazione nei confronti dei braccianti²⁰: l'orienta-

¹⁸ In merito a questa evoluzione legislativa, cfr. MAGNO, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁹ Fattispecie ora contemplate dall'art. 21 del ccnl per gli operai agricoli e floro-vivaisti 2014-2017, rimasto immutato a seguito del rinnovo avvenuto con l'Accordo sottoscritto lo scorso 19 giugno per le annualità 2018-2021.

²⁰ Di tale avviso VARESI, ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1990, p. 244.

mento giurisprudenziale giunse a escludere l'applicazione della disciplina sui contratti a termine a tutte le prestazioni di lavoro del settore agricolo connotate dal carattere di stagionalità alla luce dell'elenco delle attività stagionali contenuto nel d.P.R. 7 ottobre 1963 n. 1525, il cui contenuto sembrava essere ritagliato appositamente sulle esigenze del settore agricolo²¹.

La problematica fu peraltro superata nel momento in cui venne definitivamente elaborata la categoria unitaria degli operai a tempo determinato ad opera dell'art. 12, co. 2, l. 375/93 in precedenza richiamato, a cui fece esplicito riferimento il legislatore del d.lgs. 368/01, nel definire all'art. 10 l'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina dei rapporti di lavoro a termine, venendo implicitamente a ricondurre all'ambito applicativo di tale normativa solo il lavoro impiegatizio²² e quello dirigenziale agricolo.

Così, anche nei successivi interventi di riforma legislativa (dalla Riforma Fornero del 2012 alla riforma Giovannini del 2013, fino alla *Jobs Act* del 2015 e alle modifiche a questo da ultimo apportate dal Decreto Dignità del 12 luglio 2018 n. 87, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2018 n. 96), l'intera categoria degli operai agricoli a tempo determinato è sempre stata esclusa dall'area di applicazione della disciplina del lavoro a termine al fine di rispondere in modo efficace e tempestivo alle esigenze organizzative legate alla stagionalità, riconoscendo così la possibilità in agricoltura di ricorrere al lavoro a tempo determinato senza la necessità di alcuna formalità contrattuale, senza limiti di contingentamento o diritti di precedenza, né vincoli di proroga, reiterazione o intervalli di tempo.

Del resto, le stesse parti sociali hanno da sempre riconosciuto – nelle clausole dei contratti nazionali – come il rigore formale e la rigida disciplina predisposti dal legislatore in materia di contratti a termine potessero costituire un freno all'instaurazione di rapporti regolari di lavoro, scegliendo in sede di contrattazione collettiva di non recepire la disciplina dettata in materia di contratto a termine a partire dalla l. 230/62. Attraverso la continuità del lavoro assicurata dal reiterarsi dei contratti di lavoro in relazione alle diverse

²¹ Sul punto si rinvia a SERRA, *op. cit.*, pp. 306–307.

²² La categoria impiegatizia da sempre è stata ricondotta all'ambito di applicazione delle disposizioni comuni, nonostante anche per questa categoria – merita sottolineare – si sia avvertita la normalità del termine, considerato come, ai sensi dell'art. 11 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7 conv. l. 11 marzo 1970 n. 83, si stabilisse la necessità dell'indicazione della durata del rapporto, ammettendo la stipula del contratto a tempo indeterminato solo qualora fosse giustificata dalla particolare natura del rapporto.

fasi delle lavorazioni agricole risultano così poter essere soddisfatte sia la necessità delle imprese agricole di avvalersi di personale fidelizzato e non precario, sia le loro esigenze di flessibilità.

Per tali ragioni, in sede negoziale, sono state piuttosto previste²³ delle garanzie nei confronti dei lavoratori assunti a tempo determinato allo scopo di assicurare una relativa continuità della loro prestazione lavorativa. Si intende riferirsi non tanto alla c.d. “garanzia occupazionale” (art. 13 ccnl), chiamata a operare per tutta la durata della fase lavorativa, a prescindere dal verificarsi di particolari avversità atmosferiche o di sfavorevoli condizioni di mercato, quanto al diritto di riassunzione riconosciuto ai lavoratori a tempo determinato per l’esecuzione delle stesse lavorazioni nelle medesime aziende (art. 20 ccnl), nonché al diritto alla trasformazione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato (art. 23 ccnl), riconosciuto ai lavoratori a tempo determinato che hanno effettuato presso la stessa azienda, nell’arco di 12 mesi dalla data di assunzione, 180 giornate di effettivo lavoro (ad esclusione degli OTD assunti originariamente con contratto a termine con garanzia minima di 100 giornate e degli OTD assunti originariamente con contratto a termine di durata superiore a 180 giornate di effettivo lavoro, nonché degli OTD assunti in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto)²⁴.

Tali garanzie occupazionali non solo fanno sì che il lavoro a termine, che si impone come contratto dominante in agricoltura, non sia percepito come un lavoro precario, ma al tempo stesso consentono di costruire un rapporto di fidelizzazione tra il lavoratore e l’azienda, tra i quali si crea un legame reciprocamente soddisfacente per quanto riguarda la qualità professionale della prestazione con positive ripercussioni sulla qualità delle produzioni.

Inoltre, tali clausole negoziali possono risultare particolarmente significative nei confronti dei lavoratori stagionali extra-UE, nel momento in cui il rinnovo del contratto e quindi la continuità del rapporto consentono loro di acquisire

²³ Si intende riferirsi alle disposizioni contenute nel ccnl degli operai agricoli e florovivaisti 2014-2017, che non hanno subito alcuna modifica da parte dell’Accordo di rinnovo del ccnl per gli anni 2018-2021.

²⁴ Ai sensi dell’art. 23 del ccnl tale trasformazione non opera automaticamente; il relativo diritto deve, infatti, essere esercitato, a pena decadenza, entro 6 mesi dal perfezionamento del requisito delle 180 giornate di lavoro effettivo mediante comunicazione scritta da presentare al datore di lavoro.

l'esperienza e la conoscenza delle lavorazioni, nonché di instaurare un rapporto fidelizzato con l'azienda, rafforzando così il loro potere contrattuale.

In questa direzione si è tra l'altro mossa la Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, emanata con l'obiettivo di contribuire ad una gestione efficace dei flussi di migrazione temporanea stagionale e al tempo stesso assicurare condizioni di vita e di lavoro dignitose per i lavoratori stagionali. In sede di implementazione di tale Direttiva, il legislatore italiano con il d.lgs. 29 ottobre 2016 n. 203 ha così rivisto la disciplina dei permessi di soggiorno, disponendo misure di semplificazione degli adempimenti propedeutici al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro stagionale, riformulando gli artt. 5, co. 3-ter, e 24 del T.U. sull'immigrazione; nello specifico, è stata ampliata la possibilità di concessione di permessi pluriennali, rendendo maggiormente permissiva la disciplina del reingresso dei lavoratori stranieri, rivedendo il requisito dell'avvenuto rilascio di un permesso di soggiorno per lavoro stagionale per due anni consecutivi, richiesto dalla previgente formulazione del T.U. sull'immigrazione ai fini della concessione di un permesso pluriennale²⁵. Ciò evidentemente al fine di favorire il reingresso dei lavoratori extraUE per lo svolgimento di lavoro stagionale, consentendo così loro l'opportunità di svolgere una prestazione di lavoro in modo continuativo.

3. *I limiti legislativi (ma non solo) all'uso del lavoro occasionale per le imprese agricole*

A fronte di esigenze di carattere temporaneo e di contenimento dei costi, che – come visto – caratterizzano in modo essenziale il lavoro agricolo, la tendenza che si registra è altresì quella di ricorrere a forme di prestazioni di lavoro di carattere occasionale e saltuario.

Spesso, quando si parla di lavoro occasionale nel settore agricolo, si intende riferirsi a quelle attività svolte da parenti e affini sino al quarto grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale, senza corresponsione di compensi,

²⁵ Cfr. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *DRI*, 2017, p. 363 ss.; CHIAROMONTE, «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *GDLRI*, 2018, p. 135 ss.

salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori, espressamente riconosciute dal legislatore (art. 74 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276)²⁶, solo al fine di precisare come tale tipo di prestazioni non integri in ogni caso né un rapporto di lavoro autonomo, né un rapporto di lavoro subordinato. Come successivamente puntualizzato in una Lettera circolare del Ministero del lavoro emanata ai fini ispettivi (Circ. min. lav. n. 10478 del 10 giugno 2013), le collaborazioni del familiare sono da considerarsi “presuntivamente” di natura occasionale, intendendo per “attività occasionale” quella caratterizzata dalla non sistematicità e stabilità dei compiti espletati, non integrante comportamenti di tipo abituale e prevalente nell’ambito della gestione e del funzionamento dell’impresa.

Peraltro, con il termine “manodopera saltuaria” ci si riferisce altresì al lavoro mediante *voucher*, oggetto negli ultimi anni di numerose riforme e controriforme legislative, volte a regolamentare l’utilizzo di tale strumento contrattuale, proponendo, da un lato, uno schema giuridico molto appetibile per i committenti in termini sia di semplicità di gestione (senza cioè obbligo di espletamento di alcuna formalità, quali la stipula di un contratto scritto o la comunicazione al Centro per l’impiego o ad enti previdenziali.), sia di riduzione dei costi, cercando, dall’altro lato, di contenerne la diffusione, quantomeno in alcuni settori produttivi come quello agricolo. Se, infatti, la tipizzazione normativa del lavoro occasionale è volta a dar rilievo giuridico a situazioni che alimentavano l’area del lavoro nero, forte è al contempo il timore che questo possa proporsi come alternativa a forme contrattuali quale il contratto a termine, potendo significare ciò un importante processo di erosione delle tutele, in considerazione del fatto che il rapporto di lavoro accessorio rimane escluso dall’applicazione delle norme di tutela del lavoro subordinato, a prescindere dal fatto che sia prestato in modo materialmente subordinato.

Per tale motivo l’utilizzo dei *voucher* nel settore agricolo, ove la diffusione di tale strumento è stata costantemente temuta in modo particolare, è sempre stato ammesso in modo significativamente circostanziato.

Nel momento in cui il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento la figura del lavoro accessorio con l’art. 70 d.lgs. 276/03, prevedendo che ad

²⁶ Più esattamente, il testo originario dell’art. 74 d.lgs. 276/03 faceva riferimento ai “parenti e affini sino al terzo grado”; tali parole sono state sostituite – ex art. 7-ter, co. 13, d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, contenente misure urgenti per l’occupazione – dalle seguenti: “parenti e affini sino al quarto grado”.

esso si potesse ricorrere solo per lo svolgimento di determinate attività lavorative di carattere occasionale e di ridotta entità, lo svolgimento di tali attività in ambito agricolo fu ammesso, inizialmente, ovvero dopo la modifica apportata dal d.l. 30 settembre 2005 n. 203, convertito con modificazioni dalla l. 2 dicembre 2005 n. 248, solo per l'esecuzione di vendemmie di breve durata e a carattere saltuario effettuata da studenti e pensionati; in seguito, cioè con il d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, per prestazioni lavorative di carattere stagionale non espressamente identificate, purché però effettuate da pensionati, casalinghe e studenti.

E anche nel momento in cui – in sede di ulteriore novella del testo dell'art. 70 ad opera delle leggi 28 giugno 2012 n. 92 e 9 agosto 2013 n. 99 – si è proceduto ad ampliare le possibilità di utilizzo del lavoro accessorio attraverso il superamento delle causali, richiedendo come condizione legittimante solamente il rispetto di soglie massimali di compenso per il lavoratore e/o il committente, con riguardo al settore agricolo tale legittimazione è stata ancora condizionata al fatto che ad essere svolte siano attività di carattere stagionale svolte da pensionati e da giovani con meno di 25 anni (e regolarmente iscritti a un ciclo di studi scolastico o universitario).

Dunque, alla tendenza espansiva registrata nel corso della XVI e XVII legislatura ha continuato a far riscontro nel settore agricolo la previsione di limiti predeterminati specificatamente volti a evitare che questo strumento si potesse proporre come alternativa al lavoro subordinato²⁷. È stato, infatti, per tale motivo che, in occasione del processo di riforma del mercato del lavoro del 2012, fu scongiurata durante i lavori parlamentari l'approvazione di una norma del disegno di legge che prevedeva una sostanziale liberalizzazione del lavoro accessorio nel settore agricolo, ammettendo che questo potesse essere utilizzato nell'ambito di tutte le attività di carattere stagionale, svolte anche in forma imprenditoriale²⁸. Tale apertura, riconosciuta agli imprenditori commerciali e ai professionisti, venne esclusa, a seguito delle forti proteste dei sindacati, per il comparto agricolo, rispetto al quale vennero confermate le limitazioni già vigenti.

²⁷ Al riguardo cfr. PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *LD*, 2015, pp. 679-689.

²⁸ Cfr. VALENTE, *Lavoro accessorio*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 124 ss.

Tale condizionamento ha trovato parziale conferma anche da parte del d.lgs. 5 giugno 2015 n. 81, al cui art. 48 si continua, da un lato, a prevedere come vincolo generale il solo limite economico²⁹, dall'altro lato, a riconoscere per il settore agricolo la possibilità di ricorrere al lavoro accessorio sempre in modo circostanziato, ampliandone tuttavia l'ambito soggettivo di utilizzo, ovvero ammettendolo non solo per i piccoli imprenditori agricoli, coloro cioè che hanno realizzato nell'anno solare precedente un volume d'affari non superiore ai 7 mila euro, purché ad essere impiegati non siano lavoratori iscritti l'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli e per tutti gli operatori agricoli, sempre nel rispetto della soglia reddituale dei 7 mila euro, se le attività da svolgere hanno carattere stagionale e purché i lavoratori siano pensionati o giovani con meno di 25 anni se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado, ma anche – ed è questa una delle novità di maggior rilievo apportate dal d.lgs. 81/15 in materia di *voucher* (art. 48, co. 2) – per gli operatori di tutti i settori produttivi, compreso dunque anche quello agricolo, nel limite complessivo di 3.000 euro annui per prestazioni rese da percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito³⁰.

Per contro, il legislatore del d.lgs. 81/15 aggiunge il divieto di ricorso a prestazioni di lavoro accessorio nell'esecuzione di appalti di opere o di servizi, salve specifiche ipotesi, da individuare con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le parti sociali (art. 48, co. 6), introducendo una limitazione che, per quanto interessa tutti i settori produttivi, è certamente destinata a incidere in modo particolare nel settore agricolo, stante la forte diffusione dello strumento dell'appalto.

L'impostazione adottata con il d.lgs. 81/15 è stata sostanzialmente riconfermata anche nel momento in cui – dopo le note vicende legate al que-

²⁹ Si tratta del vincolo generale all'utilizzabilità dell'istituto disposto dal legislatore, che trova la sua puntuale specificazione nella previsione della soglia reddituale portata da 5 mila a 7 mila euro dal d.lgs. 81/15.

³⁰ L'INPS, con circolare n. 170 del 13 ottobre 2015, affronta proprio le questioni relative alla compatibilità tra prestazioni di lavoro accessorio e le varieghe tipologie di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito esistenti (integrazioni salariali, indennità di disoccupazione, etc.), alcune delle quali oggetto di riordino con il *Jobs Act* (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22 e d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148). Merita segnalare che la circolare dell'Istituto ricomprende tra i percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito utilizzabili tramite *voucher* non solo coloro che percepiscono le indennità di mobilità, la cassa integrazione guadagni e la NASpI, ma anche coloro che percepiscono l'indennità di disoccupazione agricola.

sito referendario indetto dalla Cgil e ammesso dalla Corte costituzionale, a cui seguì l'immediata abrogazione della normativa ad opera del Governo mediante il d.l. 17 marzo 2017 n. 25 – il legislatore con il d.l. 24 aprile 2017 n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017 n. 96, ha provveduto a reinserire e ridisciplinare il lavoro occasionale, ammettendolo ai sensi dell'art. 54-*bis* da parte delle imprese del settore agricolo ancora una volta solo per le prestazioni rese da titolari di pensione di vecchiaia o di invalidità, giovani con meno di 25 anni se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado ovvero a un ciclo di studi presso l'università, persone disoccupate e percettori di prestazioni integrative del salario, di reddito di inclusione ovvero di altre prestazioni di sostegno del reddito, prescrivendo come unico requisito aggiuntivo che questi non risultino essere stati iscritti nell'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli.

Le possibilità di utilizzo dei *voucher* sono rimaste invariate anche dopo l'emanazione del c.d. Decreto Dignità, quando cioè nel corso dei lavori parlamentari – con l'introduzione dell'art. 2-*bis* nel testo di legge – è stata rivista la disciplina del lavoro occasionale: in questa occasione ad essere riformato è stato il meccanismo di tracciabilità ispettiva di tali prestazioni di lavoro, fondamentale per rendere possibile al personale ispettivo una ricostruzione in sede di verifica circa la “durata” della prestazione resa, da effettuarsi secondo le “tradizionali” modalità accertative proprie del lavoro subordinato. Se l'intento del legislatore è stato quello di scongiurare la pratica in uso dei buoni acquistati e non utilizzati fin tanto che non avvenga un accertamento ispettivo, vero è che – con riguardo al settore agricolo – le modifiche apportate all'art. 54-*bis* del d.l. 50/17, convertito con modificazioni dalla l. 96/17, ad opera del Decreto Dignità hanno reso più flessibile l'utilizzo dei *voucher* in agricoltura. Infatti, oltre a prescrivere che per le prestazioni da rendere a favore di imprese del settore agricolo il prestatore è tenuto ad autocertificare, nella piattaforma informatica, di non essere stato iscritto nell'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli (co. 8-*bis*), tale norma oggi prevede che l'utilizzatore, se si tratta di imprenditore agricolo, nonché di azienda alberghiera o struttura ricettiva che opera nel settore del turismo o di ente locale, è chiamato a trasmettere almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione, attraverso la piattaforma informatica INPS ovvero avvalendosi dei servizi di *contact center* messi a disposizione dall'INPS la data di inizio e il monte orario complessivo presunto con riferimento a un arco

temporale non superiore a dieci giorni, piuttosto che l'ora di inizio e di termine della prestazione come richiesto dalla normativa previgente e come si continua a richiedere ancora oggi per gli altri settori produttivi (co. 17)³¹.

Se, comunque, la diffusione del fenomeno dei *voucher* in agricoltura è sempre stata contrastata per il timore che l'utilizzabilità del lavoro occasionale incondizionata potesse determinare una significativa erosione del sistema di tutele, nel momento in cui questo andasse a sostituire i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato che abbiamo visto caratterizzare tradizionalmente il lavoro in agricoltura, comportando ciò una disapplicazione della normativa di tutela negoziale che nei decenni le parti sociali hanno predisposto, occorre peraltro rilevare come il lavoro occasionale non consenta di per sé di rispondere a quei fabbisogni che il mercato produttivo, nazionale e soprattutto internazionale, oggi richiede alle aziende per poter essere competitive.

Il lavoro occasionale consente, infatti, di soddisfare le esigenze di quella parte del sistema produttivo che produce beni o servizi a basso valore aggiunto e/o che operano esclusivamente per il mercato interno, prevalentemente per imprese di ridotte dimensioni e per lo svolgimento di mansioni di esiguo contenuto professionale. L'utilizzo dei *voucher* non è certo tale da poter assecondare le esigenze di imprese che impiegano tecnologie avanzate, in cui le mansioni routinarie tendono ad essere sostituite da tecnologie sempre più sofisticate che richiedono lavoratori con competenze professionali più elevate: la competitività non ammette la sporadicità e l'occasionalità delle prestazioni lavorative, anzi l'esatto contrario. Si pensi, a esempio, alle produzioni biologiche, i cui dati sono fortemente in crescita, che richiedono una forte specializzazione della manodopera agricola, oltre a un periodo di lavoro continuato, che il lavoro occasionale non può certo garantire.

Si consideri, inoltre, come la previsione del costo del lavoro ridotto e le minor tutele applicate al lavoro accessorio rischino di innescare – come opportunamente osservato³² – una pericolosa spirale al ribasso, ovvero favo-

³¹ Tale distinguo non era presente nel d.l. 25/17, conv. con modifiche con l. 96/17, ove si disponeva per tutti i settori produttivi che l'utilizzatore fosse tenuto a comunicare alla piattaforma informatica INPS le informazioni relative alle prestazioni da acquisire almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione. Al riguardo, cfr. SCARPELLI, *Convertito in legge il "Decreto Dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, n. 9, pp. 22-23.

³² Ancora PINTO, *op. cit.*, pp. 695-696.

rendo un mercato del lavoro al ribasso, essenzialmente attrattivo nei confronti della manodopera particolarmente debole, quale quella degli immigrati, in controtendenza rispetto a un mercato agricolo che punta sempre più sulla qualità delle prestazioni e quindi sul livello qualitativo dei beni e dei servizi prodotti. Non è stato, infatti, un caso se la crisi economica e la maggiore competitività internazionale degli ultimi anni hanno contribuito ad espellere dal mercato le imprese meno innovatrici, a volte assorbite da aziende più grandi e soprattutto più dinamiche. Del resto, l'analisi economica ha ormai dimostrato come stabilizzazione e fidelizzazione del personale siano in grado di esaltare l'equilibrio organizzativo delle imprese e, di conseguenza, il loro successo competitivo nei mercati internazionali³³.

Dunque, se si vuol far fronte al declino dell'agricoltura all'interno del sistema economico nazionale a cui abbiamo assistito nel corso degli anni e al processo di marginalizzazione del settore agricolo posto in essere nel tempo ad opera del processo di industrializzazione, con i riflessi negativi in termini di occupazione non solo dal punto di vista quantitativo (occupati in agricoltura 3,8% sull'occupazione totale), ma anche dal punto di vista qualitativo, che ne sono conseguiti, occorre che innovazione e qualità diventino un fattore di vantaggio competitivo sempre più importante, ovvero delle vere e proprie variabili strategiche per il successo dell'agricoltura, affinché il mercato agricolo possa divenire attrattivo e richiamare manodopera giovane e qualificata.

4. *La sfida dell'apprendistato professionalizzante per un lavoro qualificato e qualificante*

Se lo sviluppo tecnologico ha indubbiamente determinato tendenze non univoche e differenziate nei diversi settori occupazionali, vero è che possono essere identificate conseguenze certe e generalizzabili a tutti i settori dell'economia, quale l'eliminazione di posti di lavoro poco qualificati o esecutivi, la repentina obsolescenza delle competenze tecnico-professionali e contestualmente la creazione di nuove figure professionali.

Si affermano nuove modalità di organizzazione produttiva e mutano gli

³³ Come rileva CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *GDLRI*, 2012, p. 572.

scenari occupazionali, rendendo sempre più fluida la distinzione tra settore primario, secondario e terziario³⁴. Si consideri, a esempio, il ruolo chiave che il settore agro-alimentare sta assumendo in ambito economico, in special modo nel bacino del Mediterraneo, destinato a incidere in modo significativo in termini di occupazione, oltre che di opportunità di crescita e sviluppo economico: forte in tale ambito si avverte la necessità di introdurre nuove tecnologie che consentano di aumentare l'efficienza della produzione agricola e nuovi modelli di *business* che favoriscano processi maggiormente produttivi³⁵.

Affinché anche in agricoltura la c.d. *technological change* non significhi solamente disoccupazione (si pensi all'introduzione di macchinari sempre più innovativi in luogo di lavoro manuale) e di conseguenza accentuazione delle disuguaglianze, ma piuttosto possa offrire nuove opportunità di lavoro creando nuove professioni, diventa una priorità formare competenze adeguate, i c.d. *high skills jobs*³⁶.

Nel prisma della grande trasformazione del lavoro possono acquisire una rinnovata centralità quei percorsi formativi indirizzati a soddisfare esigenze di utilizzo di lavoro qualificato, quale può prospettarsi l'apprendistato professionalizzante.

Ciò anche in considerazione del fatto che l'agricoltura sta divenendo un settore trainante o quantomeno un bacino occupazionale importante in tempi di crisi economica globale per i giovani, oltre a svolgere una funzione di rifugio occupazionale della forza lavoro espulsa dagli altri settori. Da un lato, nei confronti dei giovani, il mercato agricolo può assolvere il ruolo di potente generatore di occupazione: esso necessita ormai di un ricambio generazionale, in considerazione dell'elevata età media non solo dei conduttori d'azienda³⁷, ma anche della manodopera impiegata, nonché un superamento culturale del lavoro agricolo come lavoro di serie B, che non si fondi più solamente su manodopera con un basso livello di scolarizzazione. Dall'altro lato, riguardo cioè ai lavoratori disoccupati, merita ricordare come le Parti

³⁴ Cfr. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, in *DRI*, 2017, p. 637.

³⁵ Al riguardo, si rinvia a RICCABONI, CRESTI, *L'agricoltura nel Mediterraneo di fronte alle questioni globali*, in *EQ*, 2016, n. 2, p. 335 e in particolare pp. 339-340.

³⁶ Così CARBONI, *Lavoro ed evoluzione tecnologica*, in *Il Mulino*, 2016, p. 346 ss.

³⁷ Si vedano MONTRESOR, PECCI, *Quale capitale umano per l'agricoltura del 21° secolo?*, in *ARE*, 2009, n. 5, p. 1.

sociali con l'Accordo quadro sull'apprendistato professionalizzante, siglato il 30 luglio 2012³⁸, abbiano espressamente ammesso la possibilità di assumere con contratto di apprendistato (anche a tempo determinato) i lavoratori in mobilità, prescrivendo che, in caso di stipula di contratto di apprendistato a tempo determinato, trasformato nel corso del suo svolgimento, ma anche al termine dello stesso, in contratto di lavoro a tempo indeterminato, il datore di lavoro manterrebbe i benefici contributivi per ulteriori dodici mesi.

È dunque ragionevole ritenere che il rilancio delle professionalità in agricoltura passi attraverso la formazione, concepita in modo funzionale, indirizzata cioè al potenziamento delle competenze individuali nei confronti di lavoratori con scarse competenze o inesperti; il momento formativo recupererebbe così la sua finalità professionalizzante nell'ambito di quelle tipologie contrattuali c.d. a causa mista troppo spesso utilizzate per soddisfare mere esigenze di riduzione dei costi³⁹.

Nel coniugare gli interessi del datore di lavoro alla prestazione di qualità e quelli del lavoratore ad apprendere o migliorare la conoscenza del proprio mestiere, si viene altresì a rafforzare la relazione tra capitale umano e produttività del lavoro, riconosciuta nel settore agricolo persino tale da annullare l'effetto negativo di una minore dotazione di capitale sociale dell'impresa⁴⁰.

Del resto, in questa direzione si sono mosse le Parti Sociali, quando, sempre con l'Accordo quadro del 30 luglio 2012 precedentemente richiamato, nel prevedere e regolamentare i contratti di apprendistato professionalizzante nel settore agricolo⁴¹, hanno sottolineato come la formazione non solo debba risultare finalizzata a favorire l'acquisizione di competenze tecnico-professionale da parte del giovane apprendista a sostegno di una sua maggiore occupabilità sul mercato del lavoro, ma sia altresì proposta come funzionale alla produttività dell'azienda.

Dichiarata poi la non convenienza ad avvalersi di manodopera non for-

³⁸ A cui rinvia espressamente non solo l'Accordo di rinnovo del ccnl operai agricoli e florovivaisti dello scorso 19 giugno con all'art. 18, ma anche l'Accordo di rinnovo del ccnl per i quadri e gli impiegati agricoli del 23 febbraio 2017 con l'art. 14.

³⁹ Sulla vocazione professionalizzante della formazione, si vedano i rilievi critici di LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2012, p. 122 ss.

⁴⁰ Cfr. DE DEVITIIS, MAIETTA, *Capitale umano e produttività del lavoro agricolo nelle regioni dell'Unione Europea*, in *ARE*, 2009, n. 5, p. 1.

⁴¹ Questa tipologia di contratti è prevista per gli operai e gli impiegati di età compresa tra i 18 e i 30 anni non compiuti e deve avere una durata minima non inferiore ai 6 mesi e una massima che può variare da 24 mesi (per gli operai della terza area) a un massimo di 36 mesi.

mata in azienda, le Parti prescrivono in modo specifico che la formazione debba essere erogata con modalità *on the job*, a fianco cioè di altri operai qualificati o specializzati ovvero di impiegati di pari o superiore categoria e in affiancamento al tutor aziendale, il quale potrà anche essere lo stesso imprenditore o un familiare coadiuvante⁴².

La problematica si è piuttosto posta riguardo alla possibilità di utilizzare l'apprendistato per assunzioni di carattere stagionale o per attività articolate su cicli stagionali, considerato come queste – come già più volte sottolineato – caratterizzino in modo essenziale le attività agricole.

Nello specifico, la questione ha riguardato non tanto la durata minima del rapporto di apprendistato, quanto piuttosto la cumulabilità dei periodi di lavoro prestato in qualità di apprendista presso il medesimo o diversi datori di lavoro. Ben difficilmente si può, infatti, ipotizzare che la durata del rapporto di apprendistato possa coincidere ed esaurirsi con il tempo di una sola stagione di attività dell'impresa⁴³; molto più frequentemente la situazione che si prospetta è quella dello svolgimento dell'apprendistato in più stagioni con conseguente cumulo dei periodi formativi svolti con diversi rapporti di apprendistato alle dipendenze del medesimo datore di lavoro o di datori di lavoro diversi per effetto di successivi contratti stipulati⁴⁴.

La compatibilità dell'apprendistato con le attività articolate in cicli stagionali era espressamente prevista dall'art. 21, co. 4, l. 28 febbraio 1987 n. 56, dove si rimetteva alla contrattazione collettiva nazionale il compito di individuare “specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato” per le imprese che svolgevano attività su cicli stagionali. Del resto, già l'art. 8 l. 19 gennaio 1955 n. 25 disponeva che “i periodi di servizio prestato in qualità di apprendista presso più datori di lavoro si computano ai fini della durata massima del periodo di apprendistato, purché non separati da interruzioni superiori ad un anno e purché si riferiscano alle stesse attività”, leggiti-mando le previsioni dei ccnl che disciplinavano l'assunzione in apprendistato dei lavoratori stagionali.

Su tale questione si era registrato anche un intervento del Ministero,

⁴² Si rinvia al testo dell'Accordo quadro, nel paragrafo dedicato alla “Formazione”.

⁴³ Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 42, co. 2, d.lgs. 81/15, il contratto di apprendistato ha una durata minima non inferiore ai sei mesi.

⁴⁴ Al riguardo cfr. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *RIDL*, 2009, I, p. 384 ss.

che, proprio in considerazione della ridotta durata dei contratti stagionali, aveva espressamente ammesso – seppur riguardo ad altri specifici settori, quali quelli del terziario, della distribuzione, dei servizi e del turismo – il riproporzionamento dei contenuti formativi minimi per gli apprendisti stagionali, considerando la possibilità di cumulare distinti periodi omogenei di apprendistato⁴⁵.

Peraltro, a seguito dell’emanazione del d.lgs. 276/03, il Ministero è nuovamente intervenuto nel merito escludendo che l’art. 21, co. 4, l. 56/87 potesse trovare applicazione riguardo ai nuovi contratti di apprendistato e di conseguenza precludendo la possibilità di utilizzare l’apprendistato (essenzialmente quello professionalizzante) per le assunzioni nell’ambito delle attività stagionali; ciò in considerazione della “naturale breve durata delle attività a carattere stagionale” che si presenta “incompatibile con il contenuto formativo dell’apprendistato diretto a far conseguire al lavoratore una determinata professionalità e che giustifica la durata minima di due anni del rapporto di lavoro”⁴⁶.

Tuttavia il fatto che l’apprendistato, come configurato dal d.lgs. 276/03, continui ad essere assoggettato alla disciplina della l. 25/55 per quanto compatibile⁴⁷, ci porta a escludere l’incompatibilità dell’apprendistato con il lavoro stagionale, considerato quanto prescritto dall’art. 8 della l. 25/55, laddove prevede il cumulo di più periodi di apprendistato al fine di consentire di programmare il percorso formativo degli apprendisti stagionali impiegati con distinti contratti di breve durata⁴⁸.

Tale *querelle* si può considerare comunque superata dall’Accordo quadro del 2012, nel momento in cui si contempla la possibilità di stipulare contratti di apprendistato professionalizzante anche a tempo determinato, legittimando così il c.d. “apprendistato stagionale”. Si tratta di una soluzione negoziale fortemente innovativa che consente, da un lato, di investire – attraverso la formazione – sulla crescita professionale di giovani lavoratori, dall’altro lato, di soddisfare le esigenze di flessibilità tipiche del lavoro agricolo.

Nello specifico le Parti sanciscono che ai datori di lavoro che svolgono la loro attività in cicli stagionali è espressamente consentito instaurare contratti di apprendistato a tempo determinato, articolando lo svolgimento del-

⁴⁵ Nota Min. lav. 20 marzo 2002, prot. n. 5/25868.

⁴⁶ Min lav., risposta ad Interpello del 2 maggio 2006, prot. n. 25/0003769.

⁴⁷ Come espressamente specificato dal Min. lav. nella Circolare n. 40 del 14 ottobre 2004.

⁴⁸ Così CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 385.

l'apprendistato in più stagioni attraverso più rapporti a tempo determinato, l'ultimo dei quali dovrà avere inizio entro i 48 mesi che decorrono dalla data della prima assunzione. La prestazione di ciascuno dei rapporti a tempo determinato deve essere svolta nell'ambito di un unico rapporto continuativo dalla durata non inferiore a 4 mesi consecutivi⁴⁹.

Inoltre, a favore degli apprendisti assunti a tempo determinato per esigenze stagionali è stato riconosciuto un diritto di precedenza per le assunzioni presso la stessa azienda della stagione successiva, rimettendo alla contrattazione territoriale il compito di definirne le modalità⁵⁰. Tale previsione si pone in linea con quanto già previsto dal legislatore della l. 24 dicembre 2007 n. 247, quando – in una prospettiva volta a favorire la continuità dei rapporti di lavoro – nel novellare il d.lgs. 368/01, aveva riconosciuto uno specifico diritto di precedenza a favore dei lavoratori stagionali per le nuove assunzioni a tempo determinato effettuate dallo stesso datore di lavoro e per le medesime attività stagionali, che venne ad affiancarsi alla previsione del diritto di precedenza re-introdotta dalla stessa l. 247/07 nei confronti dei lavoratori a termine che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, avessero prestato attività lavorativa per un periodo superiore ai 6 mesi, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i dodici mesi successivi (dopo che il d.lgs. 368/01 lo aveva soppresso sollevando non pochi dubbi di legittimità costituzionale e di conformità con il dettato comunitario)⁵¹.

Con l'Accordo sull'apprendistato professionalizzante del 2012 le Parti sociali hanno dunque inteso, da un lato, sostenere gli investimenti nella for-

⁴⁹ L'Accordo quadro prevede inoltre che agli operai apprendisti a tempo determinato gli istituti retributivi dovranno essere corrisposti con le stesse modalità previste per gli operai a tempo indeterminato. A ciò si aggiunga che l'art. 2 del d.lgs. 148/15 ha esteso al personale assunto con il contratto di apprendistato professionalizzante i trattamenti di integrazione salariale. Secondo l'Inps tale prospettazione normativa rappresenta una "norma di carattere generale che si applica quindi a qualunque tipologia di integrazione salariale", compresa quindi quella agricola; in sostanza, secondo tale circolare, sono destinatari dei trattamenti di cassa integrazione salariale anche i lavoratori (operai e impiegati) assunti nel settore agricolo con contratto di apprendistato professionalizzante: cfr. Circolare Inps n. 197 del 2 dicembre 2015.

⁵⁰ In attesa di tale definizione il diritto di precedenza è disposto nell'Accordo quadro che possa essere esercitato mediante invio al datore di lavoro di una comunicazione scritta entro 90 giorni dalla cessazione del rapporto.

⁵¹ Oggi art. 24, co. 3, d.lgs. 81/15. Al riguardo si consenta di rinviare a FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, in DEL PUNTA, ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, pp. 312-315.

mazione dei giovani in una prospettiva di attrazione di questi nel mondo del lavoro agricolo, dall'altro, disincentivare il ricorso a forme di lavoro occasionale, saltuario, soprattutto nei confronti dei giovani, fornendo a questi prospettive più dignitose e qualificanti.

Peraltro, ad oggi, non è possibile registrare una tendenza in positivo circa l'impiego di tale tipologia contrattuale, questo sembra possa essere imputato al momento di crisi economica nazionale e internazionale che in questi anni ha investito anche il settore agricolo, tale da aver indotto le aziende a ricercare soluzioni di riduzione del personale o quantomeno di flessibilizzazione della manodopera in organico, piuttosto che di assunzione di nuova manodopera.

Si consideri, inoltre, che il settore agricolo si è trovato a confrontarsi con l'istituto dell'apprendistato solo dopo che la l. 24 giugno 1997 n. 196 (art. 16) lo ha legittimato anche in tale ambito, significando questo la mancanza sino a quel momento di norme negoziate dalle parti sociali in materia di apprendistato nei contratti collettivi del settore agricolo⁵². Appare evidentemente eccessivo pretendere che il settore agricolo, tradizionalmente lento ad adeguarsi ai cambiamenti, riesca a recuperare il tempo perso, ricorrendo in modo significativo all'apprendistato, quando in altri settori produttivi, ancora oggi, vi sono importanti difficoltà operative dopo mezzo secolo di esperienza derivante dall'applicazione della normativa di riferimento.

5. Osservazioni conclusive

La finalità prioritaria delle riflessioni proposte è quella comprendere e provare a interpretare i mutamenti in atto del settore agricolo, ovvero le dinamiche in essere sia sul fronte della domanda, sia su quello dell'offerta di lavoro, tenendo ben presente il ruolo giocato in tale ambito dalla stagionalità e al contempo dalla necessità di mantenere un elevato livello di *know how*, dalle esigenze di riduzione dei costi, ma anche di mantenimento della qualità dei prodotti, nonché dal bisogno di favorire l'ingresso dei giovani per favorire il ricambio generazionale.

Lo scenario europeo e di conseguenza anche quello nazionale in cui si

⁵² Questa carenza è stata recuperata con il rinnovo del ccnl per gli operai agricoli e fiorivivaisti entrato in vigore dal 1° gennaio 1998, per i lavoratori dipendenti delle Cooperative e Consorzi agricoli dal 1° gennaio 1998, per i quadri e gli impiegati agricoli dal 1° gennaio 2000.

inserirsi oggi il mercato del lavoro agricolo si sono profondamente modificati. Come in parte già anticipato, il forte incremento dei prezzi dei fattori produttivi a fronte di una sostanziale stabilità dei prezzi agricoli ha comportato un progressivo e inesorabile aumento della pressione competitiva dei mercati sulle aziende agricole; al contempo le politiche comunitarie di “disaccoppiamento”, che hanno fatto seguito a decenni di interventi diretti sul reddito degli agricoltori attraverso il sostegno dei prezzi, hanno introdotto principi di competitività e concorrenza ai quali gli agricoltori europei non erano più abituati. Tutto ciò in un panorama mondiale di globalizzazione e liberalizzazione degli scambi commerciali⁵³.

L'analisi dei dati censuari ci aiuta a comprendere le risposte che l'agricoltura europea e nazionale stanno dando a tale mutamento di scenario. Evidente è apparso il ricorso da parte delle aziende agricole a forme sempre più flessibili di struttura fondiaria, che, attraverso l'utilizzo di terreni in affitto o gestiti ad uso gratuito, insieme od anche in assenza di terreni di proprietà, ha permesso loro di raggiungere dimensioni tali da poter essere concorrenziali sul mercato; contestualmente si è preso atto come nell'ultimo decennio si sia verificata una significativa riduzione delle aziende agricole, che ha prevalentemente interessato le unità di minore dimensione, quelle meno forti dal punto di vista strettamente economico. A ciò si aggiunge l'aumento del numero di aziende gestite da società di persone, di capitali e cooperative, che ha comportato una trasformazione nella struttura della forza lavoro agricola nella direzione di un maggior peso della manodopera salariata rispetto a quella familiare⁵⁴.

In questo quadro generale, connotato dunque da un numero sempre maggiore di imprese di rilevanti dimensioni che si posizionano sul segmento alto del mercato, la qualità del lavoro (intesa non solo in termini di qualità dei beni e dei servizi prodotti, ma anche in termini di elevato livello professionale delle prestazioni lavorative), può configurarsi la variabile strategica su cui investire.

Differentemente dalla “vecchia” Pac essenzialmente orientata alla conservazione e/o all'incremento dei livelli occupazionali, della quantità cioè di occupazione presente nel settore, senza preoccuparsi della qualità e dell'equità

⁵³ Al riguardo cfr. JANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, in *RDA*, 2013, p.28, ove si parla di “indiscriminata libera competizione sui mercati dei prodotti agricoli”.

⁵⁴ Cfr. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. I.

dei rapporti di lavoro, la Pac 2014-2020 esige un cambiamento delle strategie delle imprese agricole, assumendo come nuovo obiettivo quello di favorire lo sviluppo di un'agricoltura innovativa, competitiva e sostenibile, dove con il termine "sostenibile" si intende oggi riferirsi non solo alla sostenibilità economica e ambientale, da anni al centro dell'attenzione della politica agricola comune a causa dei cambiamenti climatici e della crisi economica che hanno interessato tutte le regioni del mondo, ma anche a quella sociale.

Parlare di sostenibilità sociale in agricoltura significa investire sia nella qualità del prodotto, sia anche nella qualità del lavoro. E quest'ultima richiede indubbiamente la formazione di nuove figure professionali idonee a rispondere alle esigenze che l'agricoltura del futuro richiederà⁵⁵, ma non solo. La qualità del lavoro presuppone anche rapporti di lavoro continuativi, in ragione del valore strategico che assume la continuità anche nei confronti dell'impresa, significando questa una riduzione dei costi di gestione e produzione grazie alla maggiore professionalità e produttività dei lavoratori, nonché una diminuzione degli infortuni, laddove stabilità dei rapporti significa maggiore sicurezza sul lavoro⁵⁶.

Altresì, per poter parlare di sostenibilità sociale nel settore agricolo e di qualità delle prestazioni di lavoro, occorre promuovere l'adozione di misure di regolazione del mercato volte a garantire la correttezza e la trasparenza anche contrattuale della filiera (e un reale accorciamento della filiera volto ad evitare forme di intermediazione attraverso accordi di fornitura), così come favorire lo sviluppo di specifici sistemi di sicurezza sociale collegati al mercato del lavoro agricolo.

Solo dunque laddove si pongesse attenzione a tutti gli aspetti connessi alla sostenibilità sociale, si potrebbe realmente favorire una politica di qualità, che potrebbe trasformarsi in uno strumento di vantaggio competitivo per il settore primario.

⁵⁵ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle regioni, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato, documento dal titolo *Il futuro dell'alimentazione e dell'agricoltura*, Com(2017) 713, ove, riflettendo sul futuro della politica agricola comune dopo il 2020, si prevede un ulteriore avanzamento delle tecnologie digitali nell'ambito di quella che sarà la c.d. *smart agriculture*.

⁵⁶ Sui rischi correlati ai rapporti di lavoro non standard nel settore dell'agricoltura, v. A. RUSSO, *Il lavoro in agricoltura tra atipicità e nuove forme contrattuali*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2002, n. 1, p. 64 ss.

Key words

Mercato del lavoro agricolo, innovazione tecnologica, nuove figure professionali, apprendistato stagionale, sostenibilità sociale.

Agricultural labour market, Technological change, new professional profiles, seasonal apprenticeship, social sustainability.

notizie sugli autori

Rosa Casillo

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Matteo Corti

Associato di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Raffaele De Luca Tamajo

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Fabrizio De Vita

Ricamatore di Diritto processuale civile, Università di Napoli Federico II

Claudia Faleri

Associata di Diritto del lavoro, Università di Siena

Maria Dolores Ferrara

Ricamatrice di Diritto del lavoro, Università di Trieste

Pietro Lambertucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università dell'Aquila

Fabio Ravelli

Ricamatore di diritto del lavoro, Università di Brescia

Simonetta Renga

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Ferrara

Umberto Romagnoli

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Bologna

Maria Teresa Salimbeni

Associata di Diritto del lavoro, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Paola Saracini

Associata di Diritto del lavoro, Università del Sannio - Benevento

Tiziano Treu

*Emerito di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano - Presidente
Cnel*

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

indice annata 2018

- 425 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI
Ricordo di Aris Accornero e Carlo Dell'Aringa

editoriale

- 5 ANGELO PANDOLFO
Pensioni: ieri, oggi e... domani?
- 193 UMBERTO ROMAGNOLI
Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)
- 427 TIZIANO TREU
Il Cnel ieri e oggi

saggi

- 265 STEFANO BELLOMO
Tutela costituzionale dei diritti previdenziali e retributivi e riforma dell'art. 81 della Costituzione
- 89 GIOVANNI CALVELLINI
Insufficienze e potenzialità della Carta sociale europea in tempo di crisi
- 491 ROSA CASILLO
Reddito di inclusione e figure affini: una prospettiva di diritto della sicurezza sociale
- 523 MATTEO CORTI
Il lavoro interinale "Modell Deutschland". Dall'europeizzazione al ritorno della regolazione
- 211 MAXIMILIAN FUCHS
Il principio dell'unità contrattuale nel diritto del lavoro tedesco

- 227 ENRICO GRAGNOLI
Scuole, personale docente e rapporto di lavoro
- 445 PIETRO LAMBERTUCCI
Organizzazione dell'impresa e contrattazione collettiva territoriale: vecchi e nuovi problemi
- 17 FRANCESCA MALZANI
Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore
- 293 MICHEL MARTONE
Lo smart working nell'ordinamento italiano
- 59 ALBERTO MATTEI
Welfare, contrattazione e scambio: regole e prassi
- 319 MARIE MERCAT-BRUNS
Systemic discrimination at work in France and the EU: can antidiscrimination law be transformative?
- 113 CLAUDIA MURENA
Le recenti riforme legislative e la "crisi" della giusta causa
- 00 FABIO RAVELLI
Condizionalità e "merito" nel sistema di sicurezza sociale italiano
- 469 SIMONETTA RENGA
NASpI e Dis-Coll: principio di solidarietà versus principio assicurativo
- 199 MARIO RUSCIANO
Sul metodo delle riforme del Diritto del lavoro
- 557 MARIA TERESA SALIMBENI
L'irresistibile forza centripeta dell'esame congiunto: la procedura sindacale per la cassa integrazione guadagni
- 37 MICAELA VITALETTI
La rappresentatività sindacale "utile". Cosa resta del T.U. del 2014

commenti alla giurisprudenza

- 147 PAOLA BOZZAO
La giurisprudenza delle Corti Superiori nell'accesso alla sicurezza sociale dei part-timers: contraddizioni e cautele
(nota a C. Giust., Quinta Sezione, 9 novembre 2017, C-98/15)

- 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)
- 633 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo
(Commento a Corte Costituzionale 26 settembre 2018 n. 194)
- 605 FABRIZIO DE VITA
La Consulta e la compensazione delle spese giudiziali: un bilanciamento tra valori costituzionali
(Commento a Corte Costituzionale 7 marzo 2018 n. 77)
- 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)
- 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)
- 137 MICHELE FAIOLI
Il costo dei diritti previdenziali tra sostenibilità finanziaria ed equilibrio inter-generazionale
(Commento a Corte Costituzionale 1 dicembre 2017, n. 250)
- 621 MARIA DOLORES FERRARA
Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale
(Commento a Corte Costituzionale 11 aprile 2018 n. 120)
- 643 PAOLA SARACINI
Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela
(Commento a Corte Costituzionale 26 settembre 2018 n. 194)
- 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)

osservatorio

- 165 GIUSEPPE DELLA ROCCA, ANNA MARIA PONZELLINI
I dilemmi della riforma dell'organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?
- 397 STEFANO BERNI
Per una teoria critica del lavoro
- 661 UMBERTO ROMAGNOLI
Sul ruolo degli operatori giuridici in materia sindacale e del lavoro
- 669 CLAUDIA FALERI
Il lavoro ai tempi di Agricoltura 4.0 tra esigenze di stagionalità e fabbisogno di nuove professionalità

Quaderni della Rivista

- Il diritto del lavoro alla prova dei referendum* (pp. 228)
SANDRO STAIANO, ANTONELLO ZOPPOLI, LORENZO ZOPPOLI (a cura di)
- Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro* (pp. 356)
ANTONELLA CIRIELLO (a cura di)

table of contents 2018

- 425 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI
In memory of Aris Accornero and Carlo Dell' Aringa

editorial

- 5 ANGELO PANDOLFO
Pensions: Yesterday, Today and ... Tomorrow?
- 193 UMBERTO ROMAGNOLI
If Love for the Species Makes Lose Sight of the Genus (Talking about the Foodora Case)
- 00 TIZIANO TREU
The Cnel Yesterday and Today

articles

- 265 STEFANO BELLOMO
Constitutional Protection of Social Security and of Remuneration Rights and Reform of Article 81 of the Constitution
- 89 GIOVANNI CALVELLINI
Deficiencies and Potentialities of the European Social Charter in Times of Crisis
- 491 ROSA CASILLO
Income for Social Inclusion and Related Figures. A perspective of social security law
- 523 MATTEO CORTI
'Modell Deutschland' Temporary Work. From Europeanization to the Return of Regulation

- 211 MAXIMILIAN FUCHS
The Principle of Contractual Unity in German Labour Law
- 227 ENRICO GRAGNOLI
Schools, Teaching Staff and Employment Relations
- 445 PIETRO LAMBERTUCCI
Organization of the Company and Territorial Collective Bargaining. Old and New problems
- 17 FRANCESCA MALZANI
The Smart Working between Opportunities and New Risks for the Worker
- 59 ALBERTO MATTEI
Welfare, Bargaining and Exchange: Rules and Practices
- 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?
- 113 CLAUDIA MURENA
The Recent Legislative Reforms and the “Crisis” of the so called “Giusta Causa” (Just Cause)
- 585 FABIO RAVELLI
Conditionality and 'Merit' in the Italian Social Security System
- 469 SIMONETTA RENGA
NASpI and Dis-Coll. Principle of Solidarity versus Insurance Principle
- 199 MARIO RUSCIANO
On the Method of the Reforms of Labour Law
- 557 MARIA TERESA SALIMBENI
The Irresistible Centripetal Force of the Joint Examination. The Trade Union Procedure for the ‘Cassa Integrazione Guadagni’
- 37 MICAELA VITALETTI
The “Useful” Representativeness of Trade Unions. What remains of the T.U. of 2014

case law

- 147 PAOLA BOZZAO
The Jurisprudence of the High Courts in the Access to Social Security of Part-timers: contradictions and cautions
 (Comment to Court of Justice of the European Union, Fifth Section, 9 November 2017, C-98/15)
- 387 MARIA TERESA CARINCI, ALESSANDRA INGRAO
Employees' Right to Satire and Duty of Loyalty
 (Comment to Corte di Cassazione 6 June 2018 n. 14527)
- 633 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The Ruling of the Constitutional Court n. 194 of 2018 on the Quantification of Compensation for Wrongful Dismissals
 (Comment to Constitutional Court's judgment of 26 September 2018 n° 194)
- 605 FABRIZIO DE VITA
The Constitutional Court and Compensation of Court Fees. A Balance among Constitutional Values
 (Comment to Constitutional Court's judgment of 7 March 2018 n° 77)
- 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 SpainSL)
- 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)
- 137 MICHELE FAIOLI
The Cost of Social Security Rights between Financial Sustainability and Intergenerational Balance
 (Comment to Constitutional Court, 1 December 2017 n. 250)
- 621 MARIA DOLORES FERRARA
Trade Union Freedom and Military Organization. The Unconstitutionality of the Prohibition of Trade Union Associations

(Comment to Constitutional Court's judgment of 11 April 2018 n° 120)

643 PAOLA SARACINI

The Injustifield Dismissal: Compensatory Indennity and the Essential Content of the Protection

(Comment to Constitutional Court's judgment of 26 September 2018 n° 194)

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)

observatory

165 GIUSEPPE DELLA ROCCA, ANNA MARIA PONZELLINI

The Dilemmas of Public Organization Reform: Fulfillment or Results?

397 STEFANO BERNI

For a Critical Theory of Work

669 CLAUDIA FALERI

Work at the Time of Agriculture 4.0 between the Needs of Seasonality and the Requirement of New Professional Skills

661 UMBERTO ROMAGNOLI

On the Role of Legal Operators in Trade Union and Labour Matters

Special issue

Labour law to the Referendum Test (p. 228)

SANDRO STAIANO, ANTONELLO ZOPPOLI, LORENZO ZOPPOLI (edited by)

Judges and Changes in Labour Law (p. 356)

ANTONELLA CIRIELLO (edited by)

indice autori 2018

Stefano BELLOMO, 265
Stefano BERNI, 397
Paola BOZZAO, 147
Giovani CALVELLIN, 89
Maria Teresa CARINCI, 387
Rosa CASILLO, 491
Matteo CORTI, 523
Raffaele DE LUCA TAMAJO, 633
Fabrizio DE VITA, 605
Massimiliano DELFINO, 335
Giuseppe DELLA ROCCA, 165
Alessandro DI CASOLA, 369
Michele FAIOLI, 137
Claudia FALERI, 669
Maria Dolores FERRARA, 621
Maximilian FUCHS, 211
Enrico GRAGNOLI, 227
Alessandra INGRAO, 387
Pietro LAMBERTUCCI, 445
Francesca MALZANI, 17
Michel MARTONE, 293
Alberto MATTEI, 59
Marie MERCAT-BRUNS, 319
Claudia MURENA, 113

Angelo PANDOLFO, 5
Anna Maria PONZELLINI, 165
Fabio RAVELLI, 585
Simonetta RENGA, 469
Mario RUSCIANO, 199, 425
Umberto ROMAGNOLI, 193, 661
Maria Teresa SALIMBENI, 557
Paola SARACINI, 643
Tiziano TREU, 427
Micaela VITALETTI, 37
Antonello ZOPPOLI, 349
Lorenzo ZOPPOLI, 425