

indice

editoriale

- 425** GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI
Crisi economica globale e valori fondanti del Diritto del lavoro

saggi

- 441** ANTONIO VISCOMI
Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche
- 465** MASSIMILIANO DELFINO
Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee
- 481** OMBRETTA DESSÌ
Federalismo, formazione e contratto di mestiere: è davvero una storia finita?
- 517** ORNELLA LA TEGOLA
Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Melfi
- 543** RAFFAELLO SANTAGATA
Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco (Parte 1)

giurisprudenza

note e rassegne critiche

- 565** ROBERTO ROMEI
Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali
(NOTA a Corte Appello di Roma, Sezione lavoro,
23 aprile 2012 n. 3685)
- 577** ROSARIO SANTUCCI
*Relazioni sindacali, prerogative manageriali e posizioni organizzative
nelle amministrazioni pubbliche*
(NOTA a Trib. Ravenna 27 febbraio 2012)

osservatorio

- 597** STEFANO CONSIGLIO, MARIAVITTORIA CICELLIN
*Lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato:
il punto di vista delle agenzie*
- 621** *Notizie sugli autori*
- 623** *Abbreviazioni*
- 637** *Indice annata 2012*
- 645** *Indice autori 2012*

In questo numero sono stati sottoposti a referaggio i contributi di:
Mariavittoria CICELLIN, Stefano CONSIGLIO, Massimiliano DELFINO, Ombretta
DESSI, Ornella LA TEGOLA, Roberto ROMEI, Raffaello SANTAGATA, Antonio
VISCOMI

Il referaggio è stato effettuato da:
Stefano BELLOMO, Maximilian FUCHS, Edoardo GHERA, Mario NAPOLI,
Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Umberto ROMAGNOLI, nonché un ordinario di
Organizzazione aziendale

table of contents

editorial

- 425** GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI
The global economic crisis and the basic values of Labour Law

articles

- 441** ANTONIO VISCOMI
Private autonomy between social function and utility. A labour law perspective
- 465** MASSIMILIANO DELFINO
'Prossimità' collective agreements and derogation to EU provisions
- 481** OMBRETTA DESSÌ
*Federalism, vocational training, and 'contratto di mestiere':
is it really an ended story?*
- 517** ORNELLA LA TEGOLA
*The struggle against absenteeism in Fiat collective agreements of Pomigliano,
Mirafiori and Melfi*
- 543** RAFFAELLO SANTAGATA
*The recent legal debate on dismissal protection legislation in Germany
(Part 1)*

cases law

notes and critical reviews

- 565** ROBERTO ROMEI
Strike and union organisations' liability
(NOTE to judgement of Corte d'Appello of Rome, Labour Branch,
23 April 2012 no. 3685)

IV **table of contents**

- 577** ROSARIO SANTUCCI
*Industrial relations, managerial prerogatives and “posizioni organizzative”
in public administrations*
(NOTE to judgement of Tribunal of Ravenna 27 February 2012)

observatory

- 597** STEFANO CONSIGLIO, MARIAVITTORIA CICELLIN
Permanent agency workers: the point of view of the Temporary Work Agencies
- 621** *Authors' information*
- 623** *Abbreviations*
- 637** *Table of contents of 2012*
- 645** *Table of authors of 2012*

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

Mariavittoria CICELLIN, Stefano CONSIGLIO, Massimiliano DELFINO, Ombretta DESSI, Ornella LA TEGOLA, Roberto ROMEI, Raffaello SANTAGATA, Antonio VISCOMI

The referees have been:

Stefano BELLOMO, Maximilian FUCHS, Edoardo GHERA, Mario NAPOLI, Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Umberto ROMAGNOLI, and a Professor of Organization Studies

Giuseppe Santoro-Passarelli

Crisi economica globale e valori fondanti del Diritto del lavoro

SOMMARIO: **1.** La crisi economica globale e il contesto socioeconomico italiano. **2.** I valori fondanti e le tecniche di tutela del diritto del lavoro italiano. **3.** Il doppio mercato del lavoro e la tutela del lavoro autonomo economicamente debole ma genuino.

1. La crisi economica globale e il contesto socioeconomico italiano

Nell'anno di grazia 2012, in una situazione di crisi economica e finanziaria "globale" senza precedenti – che sta determinando la progressiva chiusura di numerose imprese medio piccole, un tasso di disoccupazione ormai all'11%, soprattutto tra i giovani e le donne, e un aumento considerevole del lavoro nero – diventa ineludibile la domanda se i valori fondanti e le tecniche di tutela del diritto del lavoro italiano continuano a reggere, nel senso che possano essere utilmente fatti valere a tutela degli interessi dei lavoratori, o se invece bisogna accettare la tesi che il lavoro dell'uomo, inteso nella sua accezione di prestazione di lavoro personale con o senza vincolo di subordinazione, e la sua tutela non costituiscono più la pietra angolare su cui si è costruito nell'arco di un secolo l'apparato regolativo della nostra materia, e il criterio ordinatore nell'interpretazione del diritto che dal lavoro prende nome e ragione.

E a questo proposito bisogna subito sgombrare il campo da qualche equivoco ricorrente: in primo luogo il giurista in generale, e quello del lavoro in particolare assai più esposto e condizionato degli altri dalle contingenze politiche, non può essere neutrale: non perché il diritto non abbia le sue regole sulla produzione e sull'interpretazione giuridica, che vanno osservate dal giurista che infatti rimane un interprete, ma perché, prima ancora delle norme, esistono valori e fatti dei quali il giurista deve tenere conto nella sua opera di interpretazione¹. E canone cardine nella giustificazione

¹ Cfr. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia su metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, spec. p. 24, in cui l'A. evidenzia come i problemi di fondo siano il rap-

zione della stessa ragion d'essere del diritto del lavoro italiano è sicuramente il valore della persona che lavora e la sua tutela.

Ciò non significa che le ragioni del lavoro, nel confronto dialettico proprio di un'economia sociale di mercato, debbano necessariamente sempre e comunque prevalere su quelle dell'impresa, ma significa che le ragioni del lavoro devono essere in ogni caso garantite, se non dall'impresa, da un sistema di *welfare* che riconosca ai lavoratori un diritto al reddito per i periodi di non lavoro.

Bisogna essere consapevoli che per attuare un piano del genere sono necessarie risorse ingenti che inevitabilmente derivano anche da una più equa redistribuzione della ricchezza e dal contrasto severo all'evasione fiscale, ancora molto elevata in Italia, rispetto a tutti gli altri Paesi europei. E quando dico contrasto severo all'evasione fiscale mi riferisco anche alle pratiche diffuse di lavoro nero, d'accordo tra le parti, perché il lavoratore lucra, da un lato, l'indennità di disoccupazione oltre al compenso in nero e, dall'altro, il datore di lavoro eviti il versamento dei contributi.

Il riconoscimento di questo valore fondante del nostro sistema costituzionale, e cioè che la persona che lavora deve essere garantita anche in assenza del lavoro dal sistema di sicurezza sociale, non deve essere confuso ma va tenuto distinto dal diverso problema del contemperamento degli interessi dei lavoratori con quelli dell'impresa², con la precisazione che è la legge, e cioè la maggioranza in un paese a democrazia matura, a stabilire, a seconda dei diversi momenti storici, il grado di questo contemperamento.

Nelle Costituzioni di diversi Paesi Europei e, in questa sede mi riferisco segnatamente a quella italiana, la tutela della persona che lavora non ha una funzione strumentale e ancillare alle ragioni dell'impresa, come è stato

porto del giurista con la società civile ed essenzialmente il metodo, perché il ruolo della giurisprudenza di fronte allo sviluppo sociale non può essere correttamente definito se non mediante una riflessione sul metodo; importante è anche la lezione di SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *ADL*, 1999, I, p. 273 e in part. p. 286, che, pur riconoscendo la funzione della politica del diritto, mette in guardia da eccessi di furore progettuale.

² Cfr. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, I, p. I ss. e in part. pp. 13-19, e la polemica con questo A. di ROMAGNOLI, *La Costituzione delegittimata*, in *RTDPC*, 2003, pp. 835-836, nt. 14, sul metodo, a proposito di un noto articolo di D'ANTONA, *L'anomalia post-positivista e la questione del metodo*, in *Opere*, I, a cura di CARUSO e SCIARRA, Giuffrè, 2000, p. 53 ss., e la risposta di PERSIANI, *Ricordando Massimo D'Antona. Ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, I, p. 917.

all'origine per la normativa comunitaria, ma deve essere annoverato fra i principi fondamentali della nostra Costituzione. In particolare gli artt. 1 e 4, e le norme del titolo III della Costituzione da 35 a 40 costituiscono le coordinate che segnano l'area di intervento del legislatore ordinario in materia di lavoro, anche se va sottolineato che, nel disegno costituzionale, una funzione relevantissima è assolta dall'art. 41 co. 2, che come è noto costituisce un limite esterno, e non funzionale, all'esplicazione dell'iniziativa economica privata³.

E a questo proposito vale la pena fare due precisazioni.

La prima è che il lavoro è il valore fondamentale caratterizzante la forma del nostro Stato. E il significato del termine lavoro può essere determinato in positivo richiamando gli artt. 4 e 35 Cost., che dell'art. 1 sono diretto svolgimento⁴. Secondo queste norme costituzionali nel lavoro "si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista, che conferisce a tale attività carattere doveroso"⁵. E che la formula fondata sul lavoro, in stretta connessione con l'art. 3 co. 2 consente di considerare il lavoro criterio generale di interpretazione delle norme sui rapporti economici, regolati dal titolo III della Costituzione.

La seconda precisazione riguarda il rapporto tra libertà dell'impresa, utilità sociale e funzione sociale, menzionati rispettivamente dall'art. 41, co. 2 e 3, della Costituzione italiana. Si tratta di una precisazione necessaria perché talvolta si tende a utilizzare indifferentemente, o peggio a confondere, l'utilità sociale e la funzione sociale. In realtà si tratta di due espressioni che indicano limiti all'esercizio della libertà di impresa profondamente diversi.

Quando l'art. 41, co. 2, stabilisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, assegna a questi valori una funzione di limite esterno e non funzionale alla libertà di impresa, limite che deve essere riempito di contenuto normativo dal legislatore ordi-

³ MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, p. 618; MANCINI, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, 1975, p. 44 ss.

⁴ MORTATI, *Commento all'art. 1 Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. BRANCA, il Mulino, 1975, p. II.

⁵ Così MORTATI, *op. cit.*, p. 12.

nario secondo il principio democratico della maggioranza; mentre il terzo comma dell'art. 41 assegna alla legge la competenza a funzionalizzare l'attività di impresa a fini sociali, ma non è stato attuato.

Se si condivide questa interpretazione, si deve dire che nell'orizzonte degli artt. 4 e 41 Cost. i diritti del lavoro e quello dell'impresa sono antagonisti e questa disposizione costituzionale affida al legislatore ordinario un compito delicato: evitare che l'impresa sia esercitata con modalità tali che pregiudichino o limitino l'esercizio dei diritti del lavoro, e attribuisce al giudice il compito di applicare al caso concreto i limiti stabiliti dalla legislazione ordinaria all'esercizio dell'impresa, precludendo, ovviamente, al medesimo giudice il sindacato di merito sulle scelte dell'imprenditore.

È appena il caso di precisare che questa interpretazione non deve essere confusa con la tesi ormai superata che distingue le norme costituzionali in programmatiche e precettive: perché nel caso in esame non è in discussione l'applicazione diretta di una norma costituzionale che riconosce un diritto, come per esempio, nel caso dell'art. 36 Cost. il diritto alla retribuzione o dell'art. 32 il diritto alla salute, ma l'attuazione di un valore, che non si presta ad essere applicato dal giudice nella singola controversia. Diversamente risulterebbero compromessi il principio di uguaglianza e la certezza del diritto per l'inevitabile discrezionalità che questi valori lasciano all'interpretazione giudiziale. Bisogna anche aggiungere che il processo di integrazione comunitaria ha favorito l'accoglimento o, a seconda dei punti di vista, l'infiltrazione dei valori della concorrenza e del mercato non solo nella cultura, ma anche nelle politiche e nelle legislazioni sociali dei Paesi membri.

In particolare in Italia, il processo di integrazione comunitaria ha messo in chiara evidenza l'indisponibilità delle autorità comunitarie a tollerare l'uso delle imprese pubbliche come strumento di governo dell'economia e, in omaggio al principio della concorrenza, da un lato, ha spinto in favore delle privatizzazioni favorendo la creazione di un'autorità antitrust preposta alla vigilanza del mercato e della concorrenza e, dall'altro lato, ha cercato di contenere una serie di forme di assistenzialismo, considerandole Aiuti di Stato, non consentiti già prima del Trattato di Amsterdam.

È inutile dire che, ai sensi dell'art. 41 co. 2, il legislatore ordinario ha realizzato ampiamente il contemperamento tra i diritti del lavoro e quelli dell'impresa. Basti pensare allo Statuto dei lavoratori che, in diverse norme, ha limitato l'esercizio dei poteri dell'imprenditore (si veda la reintegrazione), senza mai funzionalizzarli. Con l'art. 18 lo Statuto dei lavoratori ha

privilegiato l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro rispetto al contrapposto interesse del datore di lavoro alla temporaneità del vincolo contrattuale, garantito dall'art. 2118 cod. civ. e non messo in discussione neppure dalla legge n. 604 del 1966. Quella legge infatti introdusse l'obbligo per il datore di lavoro di giustificare il licenziamento, principio ormai costituzionalizzato, ma non considerava invalido il licenziamento ingiustificato ma solo illecito. E ora la legge n. 92 del 2012, proprio con riferimento alle sanzioni contro il licenziamento ingiustificato, vuole spostare nuovamente il baricentro della tutela a favore dell'interesse del datore di lavoro, considerando eccezionali le ipotesi in cui si può irrogare la sanzione della reintegrazione. Si tratta poi di vedere se questo obiettivo sarà realizzato perché la normativa non brilla per chiarezza.

Ma in questa sede, come si è detto all'inizio, non si vuole discutere della questione dei limiti ai poteri dell'imprenditore. Si vuole invece discutere dell'opportunità o meno di eliminare, o comunque ridimensionare, uno degli strumenti che rende effettivo il valore fondante del nostro sistema costituzionale prima indicato e cioè la tutela dell'uomo che lavora: mi riferisco all'inderogabilità delle norme di legge e delle clausole del contratto collettivo che regolano ad oggi gran parte del contenuto del rapporto individuale di lavoro a presidio del contraente debole.

Secondo qualche dottrina, invece, in questo contesto si giustificerebbe il superamento del principio dell'inderogabilità delle norme a tutela del contraente debole perché tale inderogabilità attuerebbe una sorta di uniformità oppressiva e contrasterebbe con le esigenze di competitività delle imprese⁶.

È ovvio che il contesto in cui è nato il diritto lavoro italiano, e cioè quello della fabbrica fordista, si è modificato profondamente per una serie di ragioni ormai note.

In primo luogo, l'internazionalizzazione dei mercati con le sue luci e le sue ombre ha esaltato la competitività delle imprese e quindi la loro esigenza di ridurre i costi di produzione, e tra questi, anche quelli del lavoro, e la conseguente necessità di utilizzare forme di occupazione flessibili e temporanee, in grado di soddisfare un'offerta di lavoro sempre più determinata dalle mutevoli esigenze della produzione. In altri termini il rap-

⁶ L'espressione, utilizzata nel dibattito relativo all'art. 8 d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2011, è di VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, p. 682 ss. e in part. p. 683.

porto di lavoro a tempo indeterminato che dura per tutto l'arco della vita lavorativa non costituisce più l'unica forma di lavoro dipendente ma cede il passo a forme di lavoro che, pur subordinate, sono temporanee.

In secondo luogo il progresso tecnologico e la competitività imposta alle imprese dal mercato stanno determinando un mutamento della fisionomia e dell'organizzazione dell'impresa: si riduce lo spazio dell'impresa fordista, nella quale è nato e si è sviluppato il lavoro subordinato, a vantaggio della c.d. impresa a rete, contrassegnata da un notevole decentramento produttivo. Le imprese dismettono attività anche importanti, e, conservando il *core business*, le cedono in appalto a soggetti terzi o si avvalgono di rapporti di subfornitura o anche di collaborazioni continuative e coordinate.

In terzo luogo al mutamento della fisionomia dell'impresa corrisponde anche il mutamento della figura socialmente omogenea del lavoratore comune dell'industria, sostituita dalla pluralità delle identità sociali dei produttori derivante da professionalità sovente molto sofisticate, con il risultato che la classe operaia non occupa più il centro delle società postindustriali nelle quali perciò si riduce il peso quantitativo e politico del lavoro dipendente.

Negli anni 70, nel nostro Paese, in un clima piuttosto ideologizzato era diffuso il convincimento che il modello di sviluppo disegnato dalla volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi ai meccanismi del mercato; ormai da circa 20 anni, invece, proprio per effetto del processo di integrazione comunitaria, prevale l'orientamento secondo cui l'intervento pubblico non può sostituire le leggi del mercato nel ruolo di guida del processo economico, ma deve solo dettare regole al mercato per garantire ad esso una maggiore correttezza e trasparenza al fine di salvaguardare la concorrenza.

D'altra parte è vero che il processo di integrazione europea, alle origini, aveva scarsamente considerato i diritti del lavoro rispetto alle libertà economiche, ma ormai ben si può dire che il Trattato di Lisbona avendo incorporato le disposizioni della Carta di Nizza, li ha equiparati a queste ultime.

Vale la pena chiarire che l'illustrazione di questi dati fenomenici non deve essere fraintesa ed essere interpretata come adesione a quell'orientamento culturale che, in nome delle ragioni dell'economia, vorrebbe la smobilitazione delle garanzie riconosciute ai lavoratori subordinati nel corso di questo cinquantennio e auspica un ritorno secco all'autonomia delle parti individuali nella disciplina del rapporto di lavoro. Una prospet-

tiva di questo tipo, a parte ogni altra considerazione, è in palese contrasto con il disegno solidale della nostra Carta costituzionale.

In realtà le osservazioni prima esposte hanno il solo scopo di chiarire le ragioni che hanno determinato la proliferazione di una serie di rapporti di lavoro nella nuova organizzazione dell'impresa e fuori di essa, di natura subordinata e non subordinata accanto al classico rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato. In particolare il legislatore dalla seconda metà degli anni 80 è intervenuto a disciplinare una serie di forme contrattuali subordinate diverse dal rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, favorendo la cosiddetta flessibilità in entrata. Le imprese, infatti, ricorrevano più frequentemente all'uso di rapporti cosiddetti temporanei, e quindi alla cosiddetta flessibilità in entrata, perché quella in uscita era resa più difficoltosa dalla normativa sui licenziamenti. È nota in proposito la tormentata storia del contratto a tempo determinato, il cui regime più o meno rigido è stato via via regolato dalle diverse maggioranze parlamentari. E discorsi analoghi possono essere riproposti per il *part-time*, per i contratti formativi e di inserimento (ora abrogato), per l'appalto di mano d'opera vietatissimo, e poi via via ammesso con la disciplina del lavoro interinale e ancora di più con la disciplina della somministrazione di lavoro, e infine con le collaborazioni continuative e coordinate e poi con il lavoro a progetto. Le variazioni legislative nella regolamentazione dei suddetti rapporti riflettono ovviamente le diverse opzioni politiche dei governi che si sono succeduti in Italia nell'arco degli ultimi quaranta anni, e cioè dal 1970.

A tutti è noto il dibattito che ha preceduto la promulgazione della legge n. 92 del 2012: si discuteva infatti se accogliere la prospettiva del contratto unico destinato a sostituire con un'unica fattispecie la pluralità di contratti che consentono l'ingresso nel mercato del lavoro, e alla fine ha prevalso la tesi della conservazione di questa varietà di contratti. Infatti uno dei quattro capisaldi di cui si compone la legge, e cioè flessibilità in entrata, flessibilità in uscita, profili processuali e ammortizzatori sociali, è costituito dalla revisione delle norme che regolano i contratti in entrata e cioè l'apprendistato, il contratto a tempo determinato, il lavoro a progetto ecc. È stata abrogata soltanto la disciplina del contratto di inserimento. Questa circostanza mi ha confermato nell'idea che ancora oggi il nostro mercato del lavoro si deve nutrire necessariamente non solo del contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, che soddisfa l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro, ma anche di una serie di contratti temporanei e flessibili che soddisfano le esigenze delle imprese alla temporaneità dei vincoli con-

trattuali. D'altra parte l'art. 35 Cost. non può essere trattato alla stregua di una semplice dichiarazione programmatica, ma ha un suo valore normativo intrinseco che certo non preconizza un'acritica equivalenza e parità di trattamento normativo tra i diversi tipi contrattuali, ma consente di prendere atto che, in base al combinato di questa norma con un'altra norma costituzionale, e cioè l'art. 3, co. 2, Cost., il legislatore ordinario è abilitato a stabilire un'equa distribuzione delle tutele tra i diversi tipi di lavoro.

2. I valori fondanti e le tecniche di tutela del diritto del lavoro italiano

Come si è prima accennato, la crisi economica e finanziaria in questi ultimi anni è diventata talmente virulenta che può costituire la leva per eliminare o rendere meno incisivo uno degli strumenti che rendono effettiva la tutela dell'uomo che lavora: l'inderogabilità delle norme di legge e delle clausole del contratto collettivo. Per me rimane fermo il principio che la persona che lavora, e conseguentemente la sua tutela, costituiscono la ragion d'essere della nostra disciplina e il criterio ordinatore nell'interpretazione delle norme, perché come già osservava Francesco Santoro-Passarelli il contratto individuale di lavoro garantisce l'essere per il lavoratore e l'avere per il datore di lavoro⁷. Questa circostanza aiuta a comprendere perché sia necessario conservare la tecnica dell'inderogabilità delle norme che ovviamente serve a neutralizzare il diverso potere contrattuale fra le parti, in particolare se si vuole conservare la natura contrattuale dei rapporti di lavoro e sindacali.

È anche vero che la contrapposizione degli interessi immanente nelle relazioni di lavoro e sindacali può essere risolta da metodi decisionali di concertazione tra le forze sociali e il governo attraverso il c.d. scambio politico in cui ogni parte contribuisce, nei limiti delle proprie competenze, alla soluzione degli obbiettivi prefissati, avendo ben presente, però, che la concertazione italiana ben difficilmente può essere omologata al dialogo sociale così come è regolato dalla normativa europea.

D'altra parte è noto che nel nostro ordinamento l'inderogabilità delle norme non è quasi mai assoluta (v. art. 2103 co. 2 cod. civ. e art. 36, co. 3, Cost.) nel senso che all'inderogabilità delle norme non corrisponde un'indisponibilità assoluta, ma relativa dei diritti regolata dall'art. 2113 cod. civ.

⁷ SANTORO-PASSARELLI F., *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p. 3, e ora in *Saggi di diritto civile*, Cedam, 1959, p. 1071.

In altri termini nel nostro ordinamento vale il principio dell'indisponibilità relativa e non assoluta dei diritti del lavoratore subordinato.

E a questo proposito vale la pena chiarire la differenza tra disciplina inderogabile e disciplina flessibile⁸. La prima ha riguardo alla fonte, nel senso che la norma inderogabile non lascia spazio all'autonomia individuale e collettiva se non nei limiti stabiliti dalla stessa normativa inderogabile; viceversa, la disciplina flessibile non sta a significare che la normativa è derogabile ma indica l'articolazione della medesima. Per esempio, rispetto alla disciplina del tipo, in ragione della presenza o dell'assenza di un requisito o modalità della prestazione o del rapporto di lavoro; per quanto riguarda la disciplina del contratto a tempo determinato può essere considerata flessibile rispetto alla disciplina del tipo contratto a tempo indeterminato. In altri termini la disciplina flessibile può essere o rimanere inderogabile perché non affida all'autonomia collettiva o individuale la funzione di integrare o derogare norme di legge ma casomai determina essa stessa un'attenuazione del codice protettivo standard stabilito dallo stesso legislatore.

Quanto poi al rapporto tra norma inderogabile e contratto collettivo, bisogna distinguere le ipotesi in cui la legge delega la sua funzione regolamentare al contratto collettivo come avviene ad esempio nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove il contratto è delegato ad individuare le prestazioni indispensabili o a stabilire i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi. E in questi casi il contratto collettivo assolve ad una funzione integratrice della legge. Diverse invece sono le ipotesi in cui la legge affida al contratto il potere di derogare norme di legge inderogabili. In questo caso non si tratta di una funzione integratrice, come nelle ipotesi prima richiamate ma di una vera e propria funzione derogatoria assegnata dalla legge al contratto collettivo. E in queste ipotesi, a mio avviso, non è sufficiente che la legge autorizzi la deroga, come nel caso dell'art. 8 del d.l. 138/2011 sulla base di un non meglio identificato criterio maggioritario delle centrali sindacali, ma è necessario che sia previsto e regolato dalla legge un procedimento che misuri la rappresentatività effettiva delle centrali sindacali e consenta quindi di calcolare la maggioranza secondo lo spirito, se non la lettera, dell'art. 39 co. 4 Cost.

Si vuole dire in altre parole che appare assai opinabile che, a livello aziendale, due sindacati su tre, senza nessuna previa verifica della loro con-

⁸ SANTORO-PASSARELLI G., *Diritto del lavoro (flessibilità)*, voce in *EGT*, vol. XI, 1997 ed ora SANTORO-PASSARELLI G., *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, II vol. Utet, 2006, p. 273 e ss.

sistenza associativa o elettorale e senza la garanzia di nessuna verifica referendaria prevista invece dalla clausola 5 dell'accordo interconfederale del 28 giugno del 2011, possano derogare (v. art. 8) norme di legge basilari bypassando il contratto nazionale.

Ciò non significa ovviamente che si debba limitare la competenza del contratto aziendale a vantaggio del contratto nazionale. È fin troppo evidente infatti che in materia retributiva la competenza del contratto aziendale è destinata ad ampliarsi, fermo restando i minimi stabiliti dal contratto nazionale, indispensabili per quella miriade di lavoratori che prestano la loro opera nelle imprese minori, ovviamente prive del contratto aziendale.

Si vuole solo dire che norme inderogabili di legge non possono essere modificate in sede aziendale da sindacati di cui non sia accertata la rappresentatività effettiva, e cioè in assenza di una procedura di verifica della rappresentatività effettiva dei sindacati.

E parimenti non sembra opportuno che solo i sindacati che stipulano il contratto collettivo possano esercitare i diritti sindacali in azienda. Questo era tollerabile in un sistema contrassegnato dall'unità di azione sindacale ma in ogni caso i diritti sindacali devono essere garantiti dal legislatore a qualunque sindacato sulla base di una rappresentatività effettiva e certificata.

È vero che bisogna evitare gli inconvenienti che derivavano dalla rappresentatività presunta riconosciuto dal vecchio testo dell'art. 19 alle confederazioni storiche, ma non si può affidare all'accreditamento del datore di lavoro l'individuazione dei sindacati legittimati a esercitare i diritti sindacali in azienda, anche se si tratta di tesi autorevolmente respinta dalla Corte costituzionale⁹.

Come è noto il problema è tornato di attualità proprio a seguito del diniego di esercizio dei diritti sindacali nei confronti di un sindacato sicuramente rappresentativo come la Cgil: tant'è che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 st. lav. pende nuovamente davanti alla Corte costituzionale¹⁰ e forse la decisione potrebbe essere diversa proprio perché è

⁹ Per il precedente v. Corte Cost. n. 244 del 1996.

¹⁰ V. Trib. Modena 4 giugno 2012, in *MGL*, 2012, p. 518 e ss., ivi con nota fortemente critica di VALLEBONA, *Ostinazione per le r.s.a. Fiom-CGL: ora viene riproposta una questione di costituzionalità già rigettata*, p. 524; ma v., per un commento di tutt'altro segno, CARINCI F., *In merito all'eccezione di costituzionalità dell'art. 19, lett. b) l. n. 300/1970, sollevata da Trib. Modena, 4 giugno 2012*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/amici_curiae/0001_carinci.pdf, nonché PERSIANI, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di sod-*

venuto meno un sistema di unità di azione tra i tre sindacati storici. Ma al di là di questa osservazione empirica bisogna sottolineare che, se è vero che il criterio della sottoscrizione non implica un potere di accreditamento, come sostenne la sentenza sopraricordata della corte costituzionale, ma costituisce un criterio di misurazione della rappresentatività effettiva di un sindacato, bisogna convenire che la situazione che si è venuta a creare collide con il combinato disposto degli artt. 3 e 39 Cost. E non già perché a tutte le organizzazioni sindacali deve essere riconosciuto il diritto di costituire r.s.a, ma perché il rifiuto volontario di sottoscrivere un contratto ha un valore diverso dalla mancata sottoscrizione, come pure dalla semplice firma per adesione. Nelle ultime due ipotesi l'esclusione dalle trattative si può giustificare per il difetto di capacità rappresentativa, ma il rifiuto del sindacato di firmare e la conseguente uscita dalla trattativa presuppongono che allo stesso sia stata riconosciuta una capacità rappresentativa: di tal che è irrazionale non riconoscere al sindacato il diritto di costituire r.s.a. Ecco perché l'art. 19, nel testo emendato dal referendum, potrebbe presentare vizi di legittimità costituzionale nella parte in cui esclude dal diritto alla costituzione delle r.s.a. le organizzazioni sindacali che abbiano rifiutato o ritirato la firma ad un contratto collettivo; o ancora, nella parte in cui non assicura parità di trattamento tra sindacati che abbiano la stessa o addirittura una maggiore rappresentatività¹¹.

Un'altra novità importante è costituita dalla clausola 1 dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Si discute se abbia introdotto o meno un obbligo per le associazioni dei datori di lavoro o del singolo datore di lavoro di convocare al tavolo delle trattative tutte le organizzazioni sindacali che hanno raggiunto la soglia di rappresentatività del 5%. È vero che la clausola deve essere ancora attuata, e quindi non è operativa, ma la lettera della clausola sembra deporre a favore della tesi che la clausola ha istituito l'obbligo a negoziare.

3. *Il doppio mercato del lavoro e la tutela del lavoro autonomo economicamente debole ma genuino*

D'altra parte bisogna essere anche consapevoli che esiste un doppio mercato del lavoro, e cioè i cosiddetti *insiders* e gli *outsiders*, che la recente

disfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge, in *GI*, 2012, c. 1378; CARINCI F., *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, p. 356.

¹¹ V. in questo senso GHERA, nota in *MGL*, 2012, p. 818.

riforma del lavoro non ha assolutamente eliminato, anzi in qualche misura rischia di accrescere. Questi ultimi sono veramente dei paria, privi quasi di ogni tutela, anche sindacale, perché ovviamente privi di soggetti rappresentativi per l'eterogeneità degli interessi che contraddistinguono molti lavoratori autonomi: basti pensare alla eterogeneità degli interessi anche tra molti professionisti, avvocati, medici, ingegneri. E spesso il mercato non offre alcuna alternativa alle condizioni di lavoro talvolta assai modeste dei cosiddetti precari, e ancor più ai lavoratori senza contratto e cioè in nero. A questi lavoratori precari, ove risulti accertato che sono lavoratori subordinati e quindi falsi lavoratori autonomi, si deve applicare la disciplina del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato o degli altri rapporti di lavoro quando ne ricorrano i presupposti. E in proposito si deve osservare che il legislatore da circa 40 anni ha predisposto strumenti e criteri per smascherare il falso lavoro autonomo, ma tali criteri, come la coordinazione prima, e il progetto dopo, non hanno centrato il bersaglio, ma, al contrario, hanno creato un'incertezza interpretativa in giurisprudenza, evidentemente non utile alla soluzione del problema.

In ogni caso dal falso lavoro autonomo va distinto il lavoro autonomo genuino ma debole. E infatti si deve prendere atto che talvolta i lavoratori precari sono genuinamente autonomi e tali vogliono rimanere perché sono piccoli professionisti, piccoli artigiani, insomma lavoratori manuali e intellettuali con redditi annui modesti ma non per questo subordinati. E ad essi bisogna assicurare, non sulla base del rapporto di lavoro, ma per i loro requisiti riferibili al soggetto, come il non superamento di una certa soglia di reddito e perché privi di dipendenti, agevolazioni fiscali e previdenziali, quali la tutela della disoccupazione e della malattia che rendano meno gravoso il rischio della mancanza di lavoro. E ai lavoratori autonomi che ricavano la maggior parte del reddito da un committente principale, al quale sono legati da un rapporto di durata, e dal quale perciò dipendono economicamente ma non organizzativamente, si potrebbe applicare la disciplina del lavoro a progetto con esclusione dell'art. 69 co. 1, d.lgs. n. 276, diversamente da quanto stabilisce l'art. 69-bis per evitare che un rapporto occasionale con un soggetto con partita iva si trasformi in lavoro subordinato.

Solo così il legislatore, estendendo certe forme di tutela anche ai lavoratori non subordinati, potrà realizzare l'obiettivo previsto dal combinato disposto degli artt. 3, co. 2, e 35 Cost. di garantire all'universo mondo del lavoro non già un'unica disciplina uniforme ma un regime differenziato di

tutela, secondo il principio di ragionevolezza, a seconda delle diverse tipologie di lavoro e di reddito.

A queste conclusioni sono pervenuto perché nell'arco di questi anni mi sono rafforzato nella convinzione che una lettura aggiornata della subordinazione, proposta in dottrina e in molti disegni di legge¹², non è sufficiente a rinserrare in un'unica fattispecie la variegata tipologia dei rapporti di lavoro. D'altra parte una lettura onnipervasiva della subordinazione, che tende a inglobare in essa ogni forma di lavoro, finisce per snaturare la stessa subordinazione: il limite invalicabile rimane quello fissato in negativo dall'art. 2222 cod. civ. che per l'appunto considera autonomo il lavoro personale prestato senza vincolo di subordinazione.

E non credo neppure alla tesi che considera meritevole di tutela soltanto il lavoro dipendente e, conseguentemente, il contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato l'unica forma di occupazione, e tutto il resto sinonimo di precarietà in un Paese come l'Italia, popolata di lavoratori non solo nazionali, profondamente diversa dal 1970 e per certi aspetti postindustriale, che opera nella Unione Europea nella quale la concorrenza è un valore, e in mercato internazionale brutalmente competitivo. D'altra parte, come si è già accennato, la stessa riforma del lavoro, preceduta da un ampio dibattito sull'opportunità di scegliere come forma di occupazione il contratto unico, ha invece optato per la conservazione di una pluralità di contratti flessibili e temporanei accanto al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato; basti pensare all'apprendistato, al contratto a tempo determinato, al lavoro a progetto, ai contratti stipulati dai lavoratori titolari di partita iva.

Ma, a ben riflettere, la precarietà non dipende dai contratti flessibili ma da due fattori: in primo luogo dal sistema dei cosiddetti ammortizzatori sociali, cui la riforma del lavoro ha dedicato un ampio spazio in verità prospettico. Come si è prima rilevato, l'attuale mercato del lavoro è contrassegnato da una tendenziale temporaneità delle occasioni di lavoro, che non possono essere più soddisfatte dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, e, conseguentemente, diventa indispensabile organizzare un sistema di sicurezza sociale che assicuri ai lavoratori la certezza di un reddito dignitoso durante i periodi di non lavoro.

¹² V. il c.d. d.d.l. Ichino, A.S. n. 1873/2009 in cui si propone la riformulazione dell'art. 2094 cod.civ., o il c.d. d.d.l. Nerozzi, A.S. n. 2000/2010, art. 11.

E in secondo luogo, dal venir meno della concertazione sociale tra imprese, sindacati e governo. Concertazione che sola può realizzare lo scambio politico e quindi garantire i più deboli che i sacrifici richiesti abbiano una compensazione.

Sulla base di questi rilievi bisogna prendere atto che la crisi economica rischia di colpire e di abbattere il sistema di *welfare* che finora ha garantito essenzialmente il mondo del lavoro dipendente e di cambiare certi capisaldi del nostro diritto sindacale, come ad esempio, l'articolazione in due livelli contrattuali mettendo in discussione la tenuta della stessa inderogabilità delle norme di legge e delle clausole inderogabili del contratto collettivo nazionale. Ma, come si è detto prima, questa crisi ha indubbiamente messo in evidenza la totale assenza di tutela nei confronti di un mondo del lavoro costituito da lavoratori autonomi ed economicamente deboli.

Come si è accennato, nel corso di questi anni il nostro legislatore ha tentato di contrastare il falso lavoro autonomo (v. le numerose e divergenti interpretazioni sulla nozione di lavoro a progetto e sulla difficoltà di individuare con nettezza la nozione di coordinazione rispetto alla subordinazione) ma non si è preoccupato per nulla di tutelare il lavoro autonomo economicamente debole ma *genuino*¹³, che, si è già detto, è fattispecie completamente diversa dal falso lavoro autonomo. Per questo motivo credo che una realistica ed efficace opera di aggiornamento della nostra legislazione del lavoro non passi per il superamento della legislazione per tipi legali riferita al lavoro subordinato e al lavoro autonomo, ma per la revisione delle norme del codice civile che regolano il lavoro autonomo. Tale revisione dovrebbe individuare la fattispecie del lavoro autonomo continuativo, senza connotarlo assolutamente con il requisito della coordinazione, che è una formula insincera perché nel concreto svolgimento del rapporto si distingue con grande difficoltà dalla subordinazione.

Viceversa per essere meritevole di tutela il lavoro autonomo continuativo dovrebbe essere connotato, o dalla debolezza economica rilevata da determinati requisiti che riguardano il soggetto e non il rapporto di lavoro, come una determinata soglia di reddito e l'assenza di dipendenti, o dalla dipendenza economica, e non anche organizzativa, del prestatore di lavoro autonomo qualora quest'ultimo percepisca la maggior parte del suo reddito da un committente prevalente. In questo caso il presupposto della tutela è

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a SANTORO-PASSARELLI G., *Lavoro autonomo*, voce in *ED, Annali*, v, 2012, Giuffrè, pp. 711-752.

ovviamente costituito dall'esistenza del rapporto di lavoro e le tutele riguardano il rapporto, mentre nel primo caso la tutela deve essere riferita necessariamente al soggetto. Il requisito da ultimo indicato, e cioè la percezione della maggior parte del reddito dal committente principale, ovviamente si aggiunge ai due prima menzionati che riguardano la soglia di reddito e l'assenza di dipendenti: sicché un lavoratore economicamente dipendente è sempre anche lavoratore economicamente debole, mentre non è vero il contrario. Infatti il lavoratore economicamente debole può essere titolare di una pluralità di contratti tutti di uguale valore e quindi può non essere economicamente dipendente da un cliente prevalente, ma il suo fatturato complessivo non deve ovviamente superare una certa soglia. E non deve avere dipendenti.

In conclusione è auspicabile che il legislatore continui a prendere atto della variegata tipologia della realtà, e, in applicazione del combinato disposto degli artt. 3 e 35 Cost., non rinerri in un'unica fattispecie la pluralità dei tipi contrattuali ma provveda ad assicurare una ragionevole distribuzione delle tutele fra gli stessi tipi contrattuali con l'obbiettivo di eliminare o ridurre drasticamente il dualismo del nostro mercato del lavoro e prima ancora eviti i presupposti che favoriscono l'aumento del lavoro nero e di altre forme fittizie di lavoro autonomo.

Antonio Viscomi

**Autonomia privata tra funzione e utilità sociale:
prospettive giuslavoristiche**

SOMMARIO: 1. Sistemi complessi. 2. Contratto senza autonomia: il paradosso originario. 3. Autonomia senza potere: miti contemporanei. 4. Capacità, libertà, sussidiarietà.

1. *Sistemi complessi*

Mi è stato chiesto di condividere una riflessione sull'autonomia privata nella prospettiva di un confronto tra diritto civile e diritto del lavoro¹. Consentitemi di confessare fin da subito (ragionevoli) perplessità e (non infondati) timori, dal momento che l'argomento, per l'estensione tematica e per l'intensità problematica, è tale da indurre in duplice tentazione. Da un lato, suggerisce ambizioni ricostruttive di ampio respiro, peraltro sollecitate anche dal necessario dialogo con Maestri che il diritto hanno pensato ed insegnato, e che tuttavia appaiono poco coerenti con il contesto di una più agile discussione interdisciplinare come quella qui intesa dagli organizzatori². Dall'altro lato, richiama sterili e inerciali contrapposizioni tra regole e tecniche del diritto comune e regole e tecniche del diritto del lavoro, amplificando antiche e mai sopite dispute sull'autonomia assiologica, prima ed oltre che strutturale e funzionale, di questo rispetto a quello. Da tali dispute intendo però immediatamente e consapevolmente rifuggire.

¹ Relazione presentata e discussa al convegno «*Diritto civile e diritto del lavoro a confronto. Autonomia privata tra funzione e utilità sociale*», organizzato dal Dipartimento di Diritto Privato e Teoria del Diritto dell'Università degli Studi di Messina e dal Consorzio Universitario Me-gara Ibleo, Siracusa 15-16 aprile 2011.

² In effetti, il convegno, organizzato da Raffele Tommasini, ha rappresentato una utile occasione per un confronto tra civilisti (Bocchini, Donato, Femia, Franzoni Ricca, Salanitro, Tommasini) e lavoristi (Carinci, Garilli, Gagnoli, Romeo e chi scrive).

Recuperando i risultati di un recente e personale percorso di ricerca³, credo anzi di dover ribadire *in limine* la fondata convinzione che la linea che intercorre tra diritto civile e diritto del lavoro debba essere intesa non tanto a stregua di confine, ma piuttosto di frontiera: è questa, infatti, in quanto luogo di transizione, a rappresentare l'apertura e l'integrazione ed a consentire pratiche di ibridazione, laddove i confini hanno a che fare, invece, con la chiusura identitaria e con le pratiche di distinzione, poco tollerando sfumature e incertezze.

Ciò significa, in concreto, l'abbandono di ogni logica ricostruttiva innervata sulla presunzione di centralità sistematica delle norme del codice, delle relative concettualizzazioni e delle non poche "mitologie" derivate⁴, e la proficua adozione di paradigmi conoscitivi idonei a cogliere, rappresentare e integrare – in una logica di pluralità sistemica – *assetti d'interessi sempre più complessi e di non facile decifrazione*⁵. Interessi ignoti – per la loro complessità – alle solide certezze e alle fruttuose speranze del Convegno linceo di Taormina dell'aprile del 1954, che pure consacrò la prevalenza culturale e accademica dell'anima privatistica del diritto del lavoro, e ormai tali – per la loro pluralità – da revocare in dubbio la stessa possibilità di identificare l'*ubi consistam* della nozione di 'utilità sociale', se non sei termini eterei, proposti dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza 22 gennaio 1957 n. 29, di "conseguimento del bene comune". In verità, l'eufonia dell'endiadi è quasi pari alla scarsa idoneità esplicativa quando riferita in contesti segnati da complessità sistemica e da pluralismo assiologico: basti pensare, a mero titolo di esempio, alla possibilità alternativa di identificare l'utilità sociale nel mantenimento dei livelli occupazionali ovvero nella perdurante garanzia di tradizionali forme di tutela individuale⁶.

³ VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principî lavoristici*, in *DLRI*, 2010, n. 4, p. 595 ss.

⁴ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁵ Le conseguenze sono significative se solo si consideri, ad esempio, che «*In the dynamics of social fragmentation, in which one and the same contract appears as the simultaneous expression of different and divergent rationalities, the old two-person relation of the contract has metamorphosed into a polycontextual relation*»: così TEUBNER, *In the blind spot: the hybridization of contracting*, in *ThLZ*, 2006, 7, p. 5 ss.

⁶ Significativa è, mi pare, la progressiva diffusione della prassi legislativa di precisare, talvolta minuziosamente, gli obiettivi perseguiti (cfr. ad esempio art. 1 l. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, comma 2, l. 27 ottobre 2009 n. 150, art. 1 d.lg. 10 settembre 2003 n. 276), quasi a voler congelare l'intenzione del legislatore e vincolare la stessa attività interpretativa, al di là ed oltre del tessuto testuale (il più delle volte fragile e contraddittorio).

È in questa prospettiva che emerge, io credo, la necessità di ridimensionare l'aspirazione all'armonia perduta del sistema logico e di prendere finalmente sul serio il diverso paradigma conoscitivo segnato dalla logica plurale della differenziazione e dell'interrelazione sistemica, portando a compimento, sul piano metodologico, la transizione *dal sistema alla complessità dei sistemi*. Tale paradigma a me pare più consono con la dimensione reticolare, postmoderna e postpositivista in cui siamo immersi e che pone in radicale discussione la stessa possibilità di fondare l'ordine giuridico in un'antropologia condivisa: si pensi, tanto per fare un esempio, sul quale ritornerò tra breve, al tentativo di radicare nella "soggettività del vissuto" individuale del lavoratore la ridefinizione degli assetti, legali e contrattuali, di tutela.

A tale stregua, la prospettiva del confronto tra diritto civile e diritto del lavoro, suggerita dagli organizzatori come terreno privilegiato dell'agone ed in qualche misura come obiettivo e metodo della stessa ricerca, impone di soddisfare un duplice presupposto.

Da un lato, richiede di abbandonare gli intensi livelli di precomprensione che hanno trovato linfa nel pregiudizio di una "minore nobiltà giuridica" dei diritti secondi⁷ o che, per altro verso, si sono annidati nella recente ma già pervasiva pretesa egemonica di una razionalità orientata esclusivamente agli effetti. È proprio questa, infatti, ad essere assurda, da qualche tempo, ad effimero criterio di legittimazione, giustificazione e interpretazione delle norme giuridiche, in assenza di una qualche connessione logica ed assiologica con il sistema nel suo complesso che non sia meramente strumentale e funzionale agli esiti previsti o soltanto auspicati (dal legislatore o dallo stesso interprete, soprattutto quando professionalmente interessato).

Dall'altro lato, invoca la positiva riscoperta della struttura logica della coscienza ermeneutica; intendo riferirmi alla dimensione fondamentale dell'*ascolto*, che precede e conforma lo stesso interrogare: "ogni pensare", è stato scritto, "è prima di tutto un ascoltare, un lasciarsi dire e non un interrogare"⁸. Nella prospettiva dell'ascolto, quello tra diritto civile e diritto del lavoro appare sempre meno un confronto – più o meno condizionato dal peso inerziale della storia o delle più piccole storie accademiche – e sempre più un dialogo necessario, destinato a tessere la trama comune di una

⁷ BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *RCDDP*, 2008, p. 397 ss.

⁸ HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, Mursia, 1973, p. 143.

risposta adeguata al fine di vincere la “scommessa del diritto nel secolo appena iniziato”⁹.

La scommessa, cioè, di riuscire a coniugare, con nuovi o rinnovati strumenti e con nuova o rinnovata *sintesi*, interessi mercantili e valori non appropriativi, pretese della logica economica e aspirazioni a una diversa socialità, razionalità della tecnica e irriducibile complessità dell’esistenza umana. E ciò, per quanto mi riguarda, nell’ambito di un rapporto obbligatorio destinato ad integrare prestazioni individuali in contesti organizzativi complessi, a loro volta caratterizzati da elevata correlazione con dinamiche esterne di mercato ed infine ad alta intensità di coinvolgimento della persona (non più soltanto nei termini di un assoggettamento al potere altrui, bensì e piuttosto nella prospettiva dell’adesione e partecipazione culturale, quando non anche psicologica, all’identità prima ancora che alle finalità aziendali¹⁰).

2. Contratto senza autonomia: il paradosso originario

Se si condivide la prospettiva metodologica dell’ascolto, imposta, per un verso, dal riconoscimento della complessità sistemica e destinata, per altro verso, a ridimensionare il rischio di autoreferenzialità insito nel rapporto ermeneutico che intercorre tra soggetto interpretante e testo interpretato¹¹, è ragionevole inferire l’inutilità della ricerca di un’improbabile *reductio ad unum* dell’autonomia privata, assecondando l’aspirazione ad un modello gerarchico di ordinamento. E ciò, quanto meno a motivo della ben nota polarità inversa che quella ha assunto nel duplice spazio qui considerato e che ancora oggi trova ragione e senso, almeno a mio avviso, proprio in un contesto di economia di mercato e di competizione globale.

Ricordava Ascarelli, in pagine non dimenticate e anzi diventate ormai, io credo, patrimonio comune, quanto sia esercizio di evidente inutilità assegnare patenti di nobiltà e di miseria a questo o a quel corpo di norme, dovendosi piuttosto tentare di comprendere il senso di un’interazione sto-

⁹ LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. XIII.

¹⁰ “Corporate organizations are now offering programs of corporate renewal that both echo the rites of traditional religion, and reflect and accommodate contemporary laicized religious, and affective, sentiment”: così Casey, *Work, Non-Work and Resacralizing Self*, in *SC (Social Compass)*, 2000, p. 571.

¹¹ GADAMER, *Verità e Metodo*, Torino, Bompiani, 1992, p. 73.

rica che ogni volta si presenta con volti diversi, pur nella costanza di nuclei resistenti. Perciò è forse opportuno prendere ancora abbrivio da quella sorta di *paradosso originario e fondativo* del diritto del lavoro, segnato al contempo dal *riconoscimento* formale della dimensione contrattuale e dal *disconoscimento* reale degli spazi di autonomia privata individuale intesa quale fonte di autonoma regolamentazione delle relazioni di lavoro, pure ritenute innervate in quel contratto. Paradosso fondativo, dicevo, ma per alcuni versi ancora non risolto tanto da indurre taluno a ritenere, con coerente fedeltà alle proprie opinioni, l'origine acontrattuale del rapporto di lavoro ovvero, più esattamente, ad affermare che “il rapporto di lavoro si collochi su un piano diverso dal contratto, con il quale pure s'intreccia, potendo avvenire l'utilizzo delle prestazioni di lavoro solo mediante l'incontro delle libere determinazioni dei suoi soggetti”¹².

Proprio tale sorta di paradosso – l'esistenza cioè di un contratto 'senza' autonomia – conferma la coerenza funzionale e strutturale del nascente diritto del lavoro con le corpose e “sanguigne”¹³ esigenze di *razionalizzazione sociale* connesse alla grande trasformazione dei sistemi di produzione industriale¹⁴, in quanto idoneo ad assicurare congiuntamente la garanzia formale di libertà contrattuale con la funzione reale di legittimazione asimmetrica del potere datoriale, che in tale riconoscimento trova però anche limite al suo essere altrimenti “inglobante” o “totale”¹⁵.

A tale stregua, il contratto di lavoro, più che espressione sacrale della volontà libera e sovrana delle parti contraenti, risulta essere un *dispositivo tecnologicamente sofisticato* idoneo a consentire al datore-creditore di correlare, in modo utile, *prestazione e organizzazione* (tant'è che «interesse dell'impresa» e «natura della prestazione» configurano i parametri essenziali per la definizione della diligenza dovuta ai sensi dell'art. 2104 cod. civ.). Al contempo, però, proprio quel contratto, ancorandolo causalmente alla funzione di organizzazione, *definisce il limite* del potere unilaterale del datore-creditore, in guisa tale da rendere esplicita e giustificare la riconduzione alla dimensione contrattuale della specifica e fondamentale funzione di garanzia della libertà e dignità della persona del prestatore.

¹² SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Bari, Laterza, 2003, p. 55.

¹³ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 2001.

¹⁴ POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2000 (ma 1944).

¹⁵ GOFFMAN, *Asylums, Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001 (ma 1961), *passim*.

Proprio perché il contratto legittima e, al contempo, limita il potere del datore creditore, ha ragione Franz Neumann quando, in un breve scritto del 1951¹⁶, riconosce che il valore della “costruzione del contratto di lavoro come contratto obbligatorio” sta in ciò che “le prestazioni del datore e del prestatore sono esattamente determinate e quindi esattamente calcolabili, per cui né le autorità giudiziarie né le autorità amministrative possono imporre ulteriori obblighi o sopprimere diritti esistenti. Il che costituisce”, ad avviso di Neumann ed in aperta polemica con i fautori weimariani del diritto libero e gli entusiasti sostenitori del § 242 del BGB (di allora e di oggi, potrebbe dirsi), “un principio straordinariamente progressista” nell’alveo di un ordinamento giuridico razionale.

Solo più tardi, per la verità, la riconduzione delle prescrizioni in materia di sicurezza all’interno della struttura dell’obbligazione, proposta da Carl Hans Nipperdey (al cui nome ed alla cui funzione di presidente del *Bundesarbeitsgericht* è legata peraltro l’affermazione della *drittwirkung* delle norme costituzionali), costituirà il terreno di coltura per la costruzione teorica dei doveri di protezione degli interessi non patrimoniali legati alla persona del debitore, dando abbrivio a quelle fertili ibridazioni che, a partire dal confronto con le ingiustizie generate dall’applicazione alla realtà industriale delle “simmetrie del diritto civile borghese”¹⁷, hanno trasformato il diritto del lavoro in un “campo fertile di esperienze e rinnovamento della cultura giuridica”¹⁸.

Se si condivide la prospettiva delineata, e la chiave di lettura proposta, appare ancor più evidente la ragione della perdurante necessità di arricchire lo scambio contrattuale con una precisa rilevanza causale dell’organizzazione, almeno nel senso, a mio avviso più corretto¹⁹, di organizzabilità della prestazione.

Non è privo di significato che proprio il giovane Redenti, presentando il *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*²⁰ riconosca il carattere “rudimentale” del contratto di lavoro (tale, afferma, “per la ordinaria posi-

¹⁶ NEUMANN, *Il diritto del lavoro nella società moderna*, in ID., *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 398.

¹⁷ CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 71.

¹⁸ GIUGNI, *Diritto del Lavoro*, in *Enc. Novecento*, vol. III, p. 946.

¹⁹ VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, *passim*.

²⁰ REDENTI, *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, Torino, Giappichelli, 1992 (ma 1906), p. 147.

zione di fatto dei contraenti”), ma ne giustifichi comunque l’esistenza per una ragione funzionale, per il fatto cioè che in virtù del contratto “l’industriale introduce e colloca l’operaio nell’organizzazione della propria azienda affinché il servizio che costui gli ha promesso ne divenga elemento o fattore”. È dunque la disponibilità all’inserimento continuativo nell’organizzazione aziendale, assicurato dall’esercizio dei poteri contrattuali di conformazione e controllo, a costituire il tratto proprio e distintivo del lavoro subordinato che ne identifica e tipizza ancora oggi la causa²¹.

In questa prospettiva, credo sia ragionevole affermare ancora che la limitazione originaria dell’autonomia privata ad opera della disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi (per usare le parole dell’art. 2113 cod. civ.) non appare funzionale alla tutela della persona del lavoratore in quanto contraente debole o addirittura al riequilibrio delle posizioni di potere delle parti nel contratto. In effetti, sarebbe interessante stabilire l’origine della nozione di contraente debole. Benché, infatti, sia stato affermato che “il principio della tutela del contraente debole” abbia “le sue radici nel diritto privato”²² e sia stato riconosciuto che quel principio ha rappresentato un “tema regolarmente ricorrente già nell’illustrazione delle più importanti codificazioni europee del sec. XIX”, è però del pari vero che queste, come è stato segnalato, “non andarono di certo nel tentativo di apprestare quella tutela, al di là della statuizione di pochi settoriali interventi a protezione di singoli contraenti”²³, tanto che in Italia, ad esempio, solo con la promulgazione del vigente codice civile, in cui “protagonista della nuova realtà economica è divenuta l’impresa”²⁴, emerge compiutamente lo “sforzo di porre in essere strumenti idonei ad assicurare la tutela del contraente più debole nei confronti di quello più forte”²⁵.

Semmai, a giudicare dalle prime leggi sociali sull’orario di lavoro delle donne e dei minori sembra plausibile ritenere che quell’inderogabilità abbia a riferimento *più il mercato che il contratto*. E ciò perché funzionale più alla tutela delle condizioni di riproduzione biofisica di soggetti deboli nel mercato che alla protezione delle parti deboli di un contratto o addirittura,

²¹ GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006, *passim*.

²² MICELI, *La protezione del contraente debole nel diritto comune e nel diritto corporativo*, in *DL*, 1928, I, p. 282.

²³ LISERRE, *Tutele costituzionali dell’autonomia contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 16.

²⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *RTDPC*, 1970, p. 5.

²⁵ NICOLÒ, *Codice Civile*, in *ED*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 247.

e per altro verso, perché destinata ad assicurare una riduzione del rischio di concorrenza sottosalariale, così operando come strumento di governo del mercato del lavoro.

Ciò considerando, è ragionevole ritenere che la funzione di riequilibrio dell'asimmetria contrattuale debba individuarsi non solo, e neppure tanto, nell'ablazione di potere individuale quanto piuttosto nel *riconoscimento del potere collettivo* (che è potere sociale, ed è bene ricordarlo, prima ancora che giuridico). In estrema sintesi, e per ricordare ben note parole di Otto Kahn Freund: “*on the labour side, power is collective power*”²⁶. Perciò aveva ragione Massimo D'Antona ad avviare la sua indimenticata relazione del 1991 con la seguente constatazione: “il diritto del lavoro ha tradizionalmente svolto la propria funzione di ordinamento protettivo attraverso il dominio dell'eteronomia sull'autonomia e attraverso la subordinazione dell'individuale al collettivo”²⁷.

A conferma di ciò, è necessario ricordare che la stessa Corte Costituzionale ha individuato la ragione della prevalenza delle fonti eteronome e collettive in un triplice ordine di ragioni: “la diseguaglianza di fatto delle parti del contratto, l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, l'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi” (Corte cost. 4 maggio 1992, n. 210). Dunque, continuare a pensare che l'inderogabilità sia un monolite concettuale rappresenta, probabilmente, un errore di prospettiva. Da quanto detto deriva, semmai, l'esigenza di *differenziare e specificare funzionalmente la stessa pretesa d'inderogabilità*, in ragione degli interessi protetti, con ovvie ed immediate conseguenze sul piano della possibile definizione di una sorta di geometria variabile dell'inderogabilità medesima in relazione alla natura o tipologia degli interessi tutelati e protetti²⁸.

La qual cosa solleva il velo sulla relazione, mai pacifica, tra volontà individuale derogatoria e pretesa collettiva alla conformità, che non a caso

²⁶ KAHN FREUND, *Labour and the Law*, London, Stevens, 1983 (ed. a cura di DAVIES e FREEDLAND), p. 17.

²⁷ D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 455.

²⁸ MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2006, *passim*. L'assenza nel testo di un richiamo all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 si giustifica soltanto perché tale norma è successiva al convegno. Tuttavia, non può non evidenziarsi che l'art. 8, al di là di tutte le questioni tecnico-giuridiche coinvolte, solleva il velo sulla questione dei rapporti tra uniformità (delle regole), nderogabilità (delle norme) e ruolo degli attori sociali.

costituisce oggetto degli studi iniziali di Giuseppe Messina su *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*²⁹. In qualche misura, il ragionamento di Messina costituisce l'archetipo dello schema classico di giustificazione dell'inderogabilità. Preso atto che "l'eguaglianza giuridica dei soggetti di un rapporto è un presupposto concettuale della sua possibile qualifica contrattuale" (p. 5) e che però "nel nostro diritto privato è quasi esclusiva la cura di garantire l'eguaglianza giuridica delle parti nelle relazioni di scambio, ma la considerazione della concreta posizione economica delle medesime non vi avviene che di rado, ed allora pure in maniera non troppo efficace" (p. 6), Messina ne deduce che "l'intervento difensivo della legge a favore dei deboli non può avere che funzione di profilassi indiretta" (nel senso di rimuovere gli eventuali ostacoli "alle unioni dei deboli ed al loro sviluppo"), "ma il rimedio diretto ed efficace non può attendersi nella direzione cennata se non dall'organizzazione stessa dei deboli, dalla colazione delle loro forze" (p. 9). Pertanto, "abbiamo nei concordati un caso di economia collettiva inteso a realizzare un fine collettivo, cioè il massimo benessere della collettività" (p. 40). Conseguentemente, "l'obbligo da queste derivante consiste appunto nell'osservanza di una determinata modalità nel contratto" sì che la "stipulazione del contratto individuale a condizioni diverse da quelle delle tariffe" sarà da considerare "forma di rottura del concordato" (p. 42). Insomma, siamo ancora ben lontani dagli studi di Hirschman su *Exit, Voice and Loyalty*³⁰ o di quelli di Mancur Olson su *La logica dell'azione collettiva*³¹, ma è fin da subito chiaro che il problema di fondo è innestato dalla tensione tra interesse del singolo e interesse collettivo.

Insomma, credo sia ragionevole ritenere che il paradosso originario del diritto del lavoro, quello cioè di un *contratto senza autonomia*, trovi senso e ragione se letto in coerenza con la grande trasformazione delle forme di produzione. *Fuori della fabbrica*, tuttavia, il contratto è funzionale alla costruzione del mercato quale sistema complesso di 'libere' transazioni; pertanto è radicato nella volontà libera e sovrana delle parti contraenti ed è enfatizzato in quanto autoregolamentazione di interessi contrapposti. *Dietro i cancelli degli opifici*, invece, il contratto è funzionale ad assicurare l'integrazione della prestazione nell'organizzazione e opera come strumento di riduzione

²⁹ MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in Id., *Scritti Giuridici. IV. Scritti di diritto del lavoro*, Milano, 1948 (ma il saggio è del 1904).

³⁰ Cambridge, Harvard University Press, 1970.

³¹ Milano, 1990 (ma Cambridge, Harvard University Press, 1965).

dei costi di transazione mediante la giuridificazione (secondo il duplice movimento di legittimazione e di limitazione) del potere creditorio (la facoltà di modificazione unilaterale dell'oggetto del contratto ne è evidente dimostrazione).

3. *Autonomia senza potere: miti contemporanei*

In uno studio recente sulla norma inderogabile è stato detto: “rivisitare, oggi, il tema della norma inderogabile nel diritto del lavoro può sembrare un compito ormai quasi di archeologia giuridica, dal momento che l'inderogabilità della normativa di tutela segna la nascita e caratterizza il patrimonio genetico della nostra materia rispetto al diritto comune dei contratti”. Ma si tratta soltanto di un'impressione di superficie, dal momento che proprio questo specifico carattere “comporta un continuo e pressante confronto con le ragioni del divenire, sul terreno dei rapporti di produzione, di quelli economici e sociali e, perché no, sul terreno dei valori e delle ideologie”³².

A ben vedere, infatti, il sistema giuridico-formale del diritto del lavoro consegnato a noi dalle “grandi narrazioni” del secolo scorso appare del tutto coerente con una organizzazione dei rapporti di lavoro segnata dalla grande fabbrica taylor-fordista, orientata alle economie di scala consentite dalla catena di montaggio. È qui che la dimensione propriamente individuale e personale tende a dissolversi nell'alveo della razionalità tecnica e questa, a sua volta, ambisce a diventare razionalità sociale e cioè regola e modello sul quale conformare la stessa esistenza umana al fine di assicurarne l'integrazione funzionale nell'apparato produttivo.

Perciò, il giurista non può ignorare il grande cambiamento che le innovazioni tecniche e tecnologiche hanno apportato ai sistemi produttivi, qui potendo verificare una stringente consonanza tra la *riscoperta della centralità dell'individuo* (e della sua volontà) come soggetto regolatore e la progressiva perdita della funzione performativa di un modello organizzativo basato sulla produzione di massa (la “T nera” di Ford) a favore di modelli produttivi segnati invece dalla flessibilità organizzativa e dall'individualizzazione del marketing (la “T-shirt” incolore di Benetton). Dalla “T-nera” alla “T-shirt”, ciò che è cambiato non è però solo un modello produttivo ma

³² CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 41.

semmai un intero contesto sociale e culturale che di quel modello è, al contempo, radice e frutto.

Storicamente abituati ad una prevalenza della dimensione collettiva ed eteronoma su quella individuale ed autonoma, assistiamo ad un *capovolgimento profondo* che pone il singolo e la sua libera volontà al centro di un sistema che sembra acquisire senso solo in quanto funzionale alla soddisfazione immediata delle esigenze individue. Per rendersi conto di ciò, è sufficiente riandare a quei quadri significativi della temperie culturale di un dato momento storico rappresentati dai format pubblicitari. Al riguardo, qualcuno ha addirittura parlato di *post-soggettività* come “*egoicità non disciplinata*” ma, al contempo, “*forza sociale emergente*”³³.

Il richiamo ai format pubblicitari non sembri fuori luogo. In effetti, definendo nel 2001 il quadro concettuale per la stagione di riforme che di lì a poco avrebbe preso avvio, gli estensori del governativo *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*³⁴ invitavano a “riconoscere i profondi mutamenti intervenuti nell’organizzazione del lavoro”, nonché “la crescente spinta verso una soggettività nel vissuto della propria condizione lavorativa”, da ciò deducendo la necessità di “rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale”. A tal fine, invitavano le Parti sociali a “valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro, rendendo possibile la definizione di assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d’un adeguato controllo sociale” (p. 49). Insomma, ed in sintesi: “in un contesto crescentemente individualizzato di rapporti e contratti di lavoro sono individualizzate anche le scelte dei prestatori: ciò che può essere migliorativo per l’uno, può risolversi in una condizione di peggior favore per l’altro”.

Che poi questo effetto sia da perseguire attraverso forme³⁵ di “*individualizzazione sostanziale*”, consentendosi un intervento sul contenuto del regolamento contrattuale, ovvero di “*individualismo procedurale*”, volendo

³³ SCARCELLA PRANDSTRALLER, *La soggettività come tecnologia sociale. Un orientamento per le politiche*, Milano, Franco Angeli, 2008.

³⁴ Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001.

³⁵ Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *Intervento del discussant*, in AIDLISS, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 223; più in generale, e con riferimento al periodo di tempo considerato, cfr. DEERY, MITCHELL, *Employment Relations. Individualisation and Union Exclusion. An international Study*, Sidney, Federation Press, 1999.

così significare che l'intervento del legislatore è orientato a limitare il ruolo delle organizzazioni di rappresentanza collettiva nella definizione delle condizioni di uso delle risorse legali, è questione, importante, ma non risolta dagli estensori del *Libro Bianco* e che qui non può essere analizzata nel dettaglio. È però indubbio che il legislatore ha costantemente manifestato una peculiare (e anche comprensibile, per alcuni versi) opzione per innovazioni più consone con il modello procedurale che con quello sostanziale, risolvendosi il primo nella effettiva emarginazione delle organizzazioni sindacali e nella esaltazione della libertà di scelta all'interno di istituti definiti previamente dallo stesso legislatore, che mantiene così il controllo (poco liberale, per la verità) delle alternative possibili. A ben vedere, infatti, nei sistemi segnati dall'individualismo procedurale l'autonomia della parti si risolve nella scelta di uno fra i modelli predefiniti, direttamente o indirettamente, dal legislatore ma non già nella riformulazione degli elementi interni al modello scelto.

In ogni caso, nell'auspicio del *Libro Bianco*, l'ordinamento giuridico avrebbe dovuto prendere atto della nuova temperie, recuperando la funzione dell'autonomia regolativa all'interno della struttura contrattuale. In questa prospettiva si è detto di una sorta di civilizzazione del diritto del lavoro volendo così significarne il ritorno all'interno delle logiche e delle tecniche proprie del diritto dei privati e si è addirittura parlato al riguardo di una "rivincita del codice civile"³⁶. Solo in questa logica ricostruttiva è possibile comprendere, ad esempio, la critica all'originaria disciplina delle clausole elastiche nel part-time (d.lg. 61 del 2000) formulata dagli estensori del Libro Bianco nel cui giudizio la facoltà di "esercizio di uno *jus penitendi* all'interno di un accordo contrattuale liberamente sottoscritto", e cioè in concreto la revoca unilaterale da parte del lavoratore del consenso precedentemente prestato alla clausola elastica, "appare del tutto incomprensibile e contravviene ai principi che governano in generale il diritto delle obbligazioni" (p. 67).

Con un significativo capovolgimento delle parti, *la coerenza con i principi del diritto delle obbligazioni ed il rispetto del libero accordo contrattuale risultano esplicitamente assunti a parametri di valutazione della ragionevolezza della disciplina giuslavoristica* di un istituto fra i più insidiosi a motivo della tensione che esso crea tra esercizio del potere datoriale e organizzazione esistenziale

³⁶ PROIA, *Flessibilità e tutela nel contratto di lavoro subordinato*, in Aidlass, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 153.

e professionale del lavoratore e del conseguente rischio di “soppressione di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall’attività lavorativa” segnalato dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza 210 del 1992.

E ciò, sia detto per mero inciso, proprio mentre il diritto civile, sollecitato anche dall’ordinamento comunitario, *riscopre una dimensione di concretezza e un’esigenza di giustizia contrattuale*, ponendosi in cerca di una rinnovata identità, di elementi significativi per ridisegnare il senso attuale del rapporto obbligatorio e dello stesso contratto, costretto ormai tra immagini alternative – cooperative o antagonistiche, rugiadose o rudi³⁷ – segnate da diverse visioni del rapporto tra autonomia ed eteronomia e quindi dalla diversa estensione ed intensità del controllo, valutativo o integrativo che sia, del giudice.

Alla luce di ciò, credo di non esagerare esprimendo il dubbio che il recupero in ambito giuslavoristico del codice civile sia in verità condotto con riferimento ad un idealtipo mitico (Monateri direbbe forse di “un racconto intorno al fuoco”³⁸) non idoneo a velare il fatto che, ancora oggi, non diversamente dalle fase originaria, l’esaltazione della scelta di valorizzazione dell’autonomia privata – talvolta ricondotta ad esigenze di adeguamento flessibile della norma alla realtà empirica; talvolta invece alla rivendicata autonomia di scelta da parte del singolo – sembra trovare senso e ragione nella *logica autoritaria del potere piuttosto che nella prospettiva negoziale del contratto*. Intendo dire, cioè, di una sorta di *continuità* tra il paradosso originario di un contratto senza autonomia ed il mito odierno di un’autonomia senza accordo, ovvero, più esattamente, di una autonomia negoziale che in realtà rivela perduranti condizioni di asimmetria tra le parti. In effetti, a stare alle concrete indicazioni degli analisti dei mercati del lavoro, la figura di un lavoratore maggiorenne per il quale urge costruire un diritto del lavoro egualmente maggiorenne sembra essere tanto suggestiva quanto poco effettiva³⁹. Da qui il rischio elevato di considerare *pars pro toto* e di cadere nella trappola di una sineddoche cognitiva. Perciò è ragionevole concor-

³⁷ MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *RDC*, 2003, p. 409.

³⁸ MONATERI, *La dottrina*, in ALPA, GUARNERI, MONATERI, PASCUZZI, SACCO, *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, Torino, Utet, 1999, p. 426.

³⁹ Naturalmente riprendo l’efficace espressione di ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano, 1996.

dare con chi ritiene che il “contrattualismo tende ad essere il mare entro cui viene fatto nuotare un rivitalizzato contratto di lavoro”, che a sua volta, “proprio perché veicolato dall’ideologia contrattualista”, tende ad essere “acontestualizzato (cioè slegato dallo *status*) e ad assumere la pura e semplice valenza di strumento fondativo del potere di fatto – che deve essere libero di esprimersi nella dialettica negoziale bilaterale – perdendo qualunque idoneità a filtrare le logiche di puro mercato”⁴⁰.

Con molto anticipo sui tempi, proprio Massimo D’Antona aveva evidenziato come “il diritto del lavoro eteronomo e collettivizzato rischi(a) di contrapporsi alle autentiche aspirazioni e ai bisogni del lavoratore in carne ed ossa” (p. 457). A fronte di questa situazione, lo stesso D’Antona segnalava che “la riscoperta dell’individuo nel diritto del lavoro” era tale da sollevare “la *grande questione della autodeterminazione dell’individuo* nei diversi campi in cui lo stato sociale ha costruito le proprie istituzioni tutelari (e tra queste le istituzioni di tutela del lavoratore)”, autodeterminazione intesa “essenzialmente” come “libertà di scegliere la propria differenza”, libertà che però comincia “a partire dall’uguaglianza sostanziale, quell’uguaglianza che il diritto del lavoro ha storicamente costruito smascherando l’inganno di applicare la regola dell’uguale potere della volontà, al più diseguale dei rapporti di forza nelle società capitalistiche”.

Insomma, non si tratta di impedire il libero gioco delle parti, ma di assicurarsi che lo stesso abbia luogo in modo corretto. Utili, a fini euristici, si rivelano qui i concetti di “individuo *de jure*” e “individuo *de facto*” introdotti da Bauman in *Modernità liquida*⁴¹ per segnalare come, il più delle volte, ad una individualità giuridica acquisita solo grazie alla legislazione spesso non corrisponda una individualità reale. Per la verità, lo aveva già icasticamente segnalato Emanuele Gianturco quando, ragionando intorno a *L’individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*⁴², aveva irriso coloro che, discorrendo *de jure* e trascurando l’osservazione *de facto*, finivano con il “dire a chi muore di fame che in diritto egli è eguale a Van der Bilt o a Rotschild”. Comunque, in un passaggio di *Modernità liquida* (p. 32) il pensiero di Bauman appare molto chiaro sul punto: “esiste un ampio e crescente divario tra la condizione degli individui *de jure* e la loro possibilità

⁴⁰ ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, 2, p. 175 ss.

⁴¹ Bari, Laterza, 2007.

⁴² Napoli, Pierro, 1891, p. 15.

di diventare individui *de facto*, vale a dire di diventare padroni del proprio destino e compiere le scelte realmente desiderate. È da questo abissale divario che derivano gli effluvi più velenosi che contaminano la vita dell'uomo d'oggi".

La "*strada per i diritti*" diventa così, per molti, un percorso accidentato: sia per la mancanza di risorse (politiche, giuridiche ed economiche) utili a far valere i diritti legati all'individualità giuridica, sia per le continue lotte necessarie per la realizzazione di una reale individualità, ricomponendo in qualche modo il divario creatosi tra individui *de jure* e individui *de facto*. Solo questa ricomposizione consente di poter ragionevolmente discorrere di autonomia individuale.

4. *Capacità, libertà, sussidiarietà*

Nella consapevolezza di questo profilo, vorrei condividere alcuni spunti conclusivi destinati soltanto a sollecitare una più ampia ed approfondita riflessione intorno alla necessità ma anche alla plausibilità di una *teoria costituzionalmente adeguata delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro*. In verità, non reputo pienamente convincente il noto giudizio di Natalino Irti⁴³ che ha contrapposto la "*stanchezza*" della Costituzione ("che non mostra più l'energia creativa e la capacità unificante spiegata nei primi decenni postbellici", p. 10) alla "*stabilità*" del codice civile che torna al centro del sistema in quanto assicura una "funzione di garanzia" ed "assume la responsabilità unitaria" già spettanti alla stessa Costituzione (p. 9). Come se, per una sorta di ricorso storico, all'ipertrofia microsistemica non possa che far seguito un ritorno al codice ed alla sua funzione unificante, anche a motivo di evidenti esigenze di certezza e di eguale trattamento. D'altronde, però, occorre pure ricordare che era stato lo stesso Irti⁴⁴ a suggerire la costruzione del Diritto del lavoro come "pluralità di micro-sistemi", ciascuno dei quali costituito da un insieme di norme che, in relazione al loro contenuto, "si raccolgono intorno ad un criterio unificante o ad un principio comune".

A me pare, viceversa, che proprio la Costituzione consenta ancora oggi (anzi: soprattutto oggi) di *recuperare in modo pertinente il valore della soggettività individuale* anche in sede di relazione contrattuale, se e quando riguardata nella prospettiva finalistica del perseguimento, per usare le parole

⁴³ IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, Laterza, 1995.

⁴⁴ IRTI, *Il Diritto come ricerca*, in *La cultura del Diritto civile*, Torino, Utet, 1990, p. 75.

dell'art. 4, comma 2, del «progresso materiale o spirituale della società», inteso non come fine in sé ma come mezzo per la promozione del pieno sviluppo della personalità individuale ai sensi dell'art. 2. Intendo cioè dire che la *valorizzazione della soggettività individuale, anche in sede contrattuale, acquista senso e significato se intesa come parte essenziale di un progetto di "buona società"* e non come mero strumento di flessibilità. Così intesa, quella soggettività non tollera limitazioni che non siano frutto di uno stretto scrutinio in relazione al conseguimento delle finalità indicate e solo nella misura in cui siano necessarie per assicurare adeguate e pertinenti condizioni di sviluppo del singolo; cioè, affinché costui possa "raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente" (nella qual cosa consiste poi, a ben vedere, il bene comune secondo la nota formulazione datane dalla *Gaudium et Spes*⁴⁵).

Questo obiettivo può essere proficuamente perseguito per via di un recupero del criterio, regolativo e ricostruttivo, della *sussidiarietà*, di per sé idoneo a valorizzare tutto lo spettro delle potenzialità e delle capacità umane e di esprimere l'intrinseca socialità (non statuale) dei diritti. E ciò anche con azioni sostitutive, quando necessario ed opportuno.

È noto, infatti, che la nozione di *sussidiarietà* si articola in due momenti, fra loro correlati: quello negativo, che pone il dovere di astensione del potere pubblico ove le forze degli individui e della società siano in grado di soddisfare i loro bisogni autonomamente (valore che assume la funzione di criterio di delimitazione di competenza dei soggetti pubblici a vantaggio dei soggetti privati); quello positivo, che afferma l'esistenza di un dovere di intervento del potere pubblico là dove gli individui e le forze sociali non siano in grado di soddisfare autonomamente i propri bisogni. Questa seconda componente delinea l'azione dell'autorità pubblica come preordinata al sostegno e allo sviluppo delle capacità degli individui. Pertanto, il principio di *sussidiarietà* "determina una attribuzione di competenza" e, al contempo, "definisce un modo di esercizio delle competenze stesse"⁴⁶.

⁴⁵ Costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo *Gaudium et Spes*, n. 26.

⁴⁶ ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *DP*, 2002, 1, p. 52, che riprende la distinzione tra *Kompetenzverteilungsprinzip* e *Kompetenzausübungsregel* proposta da HOFFE, *Subsidiarität als Staatsphilosophisches Prinzip*, in NORR, OPPERMANN, Hrsg. von, *Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 52.

Una prospettiva ricostruttiva che trovi baricentro nel principio di sussidiarietà, nella duplice tensione del medesimo principio, potrebbe probabilmente assicurare un adeguato bilanciamento tra le dimensioni tipiche (individuale e collettiva) e le componenti basiche (autonomia ed eteronomia) del diritto del lavoro, nella consapevole rinuncia alla certezza tranquilla di un sistema gerarchico e nella conseguente accettazione di un più incerto modello circolare o reticolare innervato nella individuazione del livello ottimale di disciplina⁴⁷.

Una prospettiva, questa, che poco ha a che fare – in virtù della sua funzione performativa – con quella sorta di tradizionale “sussidiarietà reciproca delle sue forme” intravista da Matteo Dell’Olio⁴⁸ quando ricordava – in chiave evidentemente descrittiva – che, nel sistema delle fonti del diritto del lavoro, “la sussidiarietà si può intendere in senso ancor più ampio del consueto, perché inclusivo altresì di relazioni come la supplenza, il sostegno, il mandato”. Tecniche, tutte queste, destinate a disegnare il rapporto tra fonte legale e fonte contrattuale, più volte sperimentate in relazione all’introduzione di dosi di flessibilità (basti pensare alle ipotesi di garantismo flessibile o alle diverse ipotesi di flessibilità negoziata), ma per le quali è stato ben segnalato il rischio di *colonizzazione* dell’autonomia collettiva da parte dell’autorità statale, e cioè di utilizzazione strumentale della fonte contrattuale da parte della fonte legislativa, per motivi e secondo ragioni specifiche di queste⁴⁹.

Qui, invece, nella più specifica prospettiva dell’autonomia privata individuale, il principio di sussidiarietà consente di ritenere che tra la dimensione individuale e quella collettiva, tra la componente autonoma e quella eteronoma, non può esservi una contrapposizione dialettica, ma semmai una *relazione dinamica e dialogica*, in cui l’una trova senso e ragione nella presenza, e non già nel superamento, dell’altra. In questa prospettiva, ad esempio, la prevalenza del livello collettivo o della componente eteronoma non può mai darsi per presupposta in ragione della più ampia estensione degli interessi rappresentati ma deve essere giustificata in ragione degli interessi concretamente perseguiti ovvero a motivo della funzione sostitutiva o di sostegno imposta dal principio di sussidiarietà. A tal fine, è forse op-

⁴⁷ NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro ed il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, 1, p. 91.

⁴⁸ DELL’OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *DLRI*, 2002, 4, p. 518.

⁴⁹ SIMITIS, *Juridification of labor relations*, in TEUBNER, ed., *Juridification of social spheres*, Berlin-New York, De Gruyter, 1987.

portuno ribadire la distanza che intercorre tra tutela del singolo (in quanto contraente debole) e uniformità di disciplina, dal momento che i due aspetti non sono tra loro né equivalenti né necessariamente correlati come mezzo a fine: *la tutela del singolo non richiede una necessaria uniformità di disciplina e l'uniformità di disciplina non sempre si traduce in tutela del singolo.*

In ogni caso, come è stato correttamente evidenziato: *“l'individualisation amène à se pencher de nouveau sur les débuts du droit du travail. Elle oblige donc à se rappeler les origines et les buts de ses mécanismes régulateurs. Aux dispositions légales et aux conventions collectives revenait la tâche de compenser la capacité d'action insuffisante des salariés individuels. Chacune de ces réglementations devait ainsi remettre le salarié en état d'articuler et de défendre personnellement ses intérêts. La capacité individuelle d'action doit, par conséquent, demeurer le point d'orientation mais aussi le critère de légitimation des activités législatives et collectives. Leur prétention réglementaire doit donc s'arrêter là où cette capacité se stabilise”*⁵⁰.

Così compreso il principio di sussidiarietà, è possibile stemperare i dubbi pure espressi sui possibili rischi di una rinnovata funzionalizzazione dell'autonomia privata⁵¹, non più potere libero ma destinata a “realizzare gli scopi ‘dismessi’ dai pubblici poteri”: si è così paventato il rischio che “il limite dell'interesse generale (o di determinate categorie, in quanto deboli e meritevoli di protezione) e della solidarietà sociale, da immanente po(ssa) diventare ora, in virtù del principio di sussidiarietà, *interno* all'esercizio dell'autonomia dei privati”, arrivando addirittura ad ipotizzare, ma solo per esorcizzarne la mera eventualità, “contratti atipici egoistici”. La prospettiva, in verità, non convince, ed anzi appare viziata da una sorta di precomprensione della sussidiarietà quale strumento a disposizione dell'autorità statale per impegnare in funzione servente ed ancillare, rispetto agli obiettivi perseguiti, i livelli regolativi inferiori e diversi. Il che poco si accorda con il principio di sussidiarietà pertinentemente inteso.

In questa logica, il criterio di attribuzione della competenza potrebbe essere ragionevolmente identificato proprio nell'utilità sociale, intesa però non più come strumento di realizzazione del massimo benessere collettivo⁵² ma semmai come massimizzazione delle *possibilità individuali*, recuperando ed adattando a tal fine una risalente giurisprudenza costituzionale che ha considerato l'utilità sociale «come possibilità massima e generalizzata

⁵⁰ SIMITIS, *Le droit du travail a-t-il encore un avenir?*, in *DS*, 1997, 7/8, p. 665.

⁵¹ RUFFOLO, *Principio di sussidiarietà e autonomia privata*, in *RCI*, 1999, 3, p. 371.

⁵² MILLI, *La funzione sociale della proprietà: attualità del disegno*, in *RCDP*, 2008, I, p. 132.

per i cittadini di poter usufruire dei beni prodotti o dei servizi offerti» (sent. 5 aprile 1974 n. 111).

Per utilizzare un linguaggio più *mainstreaming* al momento si potrebbe dire: “un impegno sociale per la libertà dell’individuo deve implicare che si attribuisca importanza all’obiettivo di aumentare la capacità che diverse persone posseggono effettivamente, e la scelta tra diversi assetti sociali deve venire influenzata dalla loro attitudine a promuovere le capacità umane (...) *aumentare le capacità umane deve costituire una parte importante della promozione della libertà individuale*”⁵³. Obiettivo, a quanto pare, condiviso anche dal recente Piano triennale per il lavoro⁵⁴ là dove si afferma che “l’economia della conoscenza deve poter contare su lavoratori il cui potere contrattuale poggia sulle qualità e competenze professionali, sulla capacità di adattamento e sui meriti” (p. 20), elementi, questi, che andrebbero adeguatamente sostenuti, anche mediante investimenti pubblici, proprio per assicurare la libertà e l’autonomia della persona che lavora.

Insomma, la questione dell’autonomia negoziale può ragionevolmente porsi soltanto nella prospettiva di assicurare la piena realizzazione della persona. Infatti, diversamente dalle prospettive che si concentrano su utilità e risorse, *l’approccio delle capacità* “misura il vantaggio individuale in ragione della capacità che ha la persona di fare quelle cose a cui, per un motivo o per l’altro, assegna un valore (...) L’attenzione va qui all’effettiva libertà di fare o di essere ciò che ritenga valga la pena di fare o essere”⁵⁵.

⁵³ SEN, *L’idea di giustizia*, Mondadori, 2010, p. 241.

⁵⁴ *Liberare il lavoro per liberare i lavori*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2010.

⁵⁵ SEN, *op. loc. ultt. citt.*; ma cfr. anche l’approccio di NUSSBAUM, *Creare Capacità*, Bologna, il Mulino, 2012 e qui p. 176: «(l’approccio delle capacità) tiene anche conto del fatto che le persone possono avere necessità di differenti quantità di risorse per poter accedere allo stesso livello di capacità di scegliere e agire, in particolare se partono da differenti posizioni sociali». Può essere di interesse segnalare che le potenzialità euristiche ed operative dell’approccio delle capacità sono già state saggiate, ad esempio, in relazione alle politiche di attivazione nell’ambito dei servizi per l’impiego (cfr. per tutti, BONVIN, *Riforme della sfera pubblica e approccio della capacitazione. L’esperienza delle politiche dell’impiego*, in *RivPS* (Rivista delle politiche sociali) 2006, 2, 293), delle politiche sociali (RUFFINO, *Individualizzazione della disegualianza sociale e politiche delle capacitazioni*, in *SL*, 2010, 120, 34) o, anche, della riflessione sulla flexicurity (cfr. GHIGNONI, PAPPADÀ, *Flexicurity analysis of youngsters in europe: the role of “capabilities” and human capital*, in *QEL* (Quaderni di Economia e Lavoro) 2009, 90, 105). Più in generale cfr. almeno: BARNARD, DEAKIN, HOBBS, *Capabilities and Rights: An emerging Agenda for Social Policy*, in *IRJ*, 2001, 5, 464.

Per usare parole più consone alla riflessione giuslavoristica, “si potrebbe dire, azzardando una semplificazione, che così come l’effettività della tutela del lavoratore è, e deve continuare ad essere, un caposaldo del diritto del lavoro, anche il dispiegarsi della sua autonomia individuale deve realizzarsi garantendone l’effettività ad essa intrinseca. Si tratta, del resto, di un’assoluta necessità imposta dalla fedeltà al principio privatistico, fondativo della libertà contrattuale, di consentire all’individuo la piena valutazione, regolazione e, quindi, autotutela dei propri interessi, sottratti all’ingerenza di chi è portatore di altri interessi (generali o collettivi)”⁵⁶.

L’integrazione tra principio di sussidiarietà e teorica delle capacità consente di riportare l’attenzione sulla questione decisiva, e cioè sull’accertamento e sulla garanzia dell’effettiva libertà di scelta del singolo e sulle tecniche giuridiche destinate ad assicurarla o anche solo a verificarla in concreto. Come è stato correttamente rilevato: “sono necessarie delle garanzie per l’autodeterminazione; stabilirle è compito soprattutto del legislatore; solo questi è in condizione di porre limiti che vanno rispettati in occasione di qualsiasi disciplina delle condizioni lavorative nonché di stabilire obblighi reciproci tra le parti”⁵⁷.

Qui il discorso diventa molto ampio e richiederebbe un’analisi disamina dei modelli normativi utilizzati o utilizzabili dal legislatore⁵⁸. A tal fine non posso che rinviare a pregevoli recenti studi come, ad esempio, quello già citato di Arturo Maresca. Mi limito in questa sede soltanto ad evidenziare la scarsa attenzione prestata dal legislatore italiano alla tecnica della derogabilità assistita secondo un modello peraltro embrionalmente radicato nello stesso art. 2113 cod. civ. che fa salve le rinunzie e transazioni che siano avvenute in sedi qualificate. In qualche misura, infatti, la tecnica della derogabilità assistita – o, come pure è stato detto, l’ipotesi di “autonomia indivi-

⁵⁶ MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *DLRI* 2009, 1, p. 101.

⁵⁷ SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, in *DLRI*, 1990, 45, p. 91.

⁵⁸ Non ultimo, e neppure il meno importante, il modello rappresentato dalla contrattazione di prossimità (art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148) meriterebbe una specifica considerazione: si ricorda, però, che il testo qui pubblicato è precedente alla data di promulgazione del decreto legge citato. In ogni caso, è chiaro che la disciplina richiamata non riguarda la dimensione individuale ma precipuamente i rapporti tra fonti collettive, valorizzando e sistematizzando, sia pure con molte incertezze sul piano tecnico-giuridico, modelli già embrionalmente conosciuti dall’ordinamento (basti pensare, tanto per fare un esempio, ai contratti di riallineamento).

duale proceduralizzata”⁵⁹ – sembra consentire una risposta idonea a mitigare la rigidità della norma imperativa offrendo al lavoratore la possibilità di effettuare “scelte diverse maturate non solo in piena consapevolezza, ma anche nell’effettiva possibilità di cogliere le opportunità presenti”⁶⁰. Viceversa, il legislatore sembra aver preferito la strada della certificazione (ancora recentemente enfatizzata dalla l. 183 del 2010⁶¹). Resta fermo, però, che la certificazione, avendo il diverso obiettivo di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, opera in modo profondamente differente dalla derogabilità assistita. Questa è finalizzata a consentire alle parti del contratto individuale di lavoro di scegliere la regolamentazione applicabile, capovolgendo il principio generale ed invasivo della tutela legale inderogabile del lavoro dipendente. Quella, invece, prende atto della disciplina legale inderogabile ed opera per conformare la volontà individuale a tale disciplina.

Ed egualmente sarebbero da valorizzare e promuovere le ipotesi in cui sia la stessa contrattazione ad aprirsi all’autonomia dei singoli, attraverso la produzione di clausole collettive relativamente vincolanti l’autonomia individuale, o perché da questa esplicitamente dichiarate derogabili o perché a questa risulta affidata una “scelta multipla”. Si pensi alla proposta di Ichino⁶² per il quale, ferma restando una disciplina inderogabile che assicura ai lavoratori autonomi ed ai lavoratori subordinati un livello minimo di tutela, sopra quella soglia, “legge e contratto collettivo potrebbero prevedere (...) la possibilità di pattuizioni in deroga, la cui validità sia vincolata, a seconda dei casi, alla stipulazione con l’assistenza di un rappresentante sindacale, o alla stipulazione in forma scritta”. Va da sé che tale tecnica, consentendo all’autonomia individuale l’opzione tra pacchetti regolativi predefiniti, dimostra, come è stato detto, una scarsa fiducia “(n)ell’utilizzo che potrebbe essere fatto dal lavoratore della propria autonomia negoziale”⁶³. Ma ciò potrebbe dirsi, in verità, di ogni modello ispirato all’individualismo procedurale più che all’individualizzazione sostanziale.

⁵⁹ NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 416.

⁶⁰ MARESCA, *op. cit.*, p. 103.

⁶¹ ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, WP D’Antona, 2010, 102; VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, MGL, 2010, 12, 900, vi vede invece «un cauto passo verso l’affermazione della tecnica della volontà assistita», con speciale riguardo alla previsione di clausole che sono valide solo se certificate: tipizzazione dei motivi di licenziamento e clausola compromissoria in particolare.

⁶² *Il lavoro e il mercato*, cit., p. 59.

⁶³ NOVELLA, *op. cit.*, p. 437.

In questa prospettiva, potrebbero ad esempio citarsi gli accordi in deroga alla disciplina sui contratti agrari e sulle locazioni⁶⁴. A condizione però di tener fermo che la derogabilità assistita ha precipuo riguardo non già alle ipotesi in cui la legge stessa affida all'organizzazione sindacale, come soggetto istituzionalmente portatore di interessi collettivi, il compito di flessibilizzare l'apparato di tutele, ma piuttosto nel caso in cui l'assistenza del sindacato è funzionale alla realizzazione di un interesse individuale del singolo operatore⁶⁵.

Naturalmente, non mi è ignoto il giudizio espresso in ordine alla ritenuta impossibile compatibilità della derogabilità assistita con l'ordinamento giuridico del lavoro⁶⁶. Temo però che la gravità di tale giudizio possa derivare, almeno in parte, da una evidente precomprensione in ordine al fatto che "la scelta (del lavoratore) non sarebbe mai 'libera' ma dettata dalla pura logica dei rapporti di forza" e che "la condizione di 'debolezza economica' (...) rende assai problematico introdurre meccanismi che consentano di derogare ai diritti per tutti coloro che (...) non sono titolari di disponibilità economiche o di competenze professionali così elevate da eliminare la ridotta capacità negoziale". Secondo tale prospettiva, pertanto, "anche quando non sono in gioco diritti fondamentali, consentire un'abdicazione generalizzata a tutele e situazioni soggettive future significa soltanto ribadire la inferiorità personale di un contraente debole, negando l'esistenza di una realtà economica e sociale che, nella stragrande maggioranza delle situazioni, impedisce un assetto paritario di potere contrattuale". In verità, l'obiezione prova troppo, dal momento che la condizione di inferiorità è il presupposto legittimante la deroga assistita, che altrimenti, se quella non ci fosse, non avrebbe senso alcuno. La tecnica della derogabilità assistita ha senso semmai proprio nella prospettiva di incrementare le possibilità di definizione autonoma delle regole da parte del lavoratore concreto ed appare dunque orientata più ai modelli di individualizzazione sostanziale che a quelli ispirati all'individualismo procedurale.

⁶⁴ GHERA, *Accordi collettivi in agricoltura e contrattazione collettiva nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Autonomia privata assistita e autonomia collettiva nei contratti agrari*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 226; VITUCCI, *Autonomia privata, onere della "assistenza" delle associazioni, accordi "in deroga" a norme imperative (rilevi sistematici sulla nuova disciplina delle locazioni)*, in RDC, 1993, p. 340.

⁶⁵ VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2007, p. 646 e già ID., *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, in DLRI, 1998, 3, p. 603.

⁶⁶ SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il collegato lavoro*, in questa rivista, 2010, I, p. 146.

E mi è ancora noto che la questione in esame si connette all'altra – della quale è qui possibile solo accennare – relativa alla relazione tra inderogabilità e indisponibilità dei diritti. Al riguardo, mi limito a ricordare che la relativa dissociazione è stata giudicata “assolutamente dominante tanto che può ormai considerarsi patrimonio acquisito dai giuslavoristi l'impossibilità di fondare l'equazione: norma inderogabile = indisponibilità del diritto”⁶⁷; anche se non manca⁶⁸ chi ritiene che i concetti di inderogabilità e di indisponibilità sarebbero fenomeni inscindibili in vista della realizzazione dello scopo protettivo sotteso alla norma inderogabile, rendendo così radicalmente nulli *ex art. 1418 c.c.* anche gli atti di disposizione dei diritti da essa derivanti, mentre l'*art. 2113 c.c.* si applicherebbe agli atti di disposizione di diritti di natura patrimoniale conseguenti alla violazione del precetto inderogabile, secondo la nota distinzione tra “diritti primari” e “diritti secondari”. Ma è questione da rinviare ad altra sede di analisi.

Nonostante le obiezioni politiche e le difficoltà tecniche, a me pare però che il dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro possa produrre risultati significativi più sul versante indicato che non su quello innervato nell'analisi e nell'applicazione del paradigma di soggetto debole, tutelato da un rinnovato diritto comune dei contratti. Come pure è stato già segnalato: “nell'ottica del diritto europeo dei contratti, anche la tutela del consumatore risponde più a fini di efficienza del mercato che non a scopi di giustizia contrattuale”⁶⁹.

Credo, a dire il vero, che la riscoperta della soggettività e quindi dell'autonomia individuale contrattuale non possa tradursi e neppure fondarsi in una sorta di legittimazione delle ragioni dell'economia (ignorate dal diritto antagonista) e neppure nella riproposizione assoluta (e perciò irrealistica ed ideologica) delle ragioni della politica (ignorate dal diritto mimetico). Essa deve semmai rappresentare l'occasione per una riconsiderazione

⁶⁷ MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv., sez. Comm.*, vol. v, Torino, Utet, 1990, p. 58. Più recentemente, TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, 2008, 3, p. 449 ss. ed ivi l'invio ad assumere “la natura degli interessi dei lavoratori” a stregua di “premessa per definire i caratteri della norma lavoristica, la condizione d'inviolabilità dei beni protetti, l'imperatività del precetto e la sua forza di resistenza nei confronti dell'autonomia privata (normativa e dispositiva)”.

⁶⁸ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976, p. 241.

⁶⁹ LO FARO, *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, in *DLRI*, 2008, 2, p. 235.

delle *tecniche di bilanciamento* tra la dimensione individuale e quella collettiva, tra la componente autonoma e quella eteronoma, in funzione dell'obiettivo costituzionale di promuovere la libertà, impegnata ed impegnativa, e perciò responsabile, della persona⁷⁰ assicurando a ciascuno, nella prospettiva di un diritto che è stato definito "mite"⁷¹, condizioni ottimali per raggiungere la propria pienezza di sviluppo, e quindi anche di scegliere – se lo ritiene – la propria differenza. Definire le condizioni per consentire un corretto bilanciamento tra interessi divergenti, assicurando un rinnovato equilibrio tra persona e mercato, costituisce il compito storico, cioè urgente ed attuale, del dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro.

Abstract

L'esasperata valorizzazione della dimensione individuale caratterizza questa fase di convulsa transizione storica, tanto che da alcuni autori si è attribuito alla «egoicità non disciplinata» il carattere di «forza sociale emergente». Nella dimensione produttiva tale circostanza si traduce, oltre che nella modifica dei sistemi organizzativi di produzione (dalla T-nera di Ford alla T-shirt incolore di Benetton), anche e soprattutto nell'invocata individualizzazione delle relazioni di lavoro e, in modo più sofisticato, nella auspicata riconduzione del diritto del lavoro alle logiche ed alle tecniche proprie del diritto comune dei contratti. L'autore ritiene che la valorizzazione dell'autonomia individuale possa darsi soltanto all'interno di una teoria delle fonti costituzionalmente adeguata, innervata sul principio di sussidiarietà, e possa trovare senso e significato se riletta nella prospettiva del capabilities approach e dunque come parte essenziale di un progetto di "buona società".

The exasperated enhancement of the "individual dimension" marks and characterizes this convulsive and transitional historical stage, so much that some authors attributed to "mineness not disciplined" the character of an "emerging social force". In the corporate dimension this circumstance is reflected not only in the change of the organizational systems of production (from the "Ford T-black" to the colorless Benetton's "T-shirt"), but even and especially in the invoked *individualization* of labor relations and, in a more sophisticated way, in the desired renewal of labor law to the logic and techniques of the common law of contracts (civil law). Author deems that, in the field of labour law, the development of individual autonomy: (a) is possible only within a theory of the sources constitutionally adequate and innervated in the *subsidiarity principle*; (b) finds its meaning and significance if reinterpreted from the point of view of the *capabilities approach* and therefore (c) as an essential part of a project of "good society".

⁷⁰ VECCHIO, *Giustizia sociale, stato, diritti*, WP D'Antona, 2011, n. 120.

⁷¹ ZAGREBELSKI, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

Massimiliano Delfino

Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee*

SOMMARIO: **1.** I contratti collettivi di prossimità e l'attuazione delle norme europee. **2.** I contratti collettivi di prossimità e le deroghe alle norme europee. **3.** I limiti interni alle intese in deroga. **4.** I limiti esterni alle intese in deroga: il caso del lavoro interinale tramite agenzia. **5.** *Segue.* Il caso dell'orario di lavoro. **6.** La questione della legittimazione delle parti sociali coinvolte nella deroga. **7.** L'efficacia soggettiva della contrattazione in deroga fra ordinamento europeo e ordinamento costituzionale italiano.

1. I contratti collettivi di prossimità e l'attuazione delle norme europee

L'approvazione dell'art. 8, d.l. 138/2011 ha suscitato un ampio dibattito dottrinale. Uno dei profili meno indagati è stato quello relativo agli intrecci fra la nuova norma e la dimensione del diritto del lavoro dell'Unione europea, tematica che può essere affrontata da vari punti di vista. La prospettiva prescelta è quella di analizzare se il riconoscimento legale dell'efficacia generale alla contrattazione collettiva (nello specifico a quella di prossimità), che è considerato da sempre un aspetto centrale della fonte negoziale¹, consenta alla medesima fonte di essere adoperata per trasporre e/o derogare alle norme delle direttive europee nell'ordinamento italiano, profili, questi, contigui, ma differenti, peraltro caratterizzati da delicate questioni di carattere politico-istituzionale².

Partendo dall'attuazione delle direttive europee, va sottolineato che l'art. 8 non aggiunge molto alla discussione sull'utilizzo della fonte contrattuale a tal fine, nonostante il riconoscimento dell'efficacia generalizzata al

* Questo contributo è destinato al volume AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore*, in corso di stampa.

¹ V., per tutti, RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, sp. p. 63 ss.

² Sulla questione delle interconnessioni fra deroga alla legge e vincoli dell'ordinamento europeo, in una prospettiva più generale, v. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *RGL*, 2012, p. 521 ss.

contratto collettivo di prossimità, condizione necessaria affinché la fonte contrattuale possa aspirare ad avere un ruolo nell'attuazione dei principi europei.

Va ricordato, infatti, che anche chi si è da più tempo interessato della fonte collettiva al fine di trasporre le norme delle direttive europee³ ha avanzato dubbi sulla possibilità di adoperare i livelli di contrattazione diversi da quello intercategoriale. Al riguardo si è affermato che “la sussistenza di organizzazioni confederali e di un livello centralizzato di contrattazione non può che favorire la praticabilità di una via negoziale alla attuazione delle direttive comunitarie”. Infatti, “sistemi di relazioni industriali imperniati su un livello di negoziazione intercategoriale appaiono senz'altro *meglio attrezzati* rispetto ad altri che privilegiano livelli di negoziazione categoriali, territoriali o aziendali”⁴. Quindi, secondo questo orientamento dottrinale, la contrattazione intercategoriale è da prediligere (anche se non è una via obbligata), mentre gli altri livelli di contrattazione sono considerati meno adatti. Inoltre, i livelli categoriale, territoriale e aziendale sono collocati sul medesimo insoddisfacente piano.

Nondimeno, mi sembra difficile sostenere l'inutilizzabilità almeno della contrattazione nazionale per attuare le direttive, nonostante tale contrattazione darebbe luogo ad una disciplina interna a “macchia di leopardo”⁵, ovvero differenziata a seconda dei vari settori, ma comunque meno variegata di quella eventualmente derivante dai contratti territoriali o aziendali. Questa conclusione è avvalorata da una parte della giurisprudenza della Corte di giustizia che si è occupata del profilo in questione. Esaminando le poche pronunce in materia, infatti, ci si rende conto che un paio di esse affrontano specificamente la possibilità di ricorrere ad un livello diverso da quello intercategoriale per attuare le norme delle direttive. È vero che con una prima sentenza⁶, avente ad oggetto la direttiva 77/187 sul trasferimento d'azienda, la Corte ha contestato non solo l'efficacia limi-

³ LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, 1999, p. 217 ss.; ID., *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in *RGL*, 2000, 1, p. 861 ss.; Sul punto v. già D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 665 ss.

⁴ LO FARO, *op. cit.*, p. 226 e nt. 99 (mio il corsivo).

⁵ V., da ultimo, CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in NAPOLI, FERRANTE, CORTI, OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro*, Vita e pensiero, 2012, p. 56.

⁶ Sentenza 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione c. Italia*.

tata dei contratti collettivi nazionali, mediante i quali l'Italia intendeva trasporre la direttiva, ma anche la circostanza che “detti contratti, per quanto diffusi e significativi ... [potessero] ... essere, riguarda[va]no solo settori economici determinati”⁷. Ma sono anche innegabili le conclusioni cui è giunta un'altra pronuncia⁸, concernente la disciplina dell'accesso ad una professione e le condizioni per il suo esercizio. La Corte di Lussemburgo ha affermato che la disciplina in questione poteva essere prevista anche attraverso un contratto collettivo subnazionale purché le disposizioni di quel contratto fossero “comuni ad altri contratti collettivi conclusi individualmente [nel caso di specie] da altri enti pubblici dello stesso tipo e, inoltre, se le disposizioni di questi contratti deriva[va]no da una politica amministrativa unica definita sul piano nazionale”. Al contrario, “le disposizioni di un contratto collettivo che disciplina solo i rapporti tra datore di lavoro e lavoratori nell'ambito di un solo ente pubblico [ovvero un contratto decentrato o aziendale] non hanno nella maggior parte dei casi un campo di applicazione sufficientemente generale”⁹. Queste ultime affermazioni confermano la possibilità di ricorrere al contratto collettivo nazionale per trasporre le previsioni delle direttive¹⁰, pur fissando limiti al contratto collettivo sub-nazionale in generale, ed escludono, invece, l'utilizzabilità di quello aziendale.

2. I contratti collettivi di prossimità e le deroghe alle norme europee

Altro discorso è chiedersi se il riconoscimento dell'efficacia generalizzata al contratto collettivo di prossimità sia determinante anche nelle ipotesi in cui le normative sovranazionali attribuiscono un potere di deroga alla fonte collettiva.

Si è detto che l'attuazione e la deroga delle norme europee sono due “strumenti” contigui, ma differenti.

⁷ C. Giust. *Commissione c. Italia*, cit., punto 21.

⁸ C. Giust. 8 luglio 1999, C-234-97, *Teresa Fernandez de Bocadilla*.

⁹ C. Giust. *Teresa Fernandez de Bocadilla*, cit., punto 23.

¹⁰ In senso analogo v. C. Giust. 18 settembre 2008, causa C-306/07, *Andersen c. Kommunernes Landsforening*, secondo la quale la direttiva 91/533, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, “non osta ad una normativa nazionale secondo cui un contratto collettivo che garantisce la trasposizione nel diritto nazionale delle disposizioni di tale direttiva è applicabile ad un lavoratore, sebbene quest'ultimo non sia membro di alcuna organizzazione sindacale firmataria di un contratto collettivo siffatto” (n. 30).

La prima diversità, come affermato anche dalla Corte di giustizia, è che le deroghe sono facoltative, in quanto “il diritto dell’Unione non impone agli Stati membri di attuarle nel diritto nazionale”, ma “per poter beneficiare della facoltà prevista [da talune direttive] ... gli Stati membri sono tenuti ad operare la scelta di avvalersene”¹¹.

L’attuazione è obbligatoria ed ha il suo fondamento nelle norme del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, e più precisamente nell’art. 288, par. 4, in quanto conseguenza tipica necessaria dell’adozione delle direttive. Al contrario, le deroghe non hanno il loro fulcro nella fonte primaria del diritto dell’Unione, ma nelle direttive che, di volta in volta, le prevedono¹².

Infine, le deroghe riguardano profili circoscritti delle norme europee, mentre l’attuazione concerne l’insieme delle previsioni della fonte secondaria.

Con riferimento specifico alla deroga da parte della contrattazione collettiva interna, in considerazione delle diversità “strutturali” evidenziate, non pare possibile invocare l’art. 153, par. 3, Tratt. Funz. UE, ovvero sia la norma che “autorizza” a ricorrere all’attuazione mediante la medesima fonte contrattuale. Peraltro, seppure si potesse far rientrare la deroga all’interno della disposizione del Trattato appena menzionata, essa prevede che uno Stato membro “può affidare alle parti sociali ... il compito di mettere in atto le direttive”, ma soltanto “a loro richiesta congiunta”, e non sarebbe questo il caso dell’art. 8, alla cui approvazione, come noto, gli attori sociali non solo non hanno partecipato in alcun modo, ma, anzi, si sono impegnati in maniera sufficientemente chiara a non applicare la medesima norma¹³.

Il mancato “radicamento” del contratto collettivo di prossimità nella previsione del Trattato prima richiamata non esclude un diverso collega-

¹¹ Così C. Giust. 27 ottobre 2010, C-227/09, *Accardo et al.*, punto 51.

¹² Differente è il discorso relativo alla possibilità di adoperare il contratto collettivo di prossimità per derogare alle norme interne attuative delle direttive. In questo caso la deroga non ha un fondamento nelle norme (né primarie né secondarie) del diritto del lavoro dell’Unione europea. Sul punto, v. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell’art. 8 del d.l. 138/2011*, in *RGL*, 2012, p. 499.

¹³ V., a tal proposito, l’intesa applicativa dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011, sottoscritta il 21 settembre del medesimo anno, ancora una volta da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, mediante la quale le parti si impegnano ad attenersi all’Accordo interconfederale precedente, “applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture ... si attengano a quanto concordato” in esso. Pertanto, *a contrario*, le parti si impegnano a non ricorrere alle intese in deroga di cui all’art. 8, d.l. 138/2011.

mento con il diritto dell'Unione europea, anche se tale connessione va ricercata, come anticipato, caso per caso, e cioè nelle disposizioni europee di rango secondario. Come si vedrà in materia di lavoro interinale tramite agenzia e di orario di lavoro, ad autorizzare espressamente la deroga da parte quantomeno della contrattazione collettiva nazionale di categoria (e, con riguardo alla regolamentazione europea del secondo istituto, anche di quella regionale e aziendale) sono proprio alcune norme delle rispettive direttive.

Anche per cercare conferme (o smentite) all'utilizzabilità della contrattazione aziendale al fine di derogare alle norme delle direttive, occorre guardare alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ebbene, proprio una sentenza già richiamata¹⁴ fornisce elementi utili a far chiarezza. Secondo tale pronuncia, quando viene lasciata "agli Stati membri la facoltà di derogare a talune disposizioni di una direttiva, questi sono tenuti ad esercitare il proprio potere discrezionale nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione, tra cui va annoverato il principio della certezza del diritto. A tal fine, le disposizioni che consentono deroghe facoltative ai principi posti da una direttiva devono essere attuate con la precisione e la chiarezza necessarie per poter soddisfare i requisiti derivanti da detto principio"¹⁵. Insomma, quello che chiede la Corte è la certezza del diritto da garantire attraverso la precisione e la chiarezza delle norme interne di deroga. E tale posizione è avvalorata dalla precedente giurisprudenza europea, che nel declinare, appunto, il principio in oggetto, fa riferimento alla conoscibilità per i privati e per i giudici dei diritti e degli obblighi scaturenti dalla normativa derogatoria¹⁶. A tal proposito, il livello di regolazione sembra essere de-

¹⁴ C. Giust. 27 ottobre 2010, C-227/09, *Accardo et al.*

¹⁵ C-227/09, *Accardo et al.*, punto 55. Sul punto v. FERRANTE, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: un primo passo verso l'attuazione dell'art. 39 Cost.?*, in NAPOLI, FERRANTE, CORTI, OCCHINO, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ "I principi della certezza del diritto e della tutela dei privati esigono che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza" (C. Giust. 21 giugno 1988, causa C-257/86, *Commissione c. Italia*, punto 13). E a questi principi fa implicito riferimento anche C. Giust. 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Prigge et al. c. Deutsche Lufthansa AG*, secondo la quale "gli Stati membri, mediante norme di delega", possono autorizzare le parti sociali ad adottare le misure previste dall'art. 2, n. 5, dir. 2000/78 sulle discriminazioni in ragione d'età, anche in deroga alle previsioni legislative, purché le norme di delega siano "sufficientemente precise al fine di garantire che dette misure rispettino i requisiti" previsti dalla medesima direttiva.

cisamente secondario anche perché, sebbene con riguardo a casi non concernenti il diritto del lavoro, non si discute tanto dell'estensione territoriale del provvedimento di deroga (o di attuazione, questo profilo è comune ad entrambe le ipotesi), né dell'omogeneità della regolazione, bensì della natura del provvedimento stesso¹⁷. Insomma, seguendo il percorso tracciato dalla giurisprudenza europea, quel che conta è la conoscibilità delle norme derogatorie. Ciononostante, l'efficacia generalizzata del contratto collettivo territoriale o aziendale, prevista, a determinate condizioni, dall'art. 8, d.l. 138/2011, è necessaria al fine di derogare alle norme europee perché assicura l'uniformità della deroga nel contesto di riferimento, anche in considerazione del fatto che impedisce la compresenza di più contratti collettivi. E un'efficacia di tal genere può contribuire altresì ad una maggiore conoscibilità delle norme contenute nella fonte collettiva.

3. I limiti interni alle intese in deroga

È bene ricordare che l'art. 8 non attribuisce immediata efficacia vincolante a tutti i contratti collettivi territoriali o aziendali, ma soltanto, stando alla lettera della legge, alle *intese specifiche* sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Pertanto, bisogna guardare con attenzione a queste intese anche alla luce della dimensione sovranazionale.

Si deve tenere a mente, poi, che le intese aziendali con efficacia vincolante possono intersecarsi con il livello europeo esclusivamente nelle materie indicate nel comma 2 dell'art. 8, fra le quali ci sono alcuni istituti disciplinati proprio da quel livello: dai contratti a termine ai contratti ad orario ridotto, dalla somministrazione di lavoro (o, meglio, alcuni aspetti della fattispecie) alla disciplina dell'orario di lavoro. Ebbene, è con riguardo a questi ambiti che vanno verificati i margini d'azione della contrattazione

¹⁷ V. C. Giust. 25 settembre 2008, causa C-368/07, *Commissione c. Italia*. Tale sentenza ha ad oggetto la predisposizione di piani di raccolta e gestione dei rifiuti, previsti da un'apposita direttiva, i quali non possono essere sostituiti da ordinanze che anticipano i piani in questione. Peraltro, l'ordinamento europeo non osta a che i piani di raccolta e gestione siano differenziati sul territorio nazionale, perché ciò è previsto, appunto, dalla direttiva che si deve attuare.

collettiva territoriale o aziendale rispetto alle disposizioni sovranazionali, esaminando se le normative europee assegnano spazi ai livelli di contrattazione decentrata. A tal proposito, due esempi, come anticipato, mi paiono comunque significativi, ovvero il lavoro interinale tramite agenzia e l'orario di lavoro, anche perché gli esiti sono differenti.

4. I limiti esterni alle intese in deroga: il caso del lavoro interinale tramite agenzia

Partendo dal lavoro interinale va ricordato che l'art. 5 della direttiva 2008/104 consente di derogare al principio di parità di trattamento attraverso due strade, che ruotano attorno all'efficacia vincolante del contratto collettivo. Per un verso, il paragrafo 3 prevede che “gli Stati membri possono accordare” alle parti sociali “l'opzione di mantenere o concludere contratti collettivi che ... possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale, diverse da quelle di cui al paragrafo 1”¹⁸. Per un altro verso, “gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore ... possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1” (così paragrafo 4). Fino ad ora era escluso che l'Italia potesse percorrere la prima strada in considerazione del fatto che non possedeva un sistema legislativo in grado di dichiarare i contratti collettivi universalmente applicabili (e, di fatto, non lo possiede nemmeno oggi, almeno non in via generale). Tuttavia, ci si chiede cosa accada con l'approvazione dell'art. 8, d.l. 138/2011¹⁹. Le opzioni interpretative sono due.

Da un lato, si potrebbe dire che il riferimento esplicito ad “un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali con-

¹⁸ Il paragrafo 1 dell'art. 5, dir. 2008/104 dispone che “per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgerli il medesimo lavoro”.

¹⁹ Su art. 8 e somministrazione di lavoro, v. ZILIO GRANDI, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsos, 2012, p. 449 ss.

tratti *a tutte le imprese simili in un determinato settore*²⁰ farebbe pensare che la deroga è consentita soltanto ai contratti collettivi *nazionali* con efficacia generalizzata, escludendo quindi la possibilità di ricorrere alla intese di cui all'art. 8.

Dall'altro lato, il generico riferimento all'“opzione di mantenere o concludere contratti collettivi”, senza specificazione del livello, renderebbe legittimo il ricorso anche alla contrattazione aziendale per derogare al principio di parità di trattamento. Pur volendo aderire a questa seconda interpretazione, però, c'è un limite per la contrattazione collettiva aziendale, in quanto, per esercitare il potere di deroga, è necessario “transitare” attraverso i confini previsti dalla legislazione italiana, ovvero dall'art. 8, d.l. 138. E, a tal proposito, vanno attentamente considerate non tanto le finalità per raggiungere le quali è possibile sottoscrivere intese in deroga, che abbiano un'efficacia universale – finalità per la verità molto ampie – quanto le materie che possono essere oggetto di queste intese. Va ricordato, infatti, che, secondo l'art. 8, co. 2, fra quelle materie non rientra la fattispecie del lavoro tramite agenzia in generale (come accade invece per i contratti a termine e per il *part-time*, facilmente riconducibile ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile), né tanto meno la parità di trattamento dei lavoratori somministrati, ma “i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro”. Per questo motivo, non mi pare sia possibile ricorrere ad accordi collettivi in deroga al principio di parità di trattamento di cui all'art. 5, dir. 2008/104 e ciò dipende più dalla formulazione delle norme interne che da quella delle disposizioni europee.

5. Segue. *Il caso dell'orario di lavoro*

Considerazioni soltanto in parte analoghe possono essere fatte con riguardo alla disciplina dell'orario di lavoro. Anche in questa circostanza la direttiva in materia (la 2003/88/CE) prevede l'intervento derogatorio della contrattazione collettiva rispetto alle previsioni in tema di riposo giornaliero (art. 3), pausa (art. 4), riposo settimanale (art. 5), durata del lavoro notturno (art. 8), oltre alla disposizione in materia di periodi di riferimento (ovvero i periodi per l'applicazione dei riposi settimanali, della durata massima dell'orario, delle ferie ecc., v. art. 16). La norma che occorre richiamare è l'art. 18, par. 1, della direttiva del 2003, secondo il quale, nelle materie appena indi-

²⁰ Mio il corsivo.

cate, “si può derogare ... mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali *a livello nazionale o regionale 10, conformemente alle regole fissate da dette parti sociali, mediante contratti collettivi o accordi conclusi ... ad un livello inferiore*”²¹. Pertanto, quest’ultima previsione assegna alla contrattazione collettiva di livello nazionale o regionale il compito di derogare direttamente (e qui sono evidenti gli intrecci con il contratto collettivo territoriale di cui alla norma del decreto del 2011) oppure “autorizzare” la contrattazione di livello inferiore ad effettuare la deroga, compito che non è previsto dall’art. 8 del decreto 138. Al contrario, l’art. 18, par. 2, dir. 2003/88 sembra riferirsi appieno alla normativa interna in oggetto quando afferma che “gli Stati membri ... possono, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, consentire deroghe ... mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali *ad un livello contrattuale adeguato*”²². Inoltre, l’art. 18, par. 3, dispone che le deroghe sono consentite “soltanto a condizione che ai lavoratori interessati siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo”²³. E tali periodi devono essere evidentemente previsti dalla medesima fonte collettiva derogante, che non può non avere un’efficacia generale, proprio in considerazione del riconoscimento di un trattamento sostitutivo rispetto a quello contemplato dalla disciplina europea.

In aggiunta, fermo restando che è lo Stato membro a decidere il quadro normativo di riferimento, un contratto collettivo territoriale o aziendale derogatorio dei profili dell’orario di lavoro prima indicati potrebbe essere legittimo *ex art. 8, d.l. 138/2011*, perché, a differenza che per il lavoro tramite agenzia, tali profili rientrano in una delle materie previste dalla norma nazionale, ovvero la “disciplina dell’orario di lavoro”. Ovviamente, tutto ciò può essere realizzato sempre rispettando le finalità previste dal legislatore del 2011.

Con riferimento alla disciplina europea dell’orario, non si può dimenticare che la direttiva 2003/88 lascia spazi alla contrattazione collettiva interna anche per quanto riguarda altri profili della disciplina e, in particolare, della regolamentazione del lavoro notturno. In particolare, l’art. 2 dispone che la definizione della porzione di orario di lavoro che può essere svolta nel periodo notturno spetta alle legislazioni nazionali, previa consul-

²¹ Mio il corsivo.

²² Mio il corsivo.

²³ V. MATTAROLO, *Disciplina dell’orario di lavoro* e RUSSO A., *Intervento*, entrambi in CARINCI F., *Contrattazione in deroga*, cit., rispettivamente, pp. 401 e 489 ss.

tazione delle parti sociali, oppure ai contratti collettivi conclusi fra le parti sociali a *livello nazionale o regionale*²⁴. In questo caso, però, c'è un margine d'azione per la contrattazione collettiva differente rispetto a quello prima analizzato, in quanto la previsione della direttiva fa rinvio al livello regionale di contrattazione (che è l'unico dei due livelli indicati ad essere regolamentato dall'art. 8, d.l. 138/2011) non al fine di derogare alla normativa europea, ma di attuare un profilo della regolamentazione dell'istituto.

6. *La questione della legittimazione delle parti sociali coinvolte nella deroga*

C'è un'altra questione della quale è opportuno occuparsi a proposito della possibilità di deroghe contrattuali alle norme delle direttive, che si interseca nuovamente con l'attuazione delle norme europee mediante contrattazione collettiva. Con riguardo a questa tematica, infatti, si deve a Mario Rusciano l'osservazione secondo la quale, al di là di ogni questione tecnica, "rimane il problema politico-istituzionale della legittimazione delle parti sociali coinvolte in tale pratica: quanto più si 'slega' il processo traspositivo dall'intervento dei pubblici poteri, tanto più serio si fa il problema del fondamento 'democratico' dell'azione sindacale"²⁵. In altre parole, se alle parti sociali si affida il compito di sottoscrivere contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, al fine di attuare le direttive europee, è quantomeno opportuno un serio accertamento dell'effettiva rappresentatività di quegli attori. Ed ancora una volta la Corte di giustizia sembra svolgere un ruolo importante, fornendo utili spunti di riflessione in merito all'opportunità messa in evidenza quando precisa che, pure nel caso in cui si scelga l'attuazione tramite contrattazione collettiva, gli Stati membri non sono affatto esonerati "dall'obbligo di garantire che tutti i lavoratori della Comunità possano fruire della tutela stabilita dalla direttiva. La garanzia statale deve quindi intervenire in tutti i casi in cui manchi un'altra tutela effettiva"²⁶. E affinché "un'altra tutela" sia realmente effettiva, l'ordinamento richiede anzitutto l'efficacia generalizzata del contratto collettivo e, in ultima analisi, l'"assimilazione" della fonte contrattuale a quella legale. Per rendere più

²⁴ Sul punto, v. MATTAROLO, *L'orario di lavoro*, in MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo 1, *Contratto e rapporto di lavoro*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, p. 705 ss. Mio il corsivo.

²⁵ RUSCIANO, *Contratto collettivo*, cit., p. 216.

²⁶ Causa C-235/84, *Commissione c. Italia*, cit. punto 20.

completa tale “assimilazione” occorre porsi anche il problema politico-istituzionale, appunto, della legittimazione democratica delle parti sindacali che concludono quel contratto.

Analoga questione si presenta con riguardo alle deroghe alle norme delle direttive attraverso la contrattazione collettiva, pur se in maniera ridimensionata, poiché, come detto più volte, le deroghe concernono aspetti limitati della regolamentazione europea. L’attenzione al profilo della legittimazione democratica è accresciuta dal fatto che l’art. 8, d.l. 138/2011 autorizza a stipulare contratti collettivi con efficacia generalizzata anche in deroga alla legge, senza necessità di un passaggio parlamentare ovvero di un provvedimento statutale di natura legislativa che sancisca l’estensione degli effetti della contrattazione traspositiva o derogatoria.

Per dare una risposta alla domanda se le intese in deroga previste dall’art. 8 siano in grado di soddisfare il fondamento democratico dell’azione sindacale, occorre tornare alla lettera della norma. Ebbene l’art. 8, co. 1, disciplina i contratti collettivi aziendali o territoriali, che possono essere sottoscritti “da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011”, nell’ambito dei quali possono essere realizzate specifiche intese, che hanno efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, purché siano “sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”. È chiaro che qui preme accertare l’effettiva rappresentatività degli attori che sottoscrivono le intese in deroga. Se tali intese vengono raggiunte nell’ambito di contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, esse, di per sé, non hanno un effettivo fondamento democratico – a meno che non si acceda alla tesi secondo la quale tali contratti necessitano dell’ulteriore sottoscrizione recettiva da parte degli organismi di rappresentanza sindacale in azienda operanti secondo un principio maggioritario²⁷ –, perché la nozione di sinda-

²⁷ Secondo un’autrice, “le specifiche intese necessitano anche dell’ulteriore condizione di una loro sottoscrizione ... da parte delle rappresentanze sindacali operanti in azienda secondo un criterio maggioritario”: così GALANTINO, *L’art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F., *Contrattazione in deroga*, cit., p. 252. V. già CARINCI F., *Al capozzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in ID., *Contrattazione in deroga*, cit., p. 23 ss.

cato comparativamente più rappresentativo, introdotta notoriamente ad altri fini²⁸, è di fatto fondata su indici presuntivi. Se invece le intese sono riconducibili a contratti le cui parti sono Rsa o Rsu, il fondamento democratico è garantito se viene applicato il criterio maggioritario cui fa riferimento la lettera della legge.

Sul significato da attribuire a tale criterio in questo contesto, in dottrina si confrontano vari orientamenti. Secondo un primo gruppo di autori²⁹, nel silenzio del legislatore, ci sarebbe un rinvio tacito all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011; secondo altri³⁰, la formulazione della legge consente alle parti di stabilire autonomamente il criterio maggioritario. C'è poi chi³¹ specifica che tali organismi devono esprimersi a maggioranza: le Rsu dei componenti, le Rsa del numero delle medesime esistenti in azienda.

Se si vuole soddisfare l'esigenza auspicata dal diritto dell'Unione europea, per tentare di risolvere il problema del fondamento democratico dell'azione contrattuale in deroga a norme delle direttive, occorre prediligere l'interpretazione che sia in grado di assicurare al meglio tale fondamento, attraverso la partecipazione più ampia dei lavoratori interessati. Per questo motivo, non mi pare possibile ricorrere a quanto previsto dall'accordo interconfederale del 2011, che, nell'ottica prescelta, è molto soddisfacente nel caso in cui l'intesa in deroga sia contenuta in un contratto collettivo stipulato da Rsa o Rsu, meno quando il contratto sia sottoscritto dai sindacati esterni, a meno che non si voglia accedere alla tesi precedentemente riportata della sottoscrizione recettiva da parte degli organismi sindacali in azienda. Nella prima circostanza, infatti, l'accordo interconfederale dà per scontato che le Rsu, organismi eletti a suffragio universale, debbano

²⁸ Ovvero per garantire l'unicità del contratto collettivo, soprattutto di livello nazionale o territoriale. V., *ex multis*, ZOPPOLI A., *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro flessibili*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006, p. 326.

²⁹ MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138*; MARAZZA, *Prime riflessioni tecniche sull'art. 8 della manovra*; DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011*, tutti in www.cuorecritica.it, Bollettino 15 settembre 2011; CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit.

³⁰ PERULLI, SPEZIALE, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F., *Contrattazione in deroga*, cit., p. 200 ss.

³¹ GALANTINO, *op. cit.*, p. 257.

necessariamente decidere a maggioranza, mentre dedica maggiore attenzione alla più delicata questione delle Rsa quali parti stipulanti. Qui appare una garanzia di democraticità quanto previsto, ancora una volta, dall'accordo interconfederale: il punto 5 prevede non solo che le Rsa debbano decidere sul contratto collettivo in base alla maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali, ma anche che i contratti collettivi devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dai medesimi organismi di rappresentanza sindacali aziendali. Al contrario, l'AI appare meno soddisfacente quando si riferisce ai contratti collettivi aziendali stipulati dai sindacati esterni, perché si tratta di una previsione antecedente all'approvazione dell'art. 8, d.l. 138/2011 e pensata per le parti economiche e normative delle fonti collettive.

Pertanto, a meno che non si voglia sostenere il rinvio tacito ad una parte soltanto dell'AI, l'ordinamento dell'Unione europea sembra preferire un criterio maggioritario diverso in grado di adattarsi ad ogni soggetto stipulante il contratto collettivo territoriale o aziendale che contiene le specifiche intese in deroga. E lo strumento più efficace per rispettare il criterio in oggetto, e garantire appieno l'"effetto europeo" della deroga, potrebbe essere il referendum indetto fra tutti i lavoratori dell'azienda³², che ratificherebbe l'intesa in deroga se approvato dalla maggioranza almeno dei partecipanti alla consultazione. Tuttavia, il ricorso a questa soluzione, da un lato, non è automatico, in quanto richiede l'espressa previsione di un meccanismo di tal genere da parte degli attori sociali; dall'altro, sembra trovare un ostacolo nella lettera della legge che riferisce il criterio maggioritario alle rappresentanze sindacali e non ai soggetti rappresentati³³.

³² Sul punto, v. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale A.i.d.l.a.s.s., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Pisa 7 e 8 giugno 2012, dattiloscritto, pp. 31-32 e 35-36. Questo autore equipara lo strumento referendario alla possibilità di partecipare alla scelta dei soggetti rappresentativi, ovvero al ricorso a meccanismi elettivi cui partecipino anche i non iscritti. Tuttavia, secondo questa ricostruzione, "il ricorso allo strumento referendario diviene ineludibile allorché manchi il ricorso alla democrazia rappresentativa" (p. 31). Favorevole al ricorso al referendum è anche ALLEVA, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *RGL*, 2011, p. 634. Più critico ANGIOLINI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *RGL*, 2011, pp. 678-679.

³³ In merito, v. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in PUTATURO DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Esi, 2012, pp. 53-56; PESSI R., *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *DRI*, 2012, p. 60.

7. *L'efficacia soggettiva della contrattazione in deroga fra ordinamento europeo e ordinamento costituzionale italiano*

Quanto sostenuto fin qui consente di fare alcune rapide considerazioni finali con riguardo al rapporto fra ordinamento europeo e ordinamento italiano, oltre a fornire una prospettiva interpretativa diversa rispetto a quella solitamente utilizzata dell'obbligo del rispetto dei "vincoli derivanti dalle normative comunitarie", contenuto nel co. 2-*bis* dell'art. 8, d.l. 138/2011³⁴. Gli esempi richiamati sono emblematici del fatto che le intese collettive in deroga possono anche essere inserite entro la cornice delle direttive che disciplinano i vari istituti. E all'interno di quella cornice il meccanismo di cui all'art. 8 consente di "attivare" nel nostro Paese le deroghe alla contrattazione collettiva previste dalla normativa europea, deroghe che in entrambi i casi prima riportati richiedono, direttamente o indirettamente, proprio l'efficacia generalizzata del contratto collettivo.

Tali deroghe possono però essere esercitate entro i limiti stabiliti dalla legge nazionale, ovvero dall'art. 8, in quanto spetta allo Stato membro, che, come l'Italia, non ha un contratto collettivo universalmente applicabile, decidere *an* e *quomodo* dell'attribuzione di un'efficacia del genere alla fonte collettiva per le ipotesi di deroga previste dalla normativa europea. Inoltre, in un'ottica pluriordinamentale, l'art. 8, d.l. 138/2011, nelle ipotesi in cui attribuisce efficacia generalizzata alle intese in deroga alla normativa europea, potrebbe essere comunque al riparo dal rischio di incostituzionalità rispetto all'art. 39, seconda parte, della Costituzione³⁵, o, meglio, di quelle previsioni della norma che sono regole e non principi, distinzione che, anche da questo punto di vista, è di particolare importanza. A tal proposito, va ripresa la ricostruzione dottrinale già rammentata³⁶, che legittima, per l'ordinamento italiano, la possibilità di riconoscere l'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi attuativi delle direttive europee, e che può essere riferita pure ai contratti in deroga analizzati nel caso di specie, perché anche tali intese hanno

³⁴ Sugli intrecci fra art. 8 e diritto del lavoro dell'Unione europea, v. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.D.S.L.E. "Massimo D'Antona", n. 134/2011, e in DRI, 2011, p. 1061 ss.

³⁵ Sul punto, v., da ultimo, LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di "contrattazione collettiva di prossimità"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 157/2012, p. 29 ss.

³⁶ Proposta da Massimo D'Antona (*op. cit.*) e sviluppata da Antonio Lo Faro (*Funzioni e finzioni, cit e Europei, comunitari e comunitarizzati, cit.*).

un loro “radicamento” nel diritto dell’Unione europea, sebbene differente rispetto a quello dei contratti collettivi attuativi. In questa prospettiva, grazie alla primazia del diritto sovranazionale, la legge che riconosce l’efficacia generalizzata prevarrebbe sulle norme interne, anche di rango primario, purché, appunto, non siano principi costituzionali. Al contrario, per la medesima ragione, nemmeno nella prospettiva del rapporto fra ordinamenti, sarebbe superabile la (presunta) incostituzionalità dell’art. 8, d.l. 138/2011, rispetto all’art. 39, co. 1, Cost.

Ovviamente, la costituzionalità dell’art. 8, almeno con riferimento alla seconda parte dell’art. 39 Cost., sarebbe preservata soltanto nel caso in cui le intese fondate su quella previsione interna siano espressamente autorizzate alla deroga da specifiche norme delle direttive. Diversa è l’ipotesi in cui la contrattazione aziendale di prossimità deroghi alle normative nazionali traspositive delle direttive europee, naturalmente nelle materie previste dall’art. 8, co. 2. In questa circostanza, infatti, la contrattazione collettiva interna non riceve una particolare “investitura” da parte dell’ordinamento dell’Unione europea, cosicché le deroghe sono legittime, ma non si innescano alcun meccanismo di salvaguardia dell’art. 8 rispetto alla previsione costituzionale prima richiamata. E la disciplina dell’orario di lavoro è ancora una volta paradigmatica, nel senso che nell’ipotesi prima menzionata di deroga alla direttiva, l’intervento della contrattazione collettiva previsto dall’art. 8 potrebbe essere al riparo dal profilo di incostituzionalità relativo alla seconda parte dell’art. 39, mentre rimarrebbero inalterati tutti i dubbi di incostituzionalità per contrasto con l’art. 39, seconda parte, se la medesima fonte contrattuale dovesse intervenire su profili dell’orario, in deroga alla normativa interna di trasposizione, ma non direttamente alla direttiva. Ed ovviamente rimangono immutati i dubbi di contrasto con altre norme della Carta costituzionale che contengono principi³⁷.

³⁷ Il riferimento è a RUSCIANO, *L’art. 8 è contro la Costituzione*, in www.eguaglianzaelberta.it, 2011, che ipotizza il contrasto dell’art. 8 pure con altri principi costituzionali, in quanto “la contrattazione nazionale di categoria, ove vengono fissati i minimi di trattamento economico e normativo dei lavoratori di una determinata categoria professionale, è uno strumento costituzionalizzato dall’art. 39 – quindi non disponibile dal legislatore ordinario – volto a garantire l’eguaglianza sostanziale, sancita all’art. 3 della Carta: non solo tra i lavoratori di una stessa categoria, ma anche ... tra le imprese di uno stesso settore”.

Abstract

Nel contributo l'A. si chiede se il riconoscimento legale dell'efficacia generale alla contrattazione collettiva di prossimità, prevista, a determinate condizioni, dall'art. 8, d.l. 138/2011, consente alla medesima fonte di essere adoperata per trasporre e/o derogare alle norme delle direttive europee nell'ordinamento italiano. La ricostruzione proposta esclude la possibilità di utilizzare il livello aziendale di contrattazione per trasporre le direttive europee, mentre quello territoriale è sottoposto ad alcuni vincoli derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Con riferimento alla deroga, quel che conta non è tanto l'estensione territoriale del provvedimento, bensì l'uniformità e la conoscibilità della deroga nel contesto di riferimento, assicurate anche dall'efficacia generalizzata del contratto collettivo territoriale o aziendale. Il saggio si conclude con l'analisi delle questioni del fondamento democratico dell'azione sindacale delle parti stipulanti e della legittimità costituzionale dell'art. 8, d.l. 138/2011, nel caso in cui la contrattazione collettiva sia traspositiva o in deroga alle norme europee.

The article deals with the problem of whether the universal applicability of the "prossimità" collective bargaining, provided for, under some conditions, by Article 8, d.l. 138/2011, allows the collective bargaining to be used in order to transpose and/or derogate to the provisions of the European directives in the Italian legal system. The idea is that the firm-level collective bargaining cannot be used for transposition purposes, while the territorial collective bargaining can be, even if under some encumbrances coming from the European Court of Justice case law. As far as the derogation is concerned, the level of collective bargaining is not as important as the uniformity and knowledge of the derogation itself, guaranteed also by the universal applicability of territorial and firm-level collective agreements. The contribution is concluded by the analysis of the issues of the democratic foundation of union action of the negotiating parties and of the constitutional legitimacy of Article 8, d.l. 138/2011, whenever the examined collective bargaining is used.

Ombretta Dessì

Federalismo, formazione professionale e contratto di mestiere: è davvero una “storia finita”?

SOMMARIO: **1.** L’oggetto dell’indagine. **2.** La formazione nel contratto di mestiere. **3.** Formazione “professionalizzante” e offerta formativa pubblica. **4.** Il rilievo della formazione “professionalizzante” nel sinallagma. **5.** La formazione “professionalizzante” in rapporto alla nozione generale di formazione professionale. **6.** Formazione “professionalizzante” e ordinamento civile. **7.** La competenza legislativa dello Stato e delle Regioni. **8.** Il ruolo dell’autonomia collettiva. **9.** I principi giuridici di regolazione della ripartizione di competenze.

1. *L’oggetto dell’indagine*

L’interesse per la questione della ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni e di quelle normative tra tali attori istituzionali e le parti sociali sulla disciplina della formazione in apprendistato professionalizzante trova la sua ragion d’essere nell’entrata in vigore del d.lgs. 14 settembre 2011 n. 167¹. Non paiono, invece, rilevare, sotto tale punto di vista, le modifiche introdotte dall’art. 1, co. 16, lett. d), legge 28 giugno 2012 n. 92, che agguinge i commi 3-*bis* e 3-*ter*, all’art. 2, d.lgs. 167/11².

¹ Il testo unico sull’apprendistato attua la delega di cui all’art. 46, co. 1, lett. b), legge 4 novembre 2010 n. 183 (cfr. GAROFALO D., *Il riordino della disciplina dell’apprendistato al secondo appello*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010, Commentario alla legge n. 183/2010*, Ipsoa, 2011, p. 517 ss.), riaprendo i termini per l’esercizio di quelle previste dall’art. 1, co. 30, lett. c), e co. 33, legge 24 dicembre 2007 n. 247 (cfr. GAROFALO D., *Il riordino della disciplina dell’apprendistato*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2008, Commentario alla legge n. 247/2007*, Ipsoa, 2008, p. 47 ss.).

² La l. 92/12 modifica la disciplina dell’apprendistato, contenuta nel d.lgs. 167/11, da un lato, per mezzo di interventi che interessano trasversalmente tutte le tipologie e, dall’altro, di interventi legati alla specifica disciplina del contratto di mestiere.

La stabilizzazione “legale”, prevista dall’art. 2, co. 3-*bis*, d.lgs. 167/11, si applica ai soli ai datori di lavoro con almeno 10 dipendenti, mentre quella “contrattuale”, introdotta dall’art. 2, co. 1, lett. i), d.lgs. 167/11, è priva di limitazioni in funzione dell’organico aziendale. Pertanto, nei casi in cui la prima non trovi spazio, andrà rispettato il limite individuato dalla

La novella del 2011 ha abrogato gli artt. 47-55 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (e successive modifiche) e regolamentato *ex novo* l'istituto, denominato anche "contratto di mestiere" (art. 4, co. 1, d.lgs. 167/11). In tale contesto la formazione è modellata diversamente rispetto al passato³, spe-

contrattazione collettiva, il cui superamento determinerà comunque la "trasformazione" dell'apprendistato in un "normale" rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Nonostante spetti alla contrattazione collettiva l'individuazione del limite alle assunzioni, si tratta pur sempre di un vincolo legale all'instaurazione del contratto di apprendistato, in quanto sancito dalla legge.

Sul punto, cfr. CARINCI F., *E tu lavorerai come apprendista (l'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, *Quad. ADL*, Cedam, 2012, p. 76 ss.; MASSI, *Il nuovo apprendistato dopo la riforma del mercato del lavoro e gli accordi della contrattazione collettiva*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro, tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, p. 81 ss.; TIRABOSCHI, *Apprendistato, tirocini, contratto di inserimento*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, pp. 116-123.

³ L'annoso dibattito è sorto, per la prima volta, a seguito dell'introduzione dell'art. 49, co. 5-bis, d.lgs. 276/03, da parte dell'art. 13, co. 13-bis, d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 (al riguardo, cfr. DELFINO, *Rapporti di lavoro, finalità formative e legislazione regionale*, in *LD*, 2007, p. 93 ss.; ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *LD*, 2007, p. 175 ss.; ZOPPOLI L., *Apprendistato e multi-level regulation*, in *DRI*, 2007, p. 98 ss.; D'ONGHIA, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto di inserimento*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 381 ss.; GARATTONI, *Misure per il sostegno all'inserimento dei lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratti di apprendistato*, in *LD*, 2006, p. 311 ss.; ZOPPOLI L., *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: i recenti sviluppi (o viluppi?)*, in questa rivista, 2006, p. 193 ss.; GAROFALO D., *L'apprendistato tra sussidiarietà orizzontale e verticale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2005, n. 14, in www.lex.unict.it; NOVELLA, VALLAURI, *Apprendistato professionalizzante: alcune questioni aperte*, in *DPL*, 2005, p. 2526 ss.; ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 515 ss.).

La stessa questione si è riproposta, in termini parzialmente distinti, con l'inserimento dell'art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03 ad opera dell'art. 23, co. 2, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133 (cfr. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *RIDL*, 2009, 1, p. 379 ss.; CARUSO, COMANDÈ, *Modelli di regolazione giuridica, fonti e sistema delle competenze sulla formazione*, in *QR*, 2008, p. 737 ss.; COMANDÈ, *Il diritto del lavoro al "plurale". Regimi e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante*, in *DRI*, 2008, p. 997 ss.; D'AGOSTINO, *Il rilancio degli enti bilaterali e la riforma dell'apprendistato professionalizzante*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2008, n. 8, p. 6 ss., in www.adapt.it; LOY, *Un apprendistato in cerca d'autore*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, 2008, p. 275 ss.; TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *DRI*, 2008, p. 1051 ss.).

cialmente sul piano dell'individuazione della potestà legislativa legittimata a disciplinarla.

Il problema si pone per la formazione “professionalizzante”, per la cui regolamentazione dettagliata la legge statale rinvia all'autonomia collettiva (art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11). Non si estende, invece, all'offerta formativa pubblica, la cui disciplina è riconosciuta come spettante alle Regioni (art. 4, co. 3, d.lgs. 167/11).

Appare, dunque, ragionevole domandarsi se vi sia un intreccio di competenze tra lo Stato, le Regioni e le parti sociali, analogo a quello che sussisteva sotto la vigenza del d.lgs. 276/03, o se si debba accettare che la disciplina della formazione “professionalizzante” sia deputata alla legislazione statale.

2. La formazione nel contratto di mestiere

La tematica prospettata non è stata presa in considerazione, dalla dottrina che si è occupata del contratto di mestiere, con la stessa attenzione con la quale è stata trattata prima dell'entrata in vigore della novella del 2011.

Secondo l'orientamento più diffuso, la disciplina della formazione “professionalizzante” spetta alla legislazione statale esclusiva, che la rinvia all'autonomia collettiva⁴ (art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11).

La conclusione è giustificata dal fatto che la fattispecie arricchisce il sinallagma ed è attratta nell'orbita dell'ordinamento civile, in nome “dell'indivisibilità dei valori della dignità, dell'uguaglianza e della solidarietà sociale”⁵.

Nel suo insieme il dibattito ha prodotto un contenzioso costituzionale notevole, come si desume da talune pronunce della Consulta, risalenti al periodo compreso tra il 2003 e il 2010: C. Cost. 28 gennaio 2005 n. 50, in *RIDL*, 2005, II, p. 511 ss., con nota di ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del regionalismo*; C. Cost. 28 gennaio 2005 n. 51, in *DRI*, 2005, p. 821 ss., con nota di SCAGLIARINI; C. Cost. 19 dicembre 2006 n. 425, in *FI*, 2007, I, c. 1035; C. Cost. 2 febbraio 2007 n. 21, in *RGL*, 2007, II, p. 383 ss., con nota di DE SALVIA, *La legislazione regionale sull'apprendistato professionalizzante ancora al vaglio della Corte Costituzionale*; C. Cost. 14 maggio 2010 n. 176, in *RIDL*, 2010, II, p. 1070 ss., con nota di BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante: la reale collaborazione impossibile (per ora)*.

⁴ L'opinione è sostenuta da GAROFALO D., *Artt. 2130-2134. Del tirocinio (o apprendistato)*, in corso di pubblicazione in VALLEBONA (a cura di), *Del lavoro*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Utet, 2013, p. 1 ss.; D'ONGHIA, *Il testo unico sull'apprendistato*, in *RGL*, 2012, I, pp. 217 ss. e 228; RUSCONI, *Il nuovo testo unico in materia di apprendistato*, in *NI*, 2011, n. 54, p. 5 ss.; VARESI, *Il Testo Unico dell'apprendistato: profili formativi*, in *DRI*, 2011, pp. 1020-1021.

⁵ CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 84.

La posizione assunta dai fautori della tesi centralistica non sorprende, in primo luogo alla luce dell'Intesa del 27 ottobre 2010⁶, con la quale le parti firmatarie si sono proposte di chiudere il conflitto "costituzionale" tra Stato e Regioni protrattosi per quasi un decennio⁷.

Un altro aspetto favorevole consiste nel fatto che le Regioni che hanno adattato la normativa sull'apprendistato "professionalizzante" alla novella del 2011, in linea con quanto sancito dall'Intesa, hanno rispettato le previsioni dell'art. 4, co. 2 e 3, d.lgs. 167/11⁸.

I fautori della tesi centralistica hanno tenuto conto anche dell'adeguamento di alcuni contratti collettivi, rinnovati di recente, alle novità del d.lgs. 167/11⁹.

Inoltre, le principali caratteristiche della formazione "professionalizzante" sono state interpretate indirettamente nel senso della corrispondenza dell'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 all'art. 117, co. 4, Cost. L'obiettivo di assicurare all'apprendista l'ingresso nel mondo del lavoro (art. 4, co. 1, d.lgs. 167/11), mediante l'acquisizione di una qualificazione professionale avente fini contrattuali¹⁰, ha contribuito a tale conclusione. Lo stesso rilievo è stato

⁶ L'Intesa del 27 ottobre 2010 tra Governo, Regioni, Province autonome di Trento e Bolzano e parti sociali è stata anticipata da quella del 17 febbraio 2010, contenente le Linee guida sulla formazione professionale per l'anno 2010.

⁷ Le ragioni dell'obiettivo del d.lgs. 167/11 di "stabilire la pace" tra lo Stato, le Regioni e le parti sociali sono spiegate da GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 12.

⁸ Per quanto concerne i testi dei recentissimi interventi delle Regioni che hanno provveduto in tal senso (Abruzzo, Campania, Lazio, Puglia, Piemonte – al riguardo si veda VIOTTI, *L'apprendistato in Piemonte: risultati e prospettive*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2012, n. 5, in *www.adapt.it* – e Valle d'Aosta), cfr. *Boll. Speciale Adapt*, 2012, n. 13, in *www.adapt.it*. Il Veneto ha optato per una direttiva sulla formazione degli apprendisti assunti con contratto di mestiere (cfr. *www.fareapprendistato.it*).

Riguardo alle altre Regioni, il regime transitorio è destinato a durare solo sei mesi (art. 7, co. 7, d.lgs. 167/11), per cui non hanno molto tempo per modificare la regolamentazione vigente o per sostituirla integralmente. Secondo una parte della dottrina il termine dovrebbe essere pari ad almeno diciotto mesi (cfr. VARESI, *op. cit.*, p. 1020; GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 6).

⁹ Circa i contratti collettivi di livello nazionale che sono stati adattati alla nuova disciplina prevista dal d.lgs. n. 167/11, cfr. CARMINATI, *L'attuazione della riforma dell'apprendistato nella contrattazione collettiva*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2012, n. 13, in *www.adapt.it*.

¹⁰ Cfr. il parere favorevole al testo unico della XI Commissione permanente del Senato (atto del Governo n. 385), 16^a Legislatura, 11^a Commissione permanente, 27 luglio 2011, in *www.fareapprendistato.it*. Cfr. anche il parere favorevole al testo unico della XI Commissione permanente della Camera dei Deputati (atto del Governo n. 385), 16^a Legislatura, 11^a Commissione permanente, 27 luglio 2011, in *www.fareapprendistato.it*.

assunto dalla sua natura di formazione endoaziendale e *on the job*¹¹, poiché le competenze tecnico-professionali e specialistiche possono essere apprese solo facendo pratica sul luogo di lavoro. Infine, un ruolo importante ha avuto il suo “sganciamento” dal sistema d’istruzione e formazione¹², desumibile dalla netta distinzione tra il riconoscimento della qualificazione professionale (art. 6, co. 2, d.lgs. 167/11) e quello delle competenze acquisite ai fini del proseguimento degli studi e dei percorsi di istruzione degli adulti¹³ (art. 6, co. 1, d.lgs. 167/11), dall’attribuzione al datore di lavoro del compito di provvedere alla registrazione della qualifica professionale nel libretto del cittadino (art. 6, co. 2, d.lgs. 167/11) e dalla creazione del repertorio delle professioni, diretto ad armonizzare le qualifiche professionali acquisite dall’apprendista e a favorire la correlazione tra gli standard formativi e quelli professionali¹⁴ (art. 6, co. 3, d.lgs. 167/11).

Ciononostante, si ritiene che un problema sulla ripartizione delle competenze della legislazione statale, di quella regionale e dell’autonomia collettiva in materia esista e che sia diverso da quello che è emerso sotto la vigenza degli artt. 47 ss., d.lgs. 276/03. La logica della tesi centralistica sembra presentare alcune “zone d’ombra”, consistenti nella distinzione tra l’offerta formativa pubblica e la formazione “professionalizzante”, nel ruolo di quest’ultima sul piano del sinallagma, nella sua relazione con la nozione “costituzionale” di formazione professionale e nella sua inclusione nella voce “ordinamento civile”. L’impressione è che tali requisiti determinino “un margine di incertezza in merito alla possibile tenuta costituzionale di questa disciplina”¹⁵, specialmente per quanto concerne il ruolo della legislazione regionale in sede di disciplina della formazione “professionalizzante”.

¹¹ Nello stesso senso GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 39.

¹² Lo sganciamento è in contrasto con le conclusioni del Consiglio dell’Unione europea, che mette in evidenza la centralità dell’apprendistato nel sistema di istruzione e formazione professionale (Conclusioni del Consiglio sul ruolo dell’istruzione e della formazione nell’attuazione della strategia *Europa 2020*, 2011/C, 70/01, in www.eur-lex.europa.eu).

¹³ Sul punto cfr. GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 19.

¹⁴ Nonostante le innegabili somiglianze, la fattispecie non può essere equiparata a quella richiamata dall’ormai abrogato art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03, perché non è configurata allo stesso modo dal legislatore. Se si analizza la lettera della legge previgente, si desume che la prima fosse endoaziendale, il che non escludeva che presentasse le caratteristiche prefigurate dal vecchio art. 49, co. 5, d.lgs. 276/03. L’attività formativa in questione, invece, è tracciata precisamente, tanto che, anche se non è definita come endoaziendale e “*on the job*”, tale sua peculiarità può essere agevolmente dedotta dal testo legislativo.

¹⁵ D’ONGHIA, *Il testo unico, cit.*, p. 218.

3. Formazione “professionalizzante” e offerta formativa pubblica

Il problema della distinzione tra la formazione “professionalizzante” e l’offerta formativa pubblica si pone per via dell’ambiguità delle motivazioni che stanno alla base dell’attribuzione della prima alla legislazione nazionale – e, per rinvio, all’autonomia collettiva – e della seconda alla potestà legislativa regionale esclusiva.

L’obiettivo è capire se la distanza tra le due ipotesi sia tanto marcata da giustificare l’assoggettamento a competenze legislative diverse o se, invece, sia impossibile da spiegare in maniera ragionevole.

Per poterlo perseguire, si deve fare leva sulle osservazioni effettuate dalla dottrina a proposito delle caratteristiche della formazione endoaziendale previgente (art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03), che ben si adattano all’ipotesi “professionalizzante”¹⁶.

I fautori della tesi centralistica argomentano l’assoggettamento della disciplina della formazione “professionalizzante” alla legge statale, che rinvia all’autonomia collettiva, e l’esclusione della legislazione regionale, sull’onda dell’esperienza precedente (cfr. *supra*, par. 2).

Circa l’offerta formativa pubblica, invece, gli stessi studiosi non si pronunciano, presumibilmente perché la disciplina è riconosciuta come spettante alla legislazione regionale. Tuttavia, ragionando *a contrario*, se lo avessero fatto, avrebbero verosimilmente sostenuto che non ha carattere negoziale, perché deve essere disciplinata dalla legge regionale (art. 117, co. 4, Cost.).

La distinzione menzionata, che non rientra nella tesi centralistica, ma può solo essere desunta da quanto asserito in merito alla formazione dai fautori della medesima (tesi centralistica), anche se sembra interpretare chiaramente le previsioni di cui all’art. 4, co. 2 e 3, d.lgs. 167/11, non può essere considerata ragionevole.

Vero è che l’offerta formativa pubblica è diversa da quella “professionalizzante”. In primo luogo, è eventuale, ha la funzione di integrarla e può essere impiegata solo nei limiti delle risorse annualmente disponibili, complessivamente per non più di centoventi ore nell’arco di un triennio (art. 4, co. 3, d.lgs. 167/11). Secondariamente, comporta l’attribuzione di competenze di base e trasversali che consentono di identificarla con la c.d. “formazione formale” (art. 3, co. 1, l.r. Puglia 28 dicembre 2006 n. 40; art. 43, co. 2, lett. b), l.r. Campania, 18 novembre 2009 n. 14). In terzo luogo, sembra essere esclusivamente teorica, poiché difficilmente le competenze di

¹⁶ In proposito cfr., per tutti, TIRABOSCHI, *L’apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1051 ss.

base e trasversali possono essere acquisite dall'apprendista *on the job*. Infine, può essere interna o esterna all'azienda¹⁷ (art. 4, co. 3, d.lgs. 167/11), non, però, riguardo al luogo in cui deve svolgersi, ma alla responsabilità del soggetto che deve impartirla¹⁸.

Le differenze messe in evidenza, anche se sono indicative, non consentono di tracciare, tra le due ipotesi una linea di confine tanto precisa da spiegare in maniera appropriata l'attribuzione della rispettiva disciplina a soggetti istituzionali distinti.

Non si capisce perché lo Stato, per di più in sede di esercizio di una competenza che potrebbe non spettargli, stabilisca una distinzione tanto netta, dal momento che paiono accomunate da alcuni elementi di disciplina, riguardanti l'apprendistato in generale, che, nel caso del contratto di

¹⁷ Una simile conclusione non costituisce una novità nel diritto del lavoro italiano, perché, in due occasioni, la legislazione regionale ha sancito che la formazione formale possa essere interna e esterna all'azienda (art. 3, co. 1, l.r. Puglia 40/06; art. 45, co. 3, l.r. Campania 14/09).

Posto che è pubblica, ossia è sottoposta alla responsabilità delle Regioni (art. 4, co. 3, d.lgs. 167/11), l'offerta formativa pubblica, quando è organizzata dal datore di lavoro, non è mai completamente “endoaziendale”, nel senso che non appare “allo stato puro” (al riguardo cfr. C. Cost. 50/05, *cit.*, p. 511; C. Cost. 176/10, *cit.*, p. 1070 ss.), né è priva di connessioni con l'attore istituzionale di riferimento. Al contrario, è coinvolta dal sistema formativo pubblico, specialmente per ciò che concerne gli oneri finanziari (la connessione, anche se riferita alla disciplina previgente sulla formazione in apprendistato professionalizzante, è messa in evidenza da DI CASOLA, *Potestà legislative e concorrenza tra fonti nell'apprendistato professionalizzante: il caso (emblematico) della formazione “esclusivamente aziendale”*, in *LR*, 2011, p. 736). Il datore di lavoro che se ne occupa direttamente, quindi, può beneficiare dei finanziamenti destinati alla formazione in apprendistato e deve rispettare la relativa normativa legislativa (cfr. TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante, cit.*, p. 1050 ss.), per cui appare opportuno qualificarla in termini di “formazione mista” (sulla formazione pubblica, mista o privata, cfr. BRUNELLO, *TOPO, Il nuovo apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva?*, in *RIDL*, 2005, 1, p. 33 ss.).

¹⁸ Così intensa, la formazione può essere organizzata dalle Regioni e svolta negli istituti scolastici a ciò destinati, in apposite strutture gestite dalle Regioni o in istituti privati con i quali siano stati stipulati appositi accordi. Inoltre, può essere organizzata e gestita dal datore di lavoro nei locali aziendali, così come può essere progettata e governata dall'azienda, anche avvalendosi di strutture, locali e competenze esterne (le definizioni di formazione esterna all'azienda e di formazione endoaziendale appena utilizzate s'ispirano a quelle fornite da TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante, cit.*, p. 1058).

La nuova configurazione assunta dalla questione determina il superamento del dibattito sulla distinzione tra l'ipotesi interna e quella esterna all'azienda, che ha avuto inizio con la sentenza della Corte Costituzionale 50/05. Sulla suddetta diatriba cfr., per tutti, BARBIERI, *Il diritto del lavoro tra competenze statali e competenze regionali secondo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, 2005, p. 288 ss.

mestiere, sono propri sia dell'ipotesi "professionalizzante" sia dell'offerta formativa pubblica.

Innanzitutto, si mette in evidenza come la presenza della formazione, di qualunque tipo essa sia, consenta di giustificare l'inquadramento dell'apprendista fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali il contratto è finalizzato¹⁹.

Secondariamente, l'impiego dei fondi paritetici interprofessionali per la formazione continua (art. 118, legge 23 dicembre 2000 n. 388 e art. 12, d.lgs. 276/03 e successive modificazioni) ai fini del finanziamento dei percorsi formativi aziendali (art. 2, co. 1, lett. e), d.lgs. 167/11) appare destinato a entrambe le ipotesi, perché anche l'offerta formativa pubblica può essere interna all'azienda.

In terzo luogo, le due sottotipologie sono accomunate dalla riconoscibilità della qualificazione professionale e delle competenze acquisite in via teorica, sulla base dei risultati conseguiti (dall'apprendista) all'interno del percorso formativo (art. 2, co. 1, lett. f), d.lgs. 167/11).

Anche l'attribuzione, al datore di lavoro, del compito di registrare nel libretto formativo del cittadino (art. 2, co. 1, lett. i), d.lgs. 167/11) la formazione effettuata e la qualificazione professionale acquisita (art. 2, co. 1, lett. g), d.lgs. 167/11), costituisce espressione di tale affinità.

L'ultimo fattore decisivo consiste nella finalità "occupazionale", che, oltre a distinguere il contratto di mestiere dalle altre tipologie di apprendistato, fa in modo che l'apprendista consegua la qualificazione necessaria ad un determinato inquadramento professionale²⁰ (art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11).

La *vis* occupazionale comporta che lo spirito del negozio sia diverso rispetto al passato, perché la priorità dell'insegnamento nel senso classico e tradizionale del termine si attenua. In prima approssimazione, solo la formazione "professionalizzante" appare in grado di assicurare l'inserimento degli apprendisti nel mondo del lavoro, perché ha luogo "on the job". Tuttavia, se ci si accosta alla questione in maniera più approfondita, la distanza tra i due termini di paragone si rivela meno netta, nel senso che l'acquisizione di un

¹⁹ Il rovescio della medaglia è costituito dall'attribuzione al lavoratore di un salario d'ingresso corrispondente, ossia destinato a crescere in modo graduale e in misura percentuale all'anzianità di servizio (art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. 167/11).

²⁰ La prevalenza della funzione occupazionale è stata messa evidenza da GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 10.

insieme di nozioni tecnico-professionali e specialistiche legate al livello professionale di destinazione e a una più complessa e articolata conoscenza dell'ambiente lavorativo²¹ non è decisiva a questo scopo. Il conseguimento, da parte dell'apprendista, al termine del percorso formativo, di una “qualificazione professionale”, piuttosto che di una “qualifica professionale”²², non comporta che il carattere dell'istruzione venga meno. Per di più, anche l'offerta formativa pubblica, rientrando nella struttura del contratto di mestiere, quando è prevista, persegue l'obiettivo di inserimento professionale. Non rileva, a questo proposito, che si concretizzi in un insieme di insegnamenti comparabili a quelli che dovevano essere impartiti ai lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro “debole”²³. Dovendo integrare la forma-

²¹ Risposta del Ministero del lavoro, *cit.*, p. 2.

²² La distinzione tra le due formule è reperibile nella risposta del Ministero del lavoro all'istanza di interpello n. 8, presentata dalla Confindustria il 2 febbraio 2007 e riguardante l'apprendistato professionalizzante e le esperienze lavorative pregresse (www.csm.unimore.it).

La stessa dicotomia è stata impiegata, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 167/11, da TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante*, *cit.*, pp. 1061-1062.

La definizione somiglia a quella menzionata dalla pronuncia della Corte Costituzionale 176/10, relativa alla questione di legittimità dell'art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03.

All'intervento della Corte Costituzionale aveva accennato, in modo quasi profetico, LOY, *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in *RGL*, 2008, I, p. 515 ss.

Riguardo alla sentenza cfr. DI CASOLA, *op. cit.*, p. 733 ss.; ALVINO, *La Corte costituzionale interviene nuovamente sulla ripartizione della competenze tra Stato e Regioni in materia di regolazione del contratto di apprendistato*, in www.federalismi.it, 2010, p. 8; BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1070 ss.; CARMINATI, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 2010*, nota a C. Cost. 14 maggio 2010 n. 176, in *DRI*, 2010, p. 448 ss.; CIUCCIOVINO, *Stato, regioni, autonomia privata nell'apprendistato professionalizzante*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1089 ss.; GARATTONI, *La formazione aziendale nell'apprendistato ex art. 49, comma 5-ter, d.lgs n. 276/2003 dopo la sentenza n. 176/2010 della Corte Costituzionale*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1099 ss.; SANTAGATA, *La formazione aziendale in una recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di apprendistato professionalizzante*, in *DRI*, 2010, p. 1109 ss.; TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza n. 176/2010 della Consulta*, in *GL*, 2010, n. 23, p. 12 ss. Infine, mi si consenta di citare DESSI, *Formazione in azienda e contratto di apprendistato professionalizzante nella recente giurisprudenza costituzionale*, in questa rivista, 2010, p. 311 ss.

Circa il dibattito sotto la vigenza della disciplina precedente cfr. ALVINO, *op. cit.*, p. 8. Mi si consenta di rinviare nuovamente anche a DESSI, *op. cit.*, p. 329.

²³ Si pensi alla disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali, a quella in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai metodi di organizzazione della produzione e ai sistemi di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali (cfr. BELLOMO, *La nuova disciplina dei contratti di formazione e lavoro*, in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 283 ss.; DEL PUNTA, *I contratti di formazione e lavoro*, in *RIDL*, 1995, I, p. 219 ss.).

zione “professionalizzante”, non può esaurirsi in una serie di nozioni teoriche e generiche concernenti i rudimenti del diritto del lavoro e delle relazioni industriali o relative alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 16, co. 5, legge 19 luglio 1994 n. 451). Al contrario, si presume che sia diretta a fornire conoscenze di carattere generale e necessarie alla comprensione e all’apprendimento delle capacità e delle informazioni tecniche utili al conseguimento della qualificazione professionale. Non a caso, deve essere personalizzata, ossia calibrata in base all’età, al titolo di studio, alle competenze professionali e alle altre caratteristiche dell’apprendista, in modo da facilitarne l’inquadramento in uno dei profili prefigurati dal contratto collettivo.

L’affinità delle due ipotesi formative non comporta che debbano essere assimilate anche sul piano del rilievo che assumono nel sistema d’istruzione e formazione. L’offerta formativa pubblica, quando è impartita all’apprendista, senz’altro gli consente di conseguire un titolo di studio o professionale riconosciuto e di acquisire la qualificazione preventivata al momento dell’assunzione. La formazione “professionalizzante”, anche se opera a fini contrattuali, sembra poter essere “rivenduta” dall’apprendista²⁴, per via della sua “naturale proiezione esterna”²⁵ all’azienda. Consentendo ai lavoratori di conseguire una certa professionalità, attribuisce loro una diversa posizione nel mercato del lavoro, in termini di “occupabilità”²⁶, poiché soddisfa l’interesse pubblico all’incremento della loro professionalità²⁷. Infatti, fronteggia la difficoltà “socialmente tipica (...) di trovare occupazione a cagione della minore utilità della loro prestazione lavorativa, prodotta dallo scarto tra le capacità professionali”²⁸ iniziali e quelle implicite all’acquisizione della qualificazione professionale.

4. Il rilievo della formazione “professionalizzante” nel sinallagma

La somiglianza tra la formazione “professionalizzante” e l’offerta formativa pubblica, specialmente riguardo alla finalità di far conseguire una

²⁴ C. Cost. 176/10, *cit.*, p. 1070 ss.

²⁵ C. Cost. 176/10, *cit.*, p. 1070.

²⁶ L’espressione rinvia a BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1072.

²⁷ L’interesse pubblico è soddisfatto mediante il ricorso a uno strumento di diritto diseguale (cfr. DE SIMONE, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, 2005, p. 43 ss.).

²⁸ GAROFALO M.G., *I contratti a causa mista nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in RGL, 2004, I, p.

qualificazione professionale all'apprendista, induce a chiedersi quale sia il rilievo causale della formazione nel contratto di mestiere.

La soluzione del dubbio presuppone di capire se l'apprendistato “professionalizzante”, nonostante la sua *vis* occupazionale, consista o no in un contratto di lavoro a causa mista²⁹, il cui sinallagma tipico, prestazione/retribuzione, è arricchito dal fatto che l'azienda è tenuta a fornire all'apprendista anche la formazione professionale.

In prima approssimazione, il contratto di mestiere non sembra poter essere qualificato in questi termini, perché la componente formativa non ha la stessa pregnanza dell'obiettivo di reclutare manodopera giovanile (a basso costo?).

Non si reputa, quindi, chiaro se la formazione consista in un elemento capace di incidere sullo scambio tra prestazioni reciproche.

Il problema non si pone per l'offerta formativa pubblica, che, pur essendo eventuale, quando è prevista, arricchisce il sinallagma, giacché l'azienda, nonostante le non ingenti risorse finanziarie ad essa destinate, fornisce all'apprendista, oltre alla retribuzione, una serie d'insegnamenti teorici che, in virtù della loro natura, sono facilmente distinguibili dallo svolgimento della prestazione lavorativa.

Per quanto concerne la formazione “professionalizzante”, invece, ci si deve domandare quale sia la sua funzione nel contratto di mestiere, perché dalla lettera della legge non è dato desumere alcunché in proposito.

Secondo la chiave di lettura “centralistica”, come si è detto, la fattispecie si aggiunge allo scambio lavoro/retribuzione³⁰, per cui l'apprendistato “professionalizzante” rientra tra i contratti a causa mista³¹.

La descrizione effettuata non permette di capire in che cosa tale “arricchimento” consista, né (di capire) se e come si distingua da quello che è determinato dall'offerta formativa pubblica. La dottrina, infatti, non fornisce alcuna spiegazione ragionevole al riguardo, specialmente rispetto alla

²⁹ In argomento cfr. LOY, *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, il Mulino, 1989, p. 61 ss.

³⁰ Sul punto si veda C. Cost. 50/05, *cit.*, p. 511 ss. Cfr. anche GAROFALO M.G., *op. cit.*, p. 416; LOFFREDO, *I contratti a finalità formativa: tra un passato incerto e un futuro difficile*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 489 ss.

³¹ Sul concetto di contratto di lavoro a causa mista, cfr. LOY, *Riflessioni, cit.*, pp. 61-65.

Secondo una parte della dottrina l'apprendistato non è un contratto a causa mista, ma a causa semplice (cfr. BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 160 ss.).

funzione delle due fattispecie formative. Posto che non esistono dubbi riguardo all'ipotesi integrativa, ci si deve concentrare su quella "professionalizzante", in modo da fare luce sulla questione.

Per trovare il bandolo nella matassa si può ricorrere alla teoria della causa semplice, in virtù della quale l'apprendistato "professionalizzante" sarebbe un contratto atipico, a causa semplice, con finalità di inserimento professionale. La formazione "professionalizzante", essendo interna ad esso, sarebbe un mero elemento negoziale, tale da "qualificarlo oggettivamente" come fattispecie contrattuale autonoma e, dunque, tale da assicurare il perseguimento dell'obiettivo occupazionale. Il lavoratore, in tal caso, avrebbe l'obbligo di porre in essere la prestazione lavorativa – nel corso dello svolgimento della quale sarebbe "addestrato" – mentre il datore di lavoro dovrebbe corrispondere la retribuzione e fornire la formazione *on the job*. Stando così le cose, l'incremento di professionalità sarebbe implicito allo svolgimento della prestazione e all'anzianità di servizio, e assicurerebbe il perseguimento dell'obiettivo occupazionale, come in qualunque contratto di lavoro classico.

Una simile interpretazione permetterebbe di distinguere la funzione della formazione "professionalizzante" da quella dell'offerta formativa pubblica e, al tempo stesso, di giustificare la diversità di trattamento contemplata dal legislatore del 2011. La conversione dello scambio lavoro/retribuzione in lavoro/retribuzione-formazione, quindi, avrebbe luogo non per effetto dell'apprendimento *on the job*, ma della formazione integrativa. Se contemplata dal contratto di mestiere, quest'ultima, e non quella "professionalizzante", consentirebbe di qualificarlo come negozio a causa mista e il sinallagma coinciderebbe con lo scambio lavoro/retribuzione-formazione.

Per quanto consenta di spiegare, almeno teoricamente, l'attribuzione della disciplina dei due tipi di formazione in parola a soggetti istituzionali distinti, la tesi della causa semplice non appare appropriata alla soluzione della questione prospettata. Se la formazione "professionalizzante" avesse tale ruolo, il suo rilievo causale sarebbe svuotato. Infatti, lo scambio tra prestazioni corrispettive, se fosse privo della formazione integrativa, coinciderebbe perfettamente con quello di un qualunque contratto di lavoro ordinario. La posizione obbligatoria del datore di lavoro e la tutela riservata all'apprendista non avrebbero ragion d'essere e il contratto di mestiere consisterebbe in un mero canale di "assunzione di giovani con sconto retributivo"³² del quale sarebbe lecito mettere in dubbio la legittimità costi-

tuzionale, perché il ruolo pregnante della formazione in esame non sarebbe spiegabile dal punto di vista tecnico-giuridico.

Per fornire un’interpretazione verosimile della funzione della formazione “professionalizzante”, dunque, si deve rimanere fedeli all’opinione che ravvisa nell’apprendistato “professionalizzante” un contratto a causa mista. Non si comprende, dunque, la ragione per la quale alcuni Autori sostengono che, a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 167/11, la questione della sua specialità sia irrilevante o, addirittura, superata³³.

Posto che la finalità occupazionale non condiziona la natura giuridica del contratto di mestiere, non appare in dubbio che ci si trovi dinanzi ad un negozio a causa mista, caratterizzato e distinto dalla formazione “professionalizzante” e, quando è prevista, dall’offerta formativa pubblica, che incidono “sul sinallagma contrattuale” e ne integrano “lo schema”³⁴. La formazione “professionalizzante” arricchisce il sinallagma classico, poiché l’obbligo di impartirla, gravante sul datore di lavoro, fa in modo che si concretizzi nello scambio lavoro/retribuzione-formazione. Inoltre, per quanto abbia luogo *on the job*, è autonoma rispetto alla prestazione lavorativa, poiché consente all’apprendista di conseguire una qualificazione professionale. Ciò non comporta che si tratti di una sua esclusiva, nel senso che anche l’offerta formativa pubblica è legata all’elemento causale e non è “totalmente ininfluenza sulla posizione del datore di lavoro”³⁵, che deve adempiere all’obbligo retributivo e formativo, né su quella del lavoratore, che deve provvedere “in ogni caso, a quelle attività (...) ricadenti nell’ambito aziendale”³⁶, in cambio della retribuzione e della formazione.

Una simile interpretazione giustifica la legittimità costituzionale dei trattamenti economici e normativi differenziati – e, talvolta, peggiorativi rispetto a quelli destinati al lavoratore subordinato ordinario – che la legge riserva all’apprendista, nel senso che “la persistenza di riduzioni retributive e contributive conferma (...) l’esistenza di uno specifico e ineludibile obbligo formativo come contropartita dei benefici; il che connota essenzialmente la specialità del contratto sotto il profilo funzionale”³⁷. Non motiva,

³² BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1082.

³³ In tal senso TIRABOSCHI, *Definizioni e tipologie*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell’apprendistato e le nuove regole sul tirocinio*, Giuffrè, 2011, p. 183 ss.

³⁴ D’ONGHIA, *Il testo unico*, cit., p. 215.

³⁵ DI CASOLA, *op. cit.*, p. 740.

³⁶ DI CASOLA, *op. cit.*, p. 740.

³⁷ D’ONGHIA, *Il testo unico*, cit., p. 215.

però, in maniera adeguata la regolamentazione a grandi linee della formazione “professionalizzante” – e il rinvio di quella specifica all’autonomia collettiva – ad opera della legge statale e l’attribuzione, sempre da parte del legislatore statale, di quella dell’offerta formativa pubblica alle Regioni.

5. *La formazione “professionalizzante” in rapporto alla nozione generale di formazione professionale*

L’analogia funzionale tra l’offerta formativa pubblica e la formazione “professionalizzante” induce a domandarsi quale sia la collocazione di quest’ultima rispetto alla nozione di formazione menzionata dalla Costituzione³⁸ (art. 35, co. 2, Cost.).

Il dubbio sorge perché l’offerta formativa pubblica è implicitamente ricondotta a tale concetto, in ragione del fatto che la sua disciplina spetta alla competenza legislativa esclusiva delle Regioni (art. 117, co. 4, Cost.). Appare, quindi, ragionevole stabilire se anche la formazione “professionalizzante” sia inclusa in quest’ambito, nel qual caso si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale della previsione di legge statale che la regola a grandi linee e ne rinvia la disciplina specifica all’autonomia collettiva.

L’unica strada percorribile per perseguire l’obiettivo prefissato è quella di verificare se la fattispecie presenti le caratteristiche della nozione di formazione professionale contemplata dalla Carta fondamentale.

La Costituzione italiana non contiene una definizione precisa di formazione³⁹ (art. 35, co. 2, Cost.), ma rinvia, implicitamente, a quella propria del diritto europeo, recentemente ripresa dall’Intesa del 17 febbraio 2010.

Per risolvere il dubbio, pertanto, occorre soffermarsi sulle caratteristiche principali del concetto di matrice comunitaria, che sono reperibili all’interno dell’Intesa del 17 febbraio 2010, tra Governo, Regioni, Province

³⁸ Sulla formazione all’interno della Costituzione, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, 1978, pp. 65-66; MANCINI, *Commento sub art. 4 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-II Foro Italiano, 1975, p. 219 ss.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, p. 149.

³⁹ Sulla nozione comunitaria di formazione, cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 34 ss.; ROCCELLA, *Formazione, occupabilità e occupazione in Europa*, in *DRI*, 2007, p. 187 ss.; COCCONI, *Il ruolo della politica comunitaria nel settore dell’istruzione e della formazione professionale nella costruzione della dimensione sociale dell’Unione Europea*, in *RIDPC*, 2003, p. 1413 ss.

autonome di Trento e Bolzano e parti sociali, contenente le linee guida per la formazione nel 2010⁴⁰.

Secondo l’Intesa la formazione viene organizzata in funzione dei fabbisogni professionali dei settori e delle imprese e dell’occupabilità e dell’inclusione sociale delle persone, con particolare attenzione alle fasce deboli del mercato del lavoro (inoccupati, disoccupati, lavoratori in mobilità o temporaneamente sospesi, ecc.). L’obiettivo è ottimizzare un incontro dinamico e flessibile tra la domanda e l’offerta di lavoro e rendere più efficiente il raccordo e, là dove è opportuna, l’integrazione tra il sistema educativo di istruzione e formazione e il mercato del lavoro, in modo da rispondere alla domanda di competenze da parte dei settori e dei territori in cui le imprese operano.

Sul piano dei contenuti, la fattispecie si riferisce non solo ai profili professionali, ma anche ai mestieri e alle competenze, che devono essere descritti qualitativamente in termini di compiti e di situazioni di compito che il mercato richiede, in linea con i più moderni sistemi di qualifiche di matrice comunitaria. Deve, inoltre, essere in grado di garantire ai cittadini la spendibilità delle competenze acquisite, mediante l’estensione della sperimentazione del libretto formativo quale strumento di registrazione delle medesime e la promozione dell’integrazione con il lavoro attraverso reti e intese tra istituti tecnici e professionali, enti di formazione e associazioni di settore, per condividere i relativi fabbisogni e orientare coerentemente l’offerta formativa anche nel medio e lungo periodo⁴¹.

Posta questa premessa e data la necessità di effettuare la comparazione, si ritiene che, sotto il profilo finalistico, la formazione “professionalizzante” rispecchi il diritto sociale alla formazione contemplato dal titolo II, rubricato “dignità”, del Trattato Costituzionale Europeo. Infatti, garantisce la libertà personale dell’apprendista (art. 74.1 del Trattato Costituzionale Europeo), che può scegliere il lavoro, il datore di lavoro e il percorso formativo che preferisce. Nonostante risponda alle esigenze del mercato e dell’azienda e non sia sempre idonea ad assicurare un lavoro di qualità, la formazione “professionalizzante” ne soddisfa i bisogni, perché, fornendogli le competenze che al momento dell’assunzione non possedeva, favorisce lo

⁴⁰ Cfr. *Linee guida per la formazione nel 2010*, Intesa sulla formazione tra Governo, Regioni e parti sociali, 17 febbraio 2010, in *Boll. Ordinario Adapt*, 2010, n. 6, in www.adapt.it.

⁴¹ In argomento cfr. BELLEZZA, RUSTICO, *Formazione, relazioni industriali e dialogo sociale: l’intesa Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010*, in *DRI*, 2010, p. 525.

sviluppo della sua professionalità. Si rivela, quindi, come un passaggio fondamentale della sua evoluzione professionale⁴² e personale⁴³, anche se comporta solo in via eventuale la conversione del contratto di mestiere in contratto a tempo indeterminato.

Secondariamente, la formazione “professionalizzante”, in virtù della sua connotazione “educativa” e di inserimento professionale⁴⁴, rientra tra le politiche comunitarie occupazionali, sociali e dell’istruzione⁴⁵ (art. 6.2 del TUE; art. 136.1 del TCE e Preambolo del Trattato di Amsterdam) ed è inclusa nella SEO⁴⁶. Mediante il contratto di mestiere, infatti, i giovani tra i diciotto e i ventinove anni hanno più facilità a conseguire una qualificazione professionale, a trovare un’occupazione (art. 150.2 del TCE) e ad incrementare la propria professionalità e competitività sul mercato⁴⁷.

La fattispecie incide, inoltre, sulla produttività del lavoro, poiché, in quanto bene privato che si riflette sull’occupabilità soggettiva⁴⁸, la adegua alla progressiva evoluzione dell’impresa. Si profila, dunque, come un investimento, perché consente di configurare l’apprendista-futuro lavoratore come capitale umano che concorre al miglioramento delle *performance* dell’azienda sul mercato⁴⁹.

⁴² URSO, *Dialogo sociale*, Dossier a cura di C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2006, in *www.lex.unict.it*.

⁴³ Cfr. ROMAGNOLI, *Il diritto del secolo. E poi?*, in questa rivista, 1999, p. 236. Si veda anche TRONTI, *Capitale umano e nuova economia. Riorganizzazione dei sistemi formativi e sviluppo dei mercati delle conoscenze*, in questa rivista, 2003, p. 74.

⁴⁴ Sul punto cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 20 ss.; ROCCELLA, *Formazione, cit.*, p. 194 ss.; GAROFALO D., *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L’occupabilità*, Cacucci, 2004, p. 1 ss. Circa il coinvolgimento della formazione nel MAC, cfr. RAVELLI, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l’occupazione e i suoi strumenti*, in questa rivista, 2006, p. 67 ss.; LO FARO, ANDRONICO, *Metodo di coordinamento aperto e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005, p. 513 ss. Sul ruolo del Fondo sociale europeo in materia, cfr. NAPOLI, *La riforma del Fondo sociale europeo*, in *RGL*, 2000, 1, p. 899 ss.

⁴⁵ COCCONI, *op. cit.*, p. 1415 ss.

⁴⁶ Circa le politiche formative nella SEO, cfr. MASSIMIANI, *La formazione nella SEO*, in *Formazione e politiche per l’occupazione*, Dossier a cura di C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2006, in *www.lex.unict.it*.

⁴⁷ Al riguardo cfr. BIAGI, *Recessione e mercato del lavoro: dalla formazione alla flessibilità*, in *DRI*, 1993, n. 1, p. 262.

⁴⁸ In argomento si veda FAVENNEC-HÉRY, *Le droit individuel à la formation*, in *DS*, 2004, p. 806 ss.

⁴⁹ Sulla formazione come investimento per l’impresa cfr. BIAGI, *L’applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *DRI*, 1998, pp. 82-83; VENEZIANI, *La formazione dei lavoratori dalla Concertazione triangolare al “Pacchetto Treu”*, in *LG*, 1998, p. 7 ss.

Anche sotto il profilo contenutistico la formazione “professionalizzante” si reputa conforme alla nozione comunitaria, perché determina l’acquisizione, da parte dell’apprendista, delle competenze indispensabili al conseguimento di una qualificazione professionale⁵⁰, in armonia con l’art. 14 della Carta di Nizza⁵¹. In conseguenza di ciò, appare ragionevole che si configuri come formazione generale (art. 2, lett. e), reg. 68/2001/CE del 12 gennaio 2001, modificato dal reg. 363/2003/CE del 25 febbraio 2003), perché, una volta riconosciute o certificate secondo modalità proprie dello Stato o dell’Unione europea, le abilità apprese sono facilmente trasferibili ad altre imprese o settori di occupazione. Ad ogni modo, anche se potesse essere impiegata solo all’interno dei confini dell’azienda, (la formazione “professionalizzante”) sarebbe, comunque, riconducibile al modello europeo in qualità di formazione specifica (art. 2, lett. d), reg. 68/2001/CE). L’inclusione, in sostanza, non sarebbe esclusa se gli insegnamenti impartiti all’apprendista fossero utilizzabili solo ai fini contrattuali e non trasferibili, se non limitatamente, ad altre imprese o ad altri settori di occupazione⁵².

Si reputa, invece, complessivamente trascurabile, ai nostri fini, il fatto che la formazione “professionalizzante” debba essere impartita all’interno dell’azienda⁵³ secondo modalità di esecuzione compatibili, e che, in quanto tale, prevalga su quella teorica, sia essa intra o extra aziendale⁵⁴. La sua natura “pratica”, infatti, non comporta che sia concettualmente distinta dall’offerta formativa pubblica, di carattere prettamente teorico, analogamente a quanto previsto dal legislatore europeo. Vero è che il diritto comunitario “originario” non sancisce espressamente l’equiparazione tra la formazione teorica e quella *on the job*. Tuttavia, una simile conclusione può essere desunta da una norma di “diritto derivato”, secondo la quale i progetti di

⁵⁰ Cfr. C. Cost. 30 maggio 1977 n. 89, in *RIDL*, 1977, p. 33 ss.

⁵¹ Sulla nozione di formazione secondo la Carta di Nizza cfr., per tutti, WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *RTDPC*, 2002, p. 31 ss.; DEMURO, *Commento agli articoli 14 e 15*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Il Mulino, 2001, p. 115 ss.

⁵² Una parte della dottrina precedente all’intervento legislativo del 2011 sostiene che la formazione aziendale impartita al lavoratore assunto con apprendistato professionalizzante (art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03) potesse essere spesa non sull’intero territorio nazionale ma solo in azienda (cfr. TIRABOSCHI, *L’apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1058).

⁵³ Cfr. la descrizione di BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento. Commento agli artt. 47-60 del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, 2004, p. 530.

⁵⁴ In tal senso LAI, *L’apprendistato tra legge e contrattazione collettiva*, in *Boll. Ordinario Adapt*, 2011, n. 40, in www.adapt.it.

aiuti da parte di uno Stato membro sono caratterizzati dalle stesse categorie di spese, indipendentemente dal fatto che si tratti di formazione teorica o pratica (art. 4, par. 7, reg. 68/2001/CE).

6. Formazione “professionalizzante” e ordinamento civile

L’inclusione della formazione “professionalizzante”, al pari dell’offerta formativa pubblica, nella nozione di matrice comunitaria di formazione professionale, ripresa dalla Carta fondamentale (art. 35, co. 2, Cost.), consente di avanzare dubbi riguardo al suo inquadramento nella nozione di ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett. l), Cost.).

La somiglianza con l’offerta formativa pubblica – implicitamente esclusa da tale ambito – giustifica ulteriormente l’insorgere di più di una perplessità riguardo alla ragionevolezza di tale inquadramento.

La voce “ordinamento civile”, com’è noto, comprende gli istituti del diritto privato, del diritto del lavoro, del diritto commerciale, del diritto finanziario e del diritto pubblico, che riguardano la disciplina dei mercati, la concorrenza, i servizi essenziali e i diritti civili e politici⁵⁵.

Per quanto concerne il diritto del lavoro, coincide con le “regole del codice civile in materia di lavoro e la legislazione speciale inerente al rapporto di lavoro”, con quelle “di natura pubblicistica riservate allo Stato” e con quelle riconducibili alla “disciplina sindacale”⁵⁶. Sono escluse, invece, quelle relative al governo del mercato del lavoro e alla tutela del lavoratore

⁵⁵ In argomento cfr. BARTOLE, *Devolution o federalismo? O soltanto regionalismo?*, in LR, 2002, pp. 1233–1238; CARETTI, *L’assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in LR, 2001, p. 1223 ss.; FALCON, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della parte II della Costituzione*, in LR, 2001, p. 1247; LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia “ordinamento civile”, di esclusiva competenza statale*, in LR, 2001, p. 1343 ss.

⁵⁶ L’espressione è di ALPA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale*, 2008, in www.altalex.com.

Per il diritto del lavoro cfr. NOGLER, *La tutela del lavoro*, in LR, 2007, p. 77 ss.; GARILLI, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in RGL, 2004, I, pp. 350–355; CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in ADL, 2003, I, p. 76; GAROFALO M.G., *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in RGL, 2002, I, p. 410; MAGNANI, *Il lavoro nel titolo V della Costituzione*, in ADL, 2002, I, p. 645 ss.; PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in RGL, 2002, I, p. 21 ss.; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in ADL, 2002, I, p. 20 ss.; SALOMONE, *La materia del lavoro tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e diritto del lavoro*, in LPA, 2001, suppl. al n. I, p. 131.

prima della “nascita” del rapporto di lavoro e dopo la cessazione dello stesso⁵⁷, nonché l’istruzione e la formazione professionale⁵⁸.

Appare, quindi, evidente come non tutti gli istituti del rapporto di lavoro siano attratti dalla sua orbita, per cui non si può continuare a ragionare come se la Costituzione non contempli altre “formule” idonee ad accoglierne alcuni.

Poste queste premesse, la formazione “professionalizzante” non sembra suscettibile di essere coinvolta in tale contesto di senso, perché, anche se favorisce l’inquadramento dell’apprendista nel sistema di classificazione del personale, non può essere trattata come un qualsiasi elemento negoziale. Con ciò si intende affermare non che è esclusa dalla struttura del contratto di mestiere, ma solo che ha un ruolo nel sinallagma e che incide sull’istruzione e sull’ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. Non rileva, al riguardo, la “minore utilità della loro prestazione lavorativa, prodotta dallo scarto tra le capacità professionali generiche e il contesto lavorativo”⁵⁹. Dal rilievo “causale” e dalla *vis* (poco) educativa e (molto) occupazionale si deduce, semplicemente, che determini, in seno alla disciplina del contratto di mestiere, un’intersezione “tra materie ed ambiti appartenenti”⁶⁰ allo Stato e alle Regioni.

Vero è che anche l’ordinamento civile non si limita a “un insieme di fattispecie predeterminabili in via interpretativa attraverso il riferimento ad un oggetto”⁶¹. Al contrario, ha carattere “trasversale”⁶², perché annovera “diversi oggetti con l’obbiettivo di raggiungere la finalità costituzional-

⁵⁷ In proposito cfr. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in *LR*, 2011, p. 287 ss.; GIANFRANCESCO, *La ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in materia di tutela e sicurezza del lavoro*, in *LR*, 2005, p. 513 ss.

⁵⁸ Al riguardo cfr. PARISI, *La competenza residuale*, in *LR*, 2011, p. 341 ss.; SCACCIA, *Legislazione esclusiva statale e potestà legislativa residuale delle Regioni*, in MODUGNO, CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa - IV, Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato-Regione dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Jovene, 2008, p. 113 ss.; POGGI, *La legislazione regionale sull’istruzione dopo la revisione del Titolo V*, in *LR*, 2005, p. 927 ss.; TORCHIA, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *LR*, 2005, p. 344 ss.

⁵⁹ GAROFALO M.G., *I contratti*, cit., p. 427.

⁶⁰ TROJSI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *RGL*, 2007, I, p. 675.

⁶¹ MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie “trasversali”*: dalla sent. n. 282 alla n. 207 del 2002, in *GC*, 2002, p. 2951. Cfr. anche D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *QC*, 2002, par. 4.

⁶² Al riguardo cfr. C. Cost. 26 giugno 2002 n. 282, in *GC*, 2002, p. 2012; C. Cost. 30 luglio 2002 n. 407, in *FI*, 2003, III, c. 688 ss.; C. Cost. 29 dicembre 2004 n. 423, in *FI*, 2005, I, c. 2292 ss.; C. Cost. 19 luglio 2005 n. 285, in *GC*, 2005, c. 2777 ss.

mente fissata”⁶³. Tuttavia, non appare idoneo a contenere la formazione “professionalizzante”, perché non ne garantisce “l’ibridazione, nella regolazione, di moduli giuridici differenziati ma interconnessi, la cui simmetria con gli interessi regolati è (...) definitivamente saltata”⁶⁴. Se quest’ultima fosse inclusa in tale orbita, pertanto, si impiegherebbe rigidamente lo schema contemplato dall’art. 117 Cost.⁶⁵ e si trascurerebbe l’aspetto, ad esso sottinteso, “dell’integrazione e dell’intreccio tra competenze”⁶⁶.

L’iter logico seguito nel corso della trattazione induce a domandarsi se la formazione “professionalizzante”, essendo esclusa dalla nozione di ordinamento civile, rientri nel concetto di “istruzione e formazione” – unanimemente devoluta alla legislazione regionale esclusiva (art. 117, co. 4, Cost.) – o in quello di “tutela e sicurezza del lavoro”⁶⁷ – spettante alla competenza concorrente Stato–Regioni (art. 117, co. 3, Cost.).

Nonostante costituisca un elemento negoziale del contratto di mestiere, appare ragionevole pensare che la fattispecie rientri nella “tutela e sicurezza del lavoro”⁶⁸ o che sia compresa nell’ambito dell’“istruzione e formazione”.

Per quanto concerne la “tutela e sicurezza del lavoro”, essendo diretta principalmente all’inserimento dei giovani nel mondo del lavoro, non si può escluderne l’accostamento alle politiche attive del lavoro, tra le quali rientrano le politiche formative⁶⁹, perché persegue un obiettivo analogo⁷⁰. Come

⁶³ MARINI, *op. cit.*, p. 2952.

⁶⁴ CARUSO, *op. cit.*, p. 88.

⁶⁵ A tal proposito cfr. C. Cost. 282/02, *cit.*, p. 2012. Si veda anche BIN, *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo importante chiarimento*, nota a C. Cost. 26 giugno 2002 n. 282, in *LR*, 2002, p. 1445 ss.

⁶⁶ TROJSI, *op. cit.*, p. 675.

⁶⁷ Circa l’interpretazione della “tutela e sicurezza del lavoro” cfr., per tutti, GARILLI, *op. cit.*, pp. 350-355; MALZANI, *Federalismo e diritto del lavoro tra Italia e Spagna: modelli a confronto*, Promodis, 2004, pp. 71-77; TROJSI, *Prime indicazioni su “tutela e sicurezza del lavoro” nella recente giurisprudenza costituzionale*, nota a C. Cost. 26 luglio 2002 n. 407, in questa rivista, 2003, p. 194 ss.; NAPOLI, “Tutela e sicurezza del lavoro” nella riforma del titolo V della Costituzione, in AA.VV., *Quale futuro per il diritto del lavoro? Le politiche del Governo dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, Ipsoa, 2002, p. 366.

⁶⁸ Cfr. GAROFALO M.G., *Pluralismo*, *cit.*, p. 410; PALLINI, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹ Al riguardo si veda NAPOLI, *Politiche del lavoro, occupazione e diritto. Idee ed esperienze*, Franco Angeli, 1987.

⁷⁰ In argomento cfr. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 2002, p. 366 ss.; PESSI, *op. cit.*, p. 20; NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in AA.VV., *Sistema formativo, impresa e occupazione*, Jovene, 1998, p. 45 ss. Cfr.

risulta dalla normativa sull'apprendistato, infatti, le parti si prefiggono di favorire l'occupazione dei giovani (art. 1, co. 1, d.lgs. 167/11), in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico generale alla tutela del lavoro giovanile.

Una simile conclusione non appare ragionevole, perché presuppone che la *vis* occupazionale valga a “modificarne la natura”, pur essendo estranea “al suo contenuto”⁷¹. Vero è che ogni singola “materia”, richiamata dalla Costituzione ai fini della ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni (art. 117 Cost.), non è sempre “rigida”, per cui non assume un significato preciso⁷². Tuttavia, il “valore relativo degli elenchi di materie”⁷³ non appare sufficiente a giustificare lo snaturamento di un'ipotesi “predeterminabile in via interpretativa attraverso il riferimento ad un oggetto”⁷⁴.

Si ritiene, pertanto, che la formazione “professionalizzante” rientri a pieno titolo nella voce “istruzione e formazione”, a nostro parere coincidente con la “formazione professionale” menzionata dalla Carta fondamentale (art. 35, co. 2, Cost.) ed esclusa testualmente dalla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni (art. 117, co. 3, Cost.). Un primo argomento in tal senso è dato dal fatto che la fattispecie arricchisce il sinallagma del contratto di mestiere (si veda *supra*, par. 4) e, appunto, rientra nella nozione comunitaria di formazione professionale fatta propria dalla Costituzione (si veda *supra*, par. 5). Secondariamente, in stretta connessione con quanto appena affermato, non produce solo gli effetti di una qualunque politica del lavoro, ma consente di far conseguire all'apprendista una qualificazione professionale (art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11).

7. La competenza legislativa dello Stato e delle Regioni

Le conclusioni alle quali si è pervenuti nel corso della trattazione in tema di formazione “professionalizzante” destano perplessità rispetto alla ragionevolezza dell'attribuzione della sua disciplina alla potestà legislativa statale esclusiva.

anche CNEL del 24 gennaio 2002, *La riforma del titolo V della Costituzione. Osservazioni e proposte*, in www.portalecnel.it.

⁷¹ BARBIERI, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 290.

⁷² In argomento cfr. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in LR, 2011, p. 251 ss.; BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in LR, 2008, p. 398 ss.; BALLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in LR, 2006, p. 903 ss.; BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in LR, 2006, p. 889 ss.

⁷³ CARETTI, TARLI, BARBIERI, *Diritto regionale*, Giappichelli, 2007, p. 122.

⁷⁴ MARINI, *op. cit.*, p. 2951.

La sua appartenenza alla nozione comunitaria, fatta propria dalla Costituzione (art. 35, co. 2, Cost.), presuppone che la sua disciplina sia ricondotta alla competenza dell'Unione europea e dello Stato. Tali attori istituzionali, tuttavia, si limitano ad una regolamentazione generale, imperniata su una concorrenza di funzioni⁷⁵ (art. 165 del Trattato istitutivo), che “vedono” la legge statale ordinaria in posizione di “soggezione”⁷⁶ rispetto al diritto dell'Unione europea. Sulla scia di quanto sostenuto da una certa corrente di pensiero, spetta all'attività di raccordo istituzionale tra loro la predisposizione del sistema formativo e il coordinamento delle relative politiche⁷⁷. In particolare, lo Stato sembra doversi limitare a determinare i criteri di certificazione dei percorsi formativi e gli strumenti unitari di monitoraggio e di valutazione statistica, che possono essere ricondotti nel quadro della fissazione e della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni indispensabili in materia⁷⁸.

La competenza della legge statale sulla regolamentazione della formazione professionale, che emerge dalla concorrenza di funzioni con l'Unione europea (art. 165 del Trattato istitutivo), tuttavia, non sembra coincidere con l'assegnazione della disciplina della formazione “professionalizzante” alla legislazione statale esclusiva, sostenuta dai fautori della tesi centralistica. L'impressione, invece, è che tale ultima convinzione sia il frutto di uno dei molteplici cambiamenti di direzione imposti, dalla dottrina o dalla giurisprudenza, ai principi dell'art. 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative, attraverso l'interpretazione “eccessiva” di un testo di legge ambiguo qual è quello dell'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11⁷⁹.

⁷⁵ Sulla competenza condivisa tra l'Unione europea e gli Stati membri in materia cfr., per tutti, ZOPPOLI L., *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in questa rivista, 2003, p. 85 ss.; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2002, p. 155; ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, II, Giuffrè, 2001, p. 239 ss.

⁷⁶ LUNARDON, *Il diritto alla formazione nell'ordinamento europeo e nella Costituzione italiana*, in RIDPE, 2010, n. 2, p. 10.

⁷⁷ In proposito, per tutti, ZOPPOLI L., *Il lavoro di Aracne, cit.*, p. 85 ss.

⁷⁸ Cfr. CARETTI, *Potere estero e ruolo “comunitario” delle Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in LR, 2003, p. 555 ss.; CHITI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in LR, 2002, p. 1401 ss.; DOMENICHELLI, *Le Regioni nel dibattito sull'avvenire dell'Unione: dalla Dichiarazione di Nizza alla Convenzione europea*, in LR, 2002, p. 1239 ss.; TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in LR, 2001, p. 1203 ss.

⁷⁹ Si notino le cc.dd. “categorie non scritte in Costituzione” (BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in LR, 2001, p. 615), richiamate dalla dottrina regionalistica

L'idea di fondo della tesi centralistica, pertanto, è che la disciplina della formazione “professionalizzante” debba essere esclusa dalla competenza residuale delle Regioni solo perché così è previsto dalla legge statale⁸⁰. Tuttavia “poiché la competenza sulle competenze legislative è nel nostro ordinamento esclusivamente del testo costituzionale, non è consentito al legislatore statale alterarla attraverso meccanismi definitivi contenuti in fonti di rango ordinario”⁸¹. Non a caso, secondo la Consulta, “non può essere una legge ordinaria a modificare l'assetto costituzionale del riparto delle competenze legislative”⁸². Lo “statuto di competenza (...) legato”⁸³ alla legge statale, quindi, non prevale su quello della potestà legislativa regionale esclusiva. Anzi, le Regioni sembrano partecipare a pieno titolo alla disciplina dell'istituto, al punto da non potersi affermare con certezza neppure che siano escluse dalla regolazione del contratto⁸⁴.

Il legislatore del 2011, in sostanza, sembra essersi “impossessato” di una competenza che la Costituzione attribuisce alla potestà legislativa delle Regioni, fino al punto di assegnarne la regolamentazione alle parti sociali.

Appare legittimo dubitare che il rinvio all'autonomia collettiva, così come è inteso dalla teoria centralistica, sia conforme alla Carta fondamentale, perché si concretizza nella creazione di una nuova fonte per la disciplina della fattispecie⁸⁵. Inoltre, implicando una sorta di “delega (...) ‘in bianco’”⁸⁶, comporta l'apposizione di vincoli alla legislazione regionale⁸⁷.

(cfr., per tutti, PALADIN, *Diritto Regionale*, Cedam, 2000, p. 73) e, talvolta, anche da quella giuridicistica (si veda, tra gli altri, SALOMONE, *op. cit.*, p. 131).

⁸⁰ In tal senso, per tutti, LISO, *Nota sulla interpretazione del nuovo articolo 117 Cost. in tema di ripartizione delle competenze legislative in materia di lavoro*, in *www.astrid-online.it*, 2002.

⁸¹ BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1080.

⁸² C. Cost. 50/05, *cit.*, richiamata da BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1080, nota 82.

⁸³ ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *PD*, 2005, p. 401.

⁸⁴ In proposito cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 401 ss.; e ALPA, *op. cit.*

Cfr. anche C. Cost. 6 febbraio 2007 n. 24, già citata da BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1077, che rinvia a CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 393 ss.

⁸⁵ Sul punto BARBIERI, *Apprendistato professionalizzante*, *cit.*, p. 1072; NOVELLA, VALLAURI, *op. cit.*, p. 2531; MENGHINI, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante*, in BROLLO, MATTAROLO, MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsos, 2004, p. 212.

⁸⁶ DI CASOLA, *op. cit.*, p. 740.

⁸⁷ Cfr. ORLANDINI, *Regioni e parti sociali tra sperimentazioni e “messa a punto” dell'apprendistato professionalizzante*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006, p. 154.

Una simile conclusione induce a ritenere che l'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 sia incostituzionale per contrasto con l'art. 117, co. 4, Cost., così come lo era l'art. 49, co. 5-ter, d.lgs. 276/03.

L'approvazione del t.u. sull'apprendistato con il consenso unanime delle Regioni e delle associazioni sindacali e con un'ampia adesione delle associazioni datoriali⁸⁸ (Intesa del 17 febbraio 2010) non appare significativa al fine di escludere tale incostituzionalità. Semplicemente, si ipotizza che le Regioni, per qualche "misteriosa ragione", abbiano rinunciato all'esercizio di una parte delle proprie competenze legislative e le abbiano, più o meno arbitrariamente e illegittimamente, trasferite allo Stato⁸⁹.

L'incostituzionalità dell'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 lascia presumere che anche altre previsioni della novella del 2011 siano illegittime per contrasto con l'art. 117, co. 4, Cost. Si pensi alle norme che regolamentano la necessità del tutore o referente aziendale⁹⁰ (art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. 167/11), la possibilità del riconoscimento della qualificazione professionale acquisita e delle competenze conseguite (art. 2, co. 1, lett. f), d.lgs. 167/11) e, infine, la registrazione della prima e delle seconde nel libretto formativo (art. 2, co. 1, lett. g), d.lgs. 167/11). Le "materie" menzionate sembrano essere regolamentate genericamente dal legislatore statale, che ne rinvia la disciplina specifica all'autonomia collettiva, non solo quando concernono la formazione "professionalizzante", ma anche quando sono relative all'offerta formativa pubblica. Si prospettano, quindi, ulteriori ambiguità riguardo alla

⁸⁸ Cfr. l'Intesa tra Governo, Regioni, Province autonome e parti sociali sul rilancio dell'apprendistato del 27 ottobre 2010 (cfr. *Governo, Regioni, Province autonome e Parti sociali, 27 ottobre 2010, Intesa per il rilancio dell'apprendistato*, in *Boll. Ordinario Adapt*, 2010, n. 37, in www.adapt.it), l'Intesa tra lo Stato e le Regioni del 7 luglio 2011 (sul punto cfr. CARMINATI, FACELLO, *Verso la riforma dell'apprendistato: l'intesa Stato-Regioni del 7 luglio 2011*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2011, n. 41, in www.adapt.it) e l'Intesa tra il Governo e le parti sociali dell'11 luglio 2011 (al riguardo cfr. RUSTICO, *Intesa sull'apprendistato: accordo – di massima – delle parti sociali*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2011, n. 42, *L'apprendistato dopo l'Intesa Governo-parti sociali dell'11 luglio 2011*, in www.adapt.it).

⁸⁹ Secondo una parte della dottrina, la rinuncia alle competenze è stata fatta "per denaro", ossia per liberarsi dei costi che il finanziamento della formazione comporta (in tal senso GAROFALO D., *Del tirocinio*, cit., p. 11; cfr. anche CARINCI F., *E tu lavorerai*, cit., p. 72). Non bisogna dimenticare che la responsabilità economica in materia è a carico del soggetto che ha la competenza a gestirla.

⁹⁰ Come un'attenta dottrina segnala (GAROFALO D., *Del tirocinio*, cit., p. 19), la legge fa un riferimento ambiguo all'alternativa tra tutore e referente, che non è "allo stato ben comprensibile" (GAROFALO D., *Del tirocinio*, cit., p. 19).

conformità della disciplina del t.u. sull'apprendistato all'art. 117 Cost., la cui analisi, data l'economia del lavoro, deve essere rinviata ad altre sedi.

L'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 appare costituzionalmente illegittimo anche rispetto all'art. 77 Cost., vale a dire per eccesso di delega, perché va oltre quanto sancito dall'art. 1, co. 33, lett. c), l. 247/07. Sulla base di tale ultima previsione il Governo avrebbe dovuto limitarsi a garantire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni indispensabili in materia e la loro attuazione su tutto il territorio nazionale⁹¹ (art. 1, co. 33, lett. c), l. 247/07). Non è possibile procedere ad un esame di tutti gli elementi di disciplina in cui il Governo si è “spinto” oltre i poteri assegnatigli dalla legge delega. Appare sufficiente rilevare come la formazione “professionalizzante” sembri essere tra questi, in considerazione del fatto che la competenza a disciplinarla non spetta alla legislazione statale esclusiva.

In sostanza, il d.lgs. 167/11 avrebbe dovuto limitarsi a delineare i livelli essenziali delle prestazioni indispensabili⁹² (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.), al fine di armonizzare le differenti regolamentazioni territoriali, in particolare le leggi regionali. Per perseguire l'obiettivo, la novella del 2011 avrebbe dovuto vincolare le regolamentazioni territoriali all'osservanza di taluni valori riconducibili all'interesse nazionale. In particolare, avrebbe dovuto precisare che devono essere in sintonia con il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), con quello di eguaglianza formale e sostanziale (art. 3 Cost.) e con quello della promozione delle autonomie locali nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.). Allo stesso modo, avrebbe dovuto richiamare l'interesse del lavoratore, ossia stabilire che le leggi regionali tengano conto della situazione del mercato del lavoro locale di riferimento, delle “risorse aggiuntive” e degli “interventi speciali sostenuti dallo Stato per rimuovere gli squilibri economico-sociali e favorire l'effettivo esercizio”⁹³ del diritto alla formazione “professionalizzante”.

⁹¹ La legittimità costituzionale del d.lgs. 167/11 rispetto all'art. 77 Cost. è messa in dubbio da GAROFALO D., *Del tirocinio, cit.*, p. 5.

⁹² Circa i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, cfr. CAVALIERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in TARCHI (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: un primo bilancio*, Giappichelli, 2006, p. 27 ss.; VANDELLI, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in PIOGGIA, VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Ragioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V*, Il Mulino, 2006, p. 1 ss.

⁹³ MALZANI, *op. cit.*, p. 52.

Poste queste premesse, si ipotizza che, essendo la tematica in questione espressione di un sistema complesso e polivalente, le Regioni abbiano precise responsabilità rispetto alla sua regolamentazione⁹⁴ (art. 117, co. 4, Cost.). Anzi, non è assurdo ipotizzare che la legge regionale in via esclusiva possa disciplinare la formazione “professionalizzante” anche quando derivano “conseguenze in ordine ai rapporti di lavoro e alla responsabilità dei datori”, indipendentemente dal fatto che “la materia possa essere inglobata nell’area del diritto privato”⁹⁵. Se fosse stato conforme alle indicazioni della legge delega, il d.lgs. 167/11 non avrebbe “cozzato” con l’invito, tutt’altro che disatteso, a potenziare la contrattazione collettiva (art. 1, co. 33, lett. c), l. 247/07). Il proposito di incentivarla nell’ambito del consolidamento della normativa di legge, infatti, non è escluso dalla riconduzione della regolamentazione della fattispecie alla legge regionale. Anzi, può essere verosimilmente interpretato come rafforzamento del suo ruolo nel quadro del perfezionamento della disciplina legislativa regionale in materia.

8. Il ruolo dell’autonomia collettiva

Nonostante sia legittimata a disciplinarla ai sensi dell’art. 117, co. 4, Cost., la legge regionale in via residuale non appare in grado di disciplinare tutti gli elementi riconducibili alla formazione “professionalizzante”.

Tenuto conto del suo carattere endoaziendale e pratico, si ritiene che alcuni profili, tra i quali, in particolare, quelli formativi, varino da un settore o categoria professionale all’altro. La legge regionale appare troppo generale e astratta per “occuparsi” di aspetti specifici e concreti, che rinviano ad abilità idonee ad essere acquisite *on the job*. La contrattazione collettiva, invece, sembra capace di elaborare una normativa adatta a soddisfare appositamente una simile esigenza⁹⁶. Infatti, tiene conto della peculiarità del settore produttivo di riferimento, “assumendo un orientamento più selettivo sul fronte del livello negoziale”⁹⁷, sia sul piano nazionale, sia, entro certi limiti, su quello territoriale e/o aziendale⁹⁸. Non bisogna dimenticare, inol-

⁹⁴ CARUSO, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁵ GARILLI, *op. cit.*, p. 353.

⁹⁶ I contratti collettivi sono quelli stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi (art. 43 ss., d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, per il lavoro privato).

⁹⁷ D’ONGHIA, *Il testo unico, cit.*, p. 217.

⁹⁸ Al riguardo, cfr. circolare del Ministero del lavoro 11 novembre 2011 n. 29.

tre, il ruolo degli enti bilaterali, che è stato potenziato dal legislatore del 2011⁹⁹ (art. 7, co. 5, d.lgs. 167/2011), anche nel senso di abilitare i soli organismi realmente e significativamente rappresentativi (art. 2, co. 1, lett. h), d.lgs. 276/03).

Si profila, dunque, la sussistenza di una competenza normativa “bifronte”, in virtù della quale la disciplina della fattispecie spetta, per previsione costituzionale (art. 117, co. 4, Cost.), alla legge regionale in via esclusiva, ma alcuni profili specifici possono essere “trattati” adeguatamente solo dall’autonomia collettiva.

La legge regionale si reputa legittimata a determinare l’equilibrio tra la formazione “professionalizzante” e l’offerta formativa pubblica, sippure previa intesa con le parti sociali di livello regionale. Tra gli altri ambiti di sua competenza si individuano le condizioni alle quali riconoscere, eventualmente, la capacità formativa dell’azienda¹⁰⁰. Si suppone, inoltre, deputata in via esclusiva alla programmazione degli interventi formativi di entrambi i tipi, alla determinazione delle modalità di gestione dei servizi corrispondenti, al conferimento di un’apposita autorizzazione delle agenzie formative e alla creazione di un’anagrafe di queste ultime e dei lavoratori coinvolti. Anche la determinazione di tutto ciò che concerne il tutore aziendale, la certificazione della formazione, sia “professionalizzante” sia pubblica, e la sua registrazione, assieme alla qualificazione professionale, nel libretto formativo, appaiono riconducibili alla legislazione regionale residuale. Infine, quando la formazione è svolta in azienda e dall’azienda, anche se per mezzo di docenti esterni, le Regioni non possono essere completamente estromesse dalla sua regolamentazione. Per quanto l’offerta formativa sia finanziata dal datore di lavoro, infatti, la legge regionale non può non “occuparsi” del controllo sullo svolgimento della stessa, dell’accertamento dell’effettiva attuazione dell’obbligo formativo e, prima ancora, della verifica delle capacità dei soggetti attuatori.

Ai contratti collettivi, invece, pare dover essere attribuita la determinazione dei profili formativi in senso stretto, ossia l’insieme delle conoscenze e delle competenze, necessarie per una determinata figura professionale o per gruppi di figure professionali affini, che l’apprendista deve acquisire “*on the job*”.

⁹⁹ Le funzioni e i compiti degli enti bilaterali, anche in tema di formazione, sono elencati da D’ONGHIA, *Il testo unico*, cit., p. 219, nota 32.

¹⁰⁰ Negli stessi termini, anche se con riferimento alla formazione aziendale previgente, ROCCELLA, *La disciplina*, cit., pp. 192 ss. e 198. *Contra* TIRABOSCHI, *L’apprendistato professionalizzante*, cit., p. 1059.

Le funzioni regolative dell'autonomia collettiva non si considerano in contrasto con la supposta incostituzionalità dell'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 rispetto all'art. 117, co. 4, Cost. Si ribadisce, anzi, con forza come la legge statale non sia legittimata a disciplinare una materia che non è attribuita alla sua competenza – se non ai fini della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni indispensabili in materia – ne, tanto meno, ad attribuirne il compito alle parti sociali. L'art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11, pertanto, sarebbe in linea con i principi costituzionali se il rinvio all'autonomia collettiva sottintendesse che quest'ultima deve tener conto della legge regionale nei termini anzidetti. Sulla base di un simile presupposto, il rinvio sarebbe legittimo, perché la normativa elaborata dalle parti sociali affiancherebbe quella legislativa – in tal caso di matrice regionale – senza entrare in conflitto con essa, rispetto agli aspetti che quest'ultima non può regolamentare adeguatamente. In questo modo, contribuirebbe a colmare le lacune legislative e, al tempo stesso, ad adattare la disciplina complessiva della materia alle peculiarità di settore o di categoria, a quelle territoriali e/o aziendali e, infine, alle esigenze di tutela del lavoratore.

Un profilo interessante è dato dall'utilità che la contrattazione collettiva potrebbe avere in tema di aggiornamento del sistema delle qualifiche e dei livelli professionali e, più in generale, di inquadramento professionale dei lavoratori, “che in molti settori figura tra le parti più desuete della disciplina contrattuale”¹⁰¹. Un sistema di classificazione del personale adeguatamente disciplinato, infatti, consentirebbe di fronteggiare meglio e più velocemente le esigenze del mercato. Non a caso quest'ultimo richiede, sempre più spesso, professionalità e competenze che, anche a causa del rapido sviluppo tecnologico, non sempre sono disciplinate in maniera appropriata dai contratti collettivi. Il perseguimento di tale obiettivo si configura come una via da seguire in vista della piena valorizzazione della contrattazione collettiva nazionale, nonché, in certi casi, di quella territoriale e/o aziendale, mediante il suo adattamento, settore per settore, alla nuova disciplina legislativa statale¹⁰².

Il peso della contrattazione collettiva in ordine alla disciplina della formazione “professionalizzante” impone di verificare quale relazione la legghi alla legislazione regionale.

¹⁰¹ LAI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰² Cfr. il parere favorevole del Senato del 27 luglio 2011 e quanto riconosciuto e sottoscritto da Governo, Regioni e parti sociali nell'Intesa del 17 febbraio 2010. Si veda anche la circolare del Ministero del lavoro 29/11.

Per quanto concerne i profili formativi, che la legge regionale non è in grado di “trattare” autonomamente, i contratti collettivi devono coordinarsi con le previsioni della medesima. Il coordinamento non implica che l'autonomia collettiva sia soggetta alla legge regionale né che debba adeguarsi ad essa, ma che l'una e l'altra operino in attuazione di uno o più principi di rango costituzionale (si veda *infra*, par. 9).

Il problema assume una connotazione differente rispetto agli aspetti, suenunciati, della formazione “professionalizzante” che spettano alla competenza esclusiva della legge regionale. L'impressione è che, riguardo ad essi, i contratti collettivi siano sottoposti al principio della inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius* della legge regionale¹⁰³. Sulla stessa lunghezza d'onda di un'attenta dottrina, si ritiene che tale criterio non possa essere contraddetto dalla recentissima previsione legislativa concernente la relazione tra le legge e i contratti collettivi aziendali di prossimità, perché il legislatore del 2011 non contempla l'apprendistato¹⁰⁴ (art. 8, co. 2, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito dalla l. 14 settembre 2011 n. 148). La facoltà di tali peculiari negozi collettivi di apportare deroghe peggiorative alla legge sembra, inoltre, dover essere esclusa in virtù del riferimento alla finalità della maggiore occupazione, che costituisce l'obiettivo principale del contratto di mestiere. Infine, non bisogna dimenticare che la deroga *in peius* sarebbe, comunque, impedita dall'impegno delle parti sociali, assunto il 21 settembre 2011, a stipulare contratti collettivi, in linea con quanto sancito dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011¹⁰⁵.

Si ipotizza, dunque, che le competenze delle Regioni e delle parti sociali¹⁰⁶ debbano essere suddivise nei termini anzidetti e che i contratti col-

¹⁰³ *Contra*, anche se si riferisce alla problematica nell'ambito della disciplina previgente, CIUCCIOVINO, *Stato, cit.*, p. 1096.

¹⁰⁴ Cfr. D'ONGHIA, *Il testo unico, cit.*, p. 217.

¹⁰⁵ Sul contenuto dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 cfr., per tutti, CARINCI F., *L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2011, n. 125, in *csdle.lex.unict.it*. Riguardo alla convalida dell'Accordo, che ha avuto luogo il 21 settembre 2011, si vedano GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2012, n. 139, in *csdle.lex.unict.it*; FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2011, n. 129, in *csdle.lex.unict.it*.

¹⁰⁶ In argomento cfr. ZOPPOLI L. (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro: studi preparatori*, Quaderni Arlav, 2007; SARACINI, *Apprendistato, contrattazione collettiva e riforma del mercato del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 531 ss.

lettivi debbano rispettare la legislazione regionale e quella statale¹⁰⁷, adattandosi ad ogni singola realtà territoriale.

Un fattore critico è costituito dall'inesistenza di qualunque regolamentazione della ripartizione delle competenze tra i diversi livelli contrattuali¹⁰⁸. Il che, da un lato, non desta perplessità se si considera che, solitamente, spetta alla stessa autonomia collettiva l'onere di introdurre una regolamentazione apposita. Dall'altro lato, però, può dar luogo ad una lacuna difficilmente colmabile se le parti sociali non intervengono in tal senso. Si considera, quindi, irragionevole "l'identica approssimazione tecnica" degli stessi, che sono "previsti come se fossero tutti equivalenti"¹⁰⁹.

Il problema potrebbe essere aggirato mediante l'estensione a tale contesto della regola generale secondo la quale l'intervento dei contratti collettivi di secondo livello è "possibile solo se invocato espressamente dal contratto nazionale e in senso migliorativo"¹¹⁰. In fondo, i principi e i criteri direttivi in materia di apprendistato possono essere determinati dalla contrattazione collettiva di secondo livello, anche se è cedevole rispetto a quella nazionale di categoria¹¹¹.

La ripartizione dei ruoli tra i diversi livelli da parte dell'autonomia collettiva, comunque, non è sinonimo di tutela sicura per l'apprendista, perché non è da escludere che sia poco garantista nei suoi confronti. Pertanto, appare opportuno che la contrattazione nazionale provveda sia alla suddivisione *una tantum* dei compiti spettanti ai diversi livelli, sia alla loro specificazione, di volta in volta, per mezzo degli accordi territoriali, sulla base delle realtà delle quali è espressione, anche rispetto alla formazione "professionalizzante".

9. I principi giuridici di regolazione della ripartizione di competenze

La formazione "professionalizzante" e, specialmente, l'attribuzione della sua disciplina alla competenza legislativa regionale esclusiva riflette

¹⁰⁷ Sul punto cfr. NAPOLI, *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva*, in DI STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, 2004, p. 169 ss.

¹⁰⁸ Il problema della mancata determinazione delle funzioni regolative dei diversi livelli contrattuali e del mancato riferimento a quelli territoriali e aziendali è messo in evidenza da CARINCI E., *E tu lavorerai*, cit., p. 74; GAROFALO D., *Del tirocinio*, cit., p. 14.

¹⁰⁹ CARINCI E., *E tu lavorerai*, cit., p. 74.

¹¹⁰ D'ONGHIA, *Il testo unico*, cit., p. 217.

¹¹¹ Cfr. circolare del Ministero del lavoro 29/II.

“l’attualità del riparto di funzioni” che si realizza “nel quadro dell’assetto costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni”¹¹². Non ci si trova, quindi, dinanzi ad un pezzo a sé stante di una materia scomponibile, da essa estrapolabile in qualunque momento e dotato di “vita propria” secondo la convenienza del momento. In linea con quanto teorizzato da Bruno Caruso, invece, sembra consistere in una parte di un sistema unitario caratterizzato da vari elementi – “i contratti, l’assetto, il finanziamento, le tipologie, le funzioni della formazione, etc.”¹¹³ – tra loro inestricabilmente connessi. Anche la disciplina della fattispecie, dunque, è espressione del processo di differenziazione del diritto del lavoro, nel quale concorrono competenze diverse che non operano secondo schemi prestabiliti, ma si adattano alle diverse esigenze territoriali. Non è agevole individuare esattamente la linea di confine tra i diversi ambiti di operatività dei soggetti istituzionali e delle parti sociali. Per poterlo fare, si devono impiegare modelli di riferimento che coincidono con precisi valori, riconducibili ad una logica policentrica, analoga a quella richiamata dal Trattato Costituzionale Europeo. La peculiarità di tale “espediente” è garantire una disciplina più partecipata e vicina agli interessi del lavoratore, in armonia con i territori e idonea ad assicurare la libertà e l’eguaglianza nel rapporto e nel mercato del lavoro, avendo “riguardo alle peculiarità delle singole situazioni”¹¹⁴.

Il perseguimento di un simile obiettivo sembra poter essere assicurato mediante l’assoggettamento della relazione tra la legge regionale e l’autonomia collettiva al principio costituzionale della leale collaborazione¹¹⁵ (art. 120 Cost.).

L’osservanza di tale principio è testualmente richiamata dalla normativa sull’offerta formativa pubblica, che, come si è detto, deve essere regolamentata dalle Regioni (e dalle Province autonome di Trento e Bolzano?), “sentite le parti sociali” (art. 4, co. 3, d.lgs. 167/11).

Non se ne trova traccia, invece, in quella sulla formazione “professionalizzante”, forse perché il legislatore, reputandola “impropriamente” di sua esclusiva competenza, la assegna altrettanto “impropriamente” all’autonomia collettiva (art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11).

¹¹² MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, 2007, p. 122.

¹¹³ CARUSO, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁴ CARUSO, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁵ Sul principio di leale collaborazione cfr. MICHETTI, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*, in *GC*, 2006, p. 256.

Nonostante la competenza “bifronte” relativa alla disciplina della stessa (formazione “professionalizzante”), il legislatore statale avrebbe dovuto prendere testualmente atto di tale particolare suddivisione di ruoli e precisare che la legge regionale e l’autonomia collettiva devono collaborare lealmente in sede di elaborazione della normativa in materia.

Il mancato richiamo del principio di leale collaborazione, pertanto, consente di ipotizzare che l’art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 sia costituzionalmente illegittimo anche per contrasto con l’art. 120 Cost.

Vero è che la leale collaborazione è stata costantemente presa in considerazione sia in sede di definizione della bozza del vigente testo unico sull’apprendistato sia successivamente alla sua entrata in vigore. Non si può certo negare che il legislatore statale abbia seguito una linea di consultazione e di confronto con i legislatori regionali e con le parti sociali in vista della sua elaborazione e successiva applicazione. L’Intesa del 27 dicembre 2010 e lo schema di Accordo multilaterale del 12 aprile 2012 sono significativi al riguardo. Appare evidente il comune intento di “scongiurare il fenomeno, che ha caratterizzato la riforma del 2003, del ricorso alla Corte Costituzionale per la violazione dell’art. 117 Cost.”¹¹⁶.

Ciononostante, l’appello al principio di leale collaborazione in queste sole sedi non si considera sufficiente ad assicurare la costante interazione tra le leggi regionali e l’autonomia collettiva. Per garantire l’armonia, l’art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11, dovrebbe stabilire che la legge regionale e l’autonomia collettiva osservino, rispettivamente, i principi informativi prefigurati al suo interno e nell’ambito della legge regionale, e operino sulla base di una sorta di accordo preliminare.

Un simile meccanismo si reputa favorevole per “le relazioni, su un piano “paritario”, tra soggetti di natura diversa: strada intrapresa dal d.lgs. 276/2003, relativamente al coinvolgimento simultaneo degli organi legislativi (nella specie, regionali) e delle parti sociali”¹¹⁷.

L’elaborazione della normativa sui diversi aspetti della formazione “professionalizzante” implica che gli attori ad essa deputati procedano di pari passo e siano costantemente in contatto tra loro. Affinché ciò accada, l’una e l’altra devono rifarsi ad un’intesa multilaterale che disciplini “le modalità di esercizio delle competenze tra loro implicate”¹¹⁸. La “previsione

¹¹⁶ GAROFALO D., *Del tirocinio*, cit., p. 10.

¹¹⁷ DI CASOLA, *op. cit.*, p. 737.

¹¹⁸ BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in LR, 2004, p. 581.

di intese locali” dovrebbe costituire la “precondizione per l’esercizio della potestà legislativa della Regione”¹¹⁹. Naturalmente, il raggiungimento di un’intesa preliminare dovrebbe sottintendere la “paritaria codeterminazione dell’atto”¹²⁰, anch’essa funzionale alla risoluzione, alla composizione e, specialmente, alla prevenzione di eventuali conflitti di disciplina. In quanto “attori che operano in uno stesso territorio o contesto”¹²¹, Regioni e parti sociali dovrebbero scambiarsi reciproche informazioni riguardo alle loro rispettive intenzioni, ai fini del raggiungimento del risultato serenamente concertato, senza la prevalenza dell’uno o dell’altro¹²². Se così non fosse, si vincolerebbe la prima alla volontà delle seconde, che, peraltro, si troverebbero nelle condizioni di bloccare l’attività legislativa mediante la mancata stipulazione dell’intesa.

L’osservanza dell’intesa multilaterale da parte delle Regioni e ad opera delle parti sociali deve essere assicurata da un organismo di livello superiore, atto a fare in modo che si muovano sui binari della cooperazione. Appare ragionevole presumere che un simile ruolo debba essere svolto dallo Stato, perché ha l’autorità e gli strumenti per determinare le modalità operative dei soggetti coinvolti¹²³. Non si reputa necessario che l’intesa proceda alla regolamentazione della via che lo Stato dovrebbe seguire in qualità di soggetto *super partes*. Le principali “direttive”, infatti, possono essere agevolmente desunte dal sistema costituzionale delle fonti e dall’ordinamento intersindacale. Lo Stato può servirsi delle competenze trasversali legate alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni indispensabili. L’art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11, appositamente “ritoccato”, pertanto, dovrebbe disciplinare concretamente tale controllo costante e garantirne l’attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale (art. 1, co.

¹¹⁹ TROJSI, *La concertazione locale nel nuovo quadro istituzionale*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, pp. 46-47.

¹²⁰ C. Cost. 24/07, *cit.*, richiamata da DI CASOLA, *op. cit.*, p. 737.

¹²¹ TROJSI, *La potestà regionale*, *cit.*, p. 671.

¹²² I comportamenti “dovuti” dalle Regioni e dalle parti sociali di livello regionale, alla luce del principio di leale collaborazione, sono quelli suggeriti dalla Corte Costituzionale al legislatore pugliese per ovviare all’incostituzionalità dell’art. 2, co. 2, l.r. Puglia 22 dicembre 2005 n. 15, per mezzo della sentenza 24/07.

In proposito cfr. C. Cost. 24/07, *cit.*, p. 394 ss. Si veda anche CARUSO, ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in RIDL, 2007, II, p. 596 ss.

¹²³ Sui rapporti tra Stato e Regioni, cfr. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in LR, 2002, p. 1325 ss.

33, lett. c), l. 247/07). Anche le Intese del 2010 e del 2012 dovrebbero essere prese in considerazione, al fine di integrarne le previsioni, in forza del principio di leale collaborazione.

Il coordinamento non sembra poter essere realizzato in maniera completa se ci si limita ad affermare che le Regioni e le parti sociali di livello regionale debbano rifarsi al solo principio della leale collaborazione. Considerata la sua complessità, si reputa verosimile che l'obiettivo possa essere perseguito fino in fondo se l'interazione tra i soggetti legittimati alla disciplina della formazione "professionalizzante" è sottoposta anche al principio di sussidiarietà¹²⁴ (art. 118 Cost.). Non a caso il primo è considerato da una parte della dottrina come la "duplice accezione del secondo"¹²⁵, inteso nella sua dimensione orizzontale e concernente la c.d. "concertazione sociale"¹²⁶, tanto da acquisire dignità costituzionale¹²⁷. Se così non fosse, la legge delegata sarebbe in contrasto, anche se indirettamente, con l'art. 118 Cost. Il riferimento al principio di sussidiarietà, infatti, consentirebbe di realizzare davvero un sistema di *governance* diffusa, caratterizzato dall'incrocio e dal coordinamento delle parti firmatarie dell'intesa multilaterale, quali modelli di regolamentazione "privatistici, pubblicistici, parapubblici e privati"¹²⁸.

La rilevanza biunivoca dei due principi costituzionali non implica che si intersechino in sede di regolamentazione dell'interazione delle Regioni e delle parti sociali di livello regionale. Appare verosimile che la leale collaborazione si concretizzi nella cooperazione tra loro in vista dell'elaborazione di una regolamentazione ispirata al compromesso. Il postulato della sussidiarietà, invece, dovrebbe supplire all'eventuale impossibilità di giungere ad un accordo e favorire la prevalenza della fonte più vicina alla situazione disciplinata, a meno che quella di livello superiore non si riveli più appropriata al caso concreto.

L'inadeguatezza della novella del 2011 a garantire al meglio l'aggregazione dei modelli di regolamentazione legislativa (regionale) e convenzionale, ad ogni modo, determina la necessità di un nuovo intervento del le-

¹²⁴ Sul principio di sussidiarietà cfr., per tutti, CARINCI F., *Il principio della sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, 2006, p. 1496; CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *ADL*, 2004, p. 801.

¹²⁵ DI CASOLA, *op. cit.*, p. 737.

¹²⁶ L'espressione è di DI CASOLA, *op. cit.*, p. 737.

¹²⁷ Cfr. TROJSI, *La potestà regionale*, *cit.*, p. 671; DI CASOLA, *op. cit.*, p. 737.

¹²⁸ CARUSO, COMANDÈ, *op. cit.*, p. 777.

gislatore statale o della Corte Costituzionale per ovviare a tali incongruenze, garantire la determinazione delle modalità di tutela della formazione “professionalizzante” in linea con quanto sancito dall’art. 117 Cost. e individuare le misure del tasso di disegualianza tollerabile tra le leggi regionali e i contratti collettivi nazionali e di secondo livello.

Purtroppo, però, “se (...) la conclusione ‘teorica’” comporta “che, a Costituzione invariata non sarebbe possibile per il legislatore agire come se” l’art. 117 Cost. “fosse stato abrogato per desuetudine”, “la prospettiva ‘pratica’” non cambia, per cui “a situazione fattuale immutata, la forza di auto-perpetuazione dell’esistente rimane irresistibile”¹²⁹.

Abstract

La competenza legislativa sulla disciplina della formazione “professionalizzante” nel contratto di mestiere è comunemente attribuita allo Stato, perché l’art. 4, co. 2, d.lgs. 167/11 rinvia alla contrattazione collettiva il compito di regolamentarla dettagliatamente. Il presente lavoro, pertanto, si propone di capire se la medesima sia realmente deputata alla legislazione statale o se spetti, almeno in parte, alla potestà legislativa delle Regioni ai sensi e per gli effetti dell’art. 117, co. 4, Cost., nel rispetto dei principi costituzionali di leale collaborazione e di sussidiarietà.

The legislative authority responsible for regulation of professional training of the professional apprenticeship contract is commonly considered State competence. This is due to the fact that the d.lgs. of 14 September 2011 n. 167, article 4, paragraph 2, defers to the collective bargaining with the task of defining their more detailed regulation. The objective of this research is to ascertain whether this matter should be competence of legislator at State level or, at least, in part, at Regional level, in accordance with art. 117, paragraph 4, of Constitution, and in compliance with the Constitutional principles of rightful cooperation and subsidiarity.

¹²⁹ CARINCI E, *E tu lavorerai*, cit., p. 7.

Cfr. anche MANGIAMELI, *Il significato della riforma a dieci anni dalla revisione del Titolo V della Costituzione*, in LR, 2010, p. 1235 ss.

Ornella La Tegola

Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Melfi*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Il binomio assenze e produttività negli Accordi Fiat. **3.** Le forme anomale di assenteismo. **4.** La “sanzione” in deroga al contratto collettivo. **5.** Il presupposto per l'applicazione della misura disincentivante l'assenteismo. **6.** La Commissione paritetica. **7.** La chiusura dello stabilimento in concomitanza di tornate elettorali politiche, amministrative e referendarie. **8.** I permessi retribuiti di legge e/o contratto nell'arco della settimana lavorativa. **9.** I modelli regolativi del fenomeno assenteismo nel contratto collettivo di primo livello del 13 dicembre 2011 e l'Accordo di Melfi. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Tra i numerosi aspetti regolati dagli accordi Fiat di Pomigliano del 15 giugno 2010, poi ripreso nel contratto collettivo aziendale di II livello del 17 febbraio 2011¹, e di Mirafiori del 23 dicembre 2010, vi è il fenomeno definito dalle parti “assenteismo” cui è dedicata un'intera clausola² dei contratti, a testimonianza, come vedremo, dell'importanza dell'eliminazione di questo fenomeno per il rilancio produttivo degli stabilimenti dell'azienda Fiat³.

* Il contributo riprende l'intervento tenuto il 6 luglio 2011 presso l'Università di Cassino, in occasione del Convegno su “*Le relazioni sindacali in Fiat: un nuovo modello per il futuro?*”.

¹ Il citato contratto collettivo di II livello è stato stipulato tra la New co. di Pomigliano e le OO.SS. territoriali di Napoli FIM, CISL, UILM, UIL, FISMIC e UGL per il personale che confluisce nella fabbrica di Pomigliano.

² La n. 4 nell'Accordo su Mirafiori e la n. 8 nell'Accordo sullo stabilimento di Pomigliano entrambe rubricate “Assenteismo”.

³ Così come pure specificato nel preambolo degli accordi di Pomigliano e Mirafiori. Il contenuto di queste clausole ha provocato le reazioni a caldo dei primi commentatori degli accordi che, nel valutare l'insieme delle previsioni ivi contenute, hanno concluso per un regresso delle tutele dei lavoratori, sollevando, in alcuni casi, sospetti di illegittimità delle clausole stesse. Hanno sollevato dubbi di tenuta della clausola n. 8 di Pomigliano con riferimento al diritto costituzionalmente garantito di sciopero LEONARDI, *Gli accordi separati: un vulnus*

Da ultimo, la clausola sull'assenteismo è stata rivista a livello nazionale in data 13 dicembre 2011. Fim Cisl, Uilm Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici, Associazione Quadri e Capi Fiat, per la parte sindacale, e Fiat S.p.A., per la parte aziendale, hanno, infatti, modificato la formulazione della citata clausola di cui al contratto collettivo di primo livello del 29 dicembre 2010 (di seguito anche ccpl). Come noto, il contratto collettivo di I livello⁴ per Fabbrica Italia Pomigliano del 29 dicembre 2010, nella originaria versione, prevedeva il rinvio a livello aziendale della definizione di “normative specifiche atte a contenere il fenomeno (l'assenteismo, ndr) e ad evitare eventuali abusi anche attraverso la riduzione degli oneri a carico aziendale”; norma che, quindi, pienamente legittimava il contenuto delle clausole in commento⁵.

letale per le relazioni industriali, in *QRS*, 2010, 3, p. 355; BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano*, in *QRS*, 2010, 3, p. 337.

⁴ Sulla nozione di contratto collettivo di primo livello e per la ricostruzione dei rapporti tra quest'ultimo e quelli di II livello si rinvia, da ultimo, a SANTORO PASSARELLI G., *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, 2011, III, p. 161 ss. Sulla contrattazione collettiva aziendale in deroga cfr., da ultimo, ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *DRI*, 2011, p. 1001; CARINCI E., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *ADL*, 2011, pp. 476-478, nonché PERONE, *Guardare all'attuale crisi e al futuro del sindacato con equilibrio e lungimiranza*, in questa rivista, 2012, p. 19 ss.

⁵ Le disposizioni della clausola di commento sono state altresì legittimate dal c.d. comma Fiat (cfr. PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 132/2011, p. 56) dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni con l. 14 settembre 2011 n. 148 che, come noto, stabilisce che i contratti collettivi aziendali sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori. Sull'art. 8 cfr., da ultimo, MAZZOTTA, *Apocalittici e integrati alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *LD*, 2012, p. 19 ss.; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 31 ss.; PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*; ALES, *Dal “caso FIAT”, cit.*; CARINCI E., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 133/2011, p. 38; VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in www.ebinter.it/allegati/news/12-10-11_vallebona_30_09_.pdf, 2011, p. 14, che ritiene incostituzionale l'art. 8 c. 3. Sull'accordo del 28 giugno 2011, da ultimo, CARINCI E., *L'accordo interconfederale, cit.*, p. 457 ss.; ALLEVA, SCARPELLI, FERRANTE, ANGIOLINI, *Opinioni a confronto: L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2011, n. 3. Sul rapporto tra art. 8 e Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 cfr., da ultimo, il volume monografico di *RGL*, n. 3, 2012, e, ivi, in particolare i saggi di BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, e SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*; nonché

Nella nuova versione, il contratto di primo livello sembra appropriarsi della materia definendo la regolamentazione applicabile e rinviando alle parti sociali di livello aziendale l'opzione, da esercitare entro il 30 aprile 2012⁶, per uno dei modelli di contrasto all'assenteismo ivi previsti ("Assenteismo - versione A" e "Assenteismo - versione B"), nonché – nel caso in cui si opti per la versione A – il compito di stabilire (entro il 31 dicembre 2012) "*provvedimenti efficaci e condivisi per contrastare il fenomeno e per realizzare l'obiettivo*" qualora la Commissione verifica assenteismo non individuati soluzioni efficaci a livello di unità produttiva.

Per motivi di chiarezza espositiva, si procederà, anzitutto, a commentare le clausole dei contratti di Pomigliano e Mirafiori, rinviando, invece, alle conclusioni il raffronto con il contratto collettivo di primo livello del 13 dicembre 2011.

2. Il binomio assenze e produttività negli Accordi Fiat

Trascorso un significativo lasso di tempo e superato l'impatto emotivo, una riflessione più meditata consente di circoscrivere meglio il fenomeno regolato dagli accordi e di inquadrarlo per quello che sembra essere, e cioè il tentativo di individuare quegli eventi che possono potenzialmente diminuire o avere ricadute negative sulla produttività degli stabilimenti. Stando, infatti, alle dichiarazioni dell'azienda Fiat, l'obiettivo è quello di innalzare la produttività del fattore lavoro e di giungere alla saturazione dell'utilizzo degli impianti⁷.

Tuttavia, al di là del contrasto alle assenze, emerge con chiarezza la reale *ratio* delle misure previste dalle clausole in commento. L'elevato livello

LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 3, e LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *LD*, 2012, p. 55 ss.

⁶ Le parti sociali a livello di stabilimento avrebbero dovuto definire entro il 30 aprile 2012 l'opzione da applicare tra le versione A e la versione B. In assenza di tale decisione, l'esercizio dell'opzione è rimessa alle parti firmatarie del ccpl che avrebbero dovuto optare entro il 31 maggio 2012 "con riferimento ai valori registrati dal 1° gennaio 2012".

⁷ Intensità, continuità della produzione e flessibilità dell'impiego della forza lavoro sembrano essere le parole chiave per affrontare la sfida della competizione internazionale tra le imprese derivante dalla globalizzazione. Per osservazioni in proposito, cfr. ACCORNERO, *Pomigliano d'Arco: ovvero la parabola del contratto*, in questa rivista, 2010, p. 255; LEONARDI, *Gli accordi separati*, cit., p. 357, e, con approccio differente, DE LUCA TAMAJO, *L'Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, p. 1080; DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, in questa rivista, 2010, pp. 505-508.

di assenteismo incide sulla produzione della Fiat perché contrasta con il nuovo modello di organizzazione del lavoro – il *World Class Manufacturing* (WCM)⁸ – e con il nuovo sistema di metrica del lavoro basato sullo schema Ergo-UAS. Entrambi i sistemi citati sono strumenti la cui applicazione comporta una riduzione della tempistica di esecuzione della singola prestazione lavorativa con progressiva intensificazione dell'uso della forza lavoro⁹. Come è noto, il WCM si basa sulla riduzione al minimo delle perdite e degli sprechi in modo da far coincidere il più possibile il tempo di lavoro con quello di produzione¹⁰. A tale sistema fa da sponda l'Ergo-UAS¹¹ che, invece, è un sistema internazionale di misurazione dei tempi e dei metodi di lavoro che calcola i tempi di riposo, e di conseguenza quelli di lavoro¹². Le soluzioni ergonomiche introdotte da tale nuovo sistema consentono, infatti, di riconoscere tre pause di dieci minuti ciascuna (in luogo delle precedenti due di venti minuti ciascuna) ai lavoratori delle linee a trazione meccanizzata¹³, e una pausa di venti minuti (fruibile anche in due pause da

⁸ Che costituisce una variante del modello giapponese del toyotismo della *lean production* per ridurre i tempi morti della produzione e distribuzione. Sul WCM si rinvia alla disamina più approfondita di MIRANDA, *Gli accordi Fiat e Chrysler: verso un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?*, in questa rivista, 2012, p. 93 ss.; da ultimo, CALAFÀ, *Cartoline da Detroit*, in LD, 2011, pp. 366-371.

⁹ BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in ADL, 2010, pp. 1098-1099; CARINCI F., *Se quarant'anni vi sembrano pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, in ADL, 2010, p. 581; MAGNANI, *Da Pomigliano a Mirafiori: gli effetti dell'accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in IUSTITIA, 2011, p. 11 ss.

¹⁰ Viene perciò riorganizzato il posto di lavoro affinché i pezzi e il materiale siano il più vicino possibile al lavoratore, evitando i "tempi morti" della fase di produzione. Sul punto anche BROLLO, *op. cit.*, p. 1098; MAGNANI, *op. cit.*, p. 2; MIRANDA, *op. cit.* A ciò si aggiunga che secondo il sistema WCM si devono produrre sulla stessa linea più modelli di vetture e non uno solo, come sinora fatto, con potenziale incidenza sullo stress lavoro-correlato. Scrive che l'archetipo su cui è modellato il sistema WCM è il robot poiché non si stanca e non rallenta mai il ritmo, GALLINO, *La globalizzazione dell'operaio*, in *La Repubblica*, 14 giugno 2010, p. 1.

¹¹ Di derivazione tayloristico-fordista, molto diffuso nell'industria dell'auto tedesca, in particolare in Opel e Volkswagen.

¹² Si basa sull'indice di rischio relativo alle patologie muscolo-scheletriche. Il limite essenziale di un simile sistema è quello di considerare esclusivamente i rischi di carattere fisico per la salute e la sicurezza del lavoratore; mentre, non trova assolutamente spazio il rilievo dello stress lavoro-correlato che nell'ottica dell'attuale apparato legislativo, assume una posizione centrale (cfr. art. 28 d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81). Nello stesso senso BROLLO, *op. cit.*, p. 1099.

¹³ Che si dividono in linee a trazione meccanizzata con scocche in movimento continuo e in linee c.d. passo-passo il cui avanzamento è deciso dai lavoratori mediante la pressione di un pulsante.

dieci minuti ciascuna) ai restanti lavoratori. L'integrazione dei due modelli modifica il sistema produttivo degli stabilimenti incrementando l'intensità e la velocità della prestazione lavorativa. È ovvio che, una volta entrato a regime, la sua interruzione dovuta ad assenze (seppure giustificate) e a fenomeni di assenteismo incide negativamente sulla produzione rallentandola in modo sostanziale.

Ecco perché le assenze dei dipendenti (comunque motivate) sono poco tollerate dall'azienda ed è necessario adoperarsi per contrastarle, al fine di ridurre il più possibile la media delle stesse.

I metodi tecnologici e organizzativi sinteticamente descritti si pongono, pertanto, come obiettivo il miglioramento continuo delle *performance* aziendali come requisito per competere nel mercato globale¹⁴. Gli istituti e gli strumenti tradizionali della contrattazione collettiva devono, perciò, tenere conto di questi metodi e, necessariamente, adeguarsi a essi. La contrattazione aziendale Fiat è, se vogliamo, una risposta alle accennate esigenze di "ammodernamento" in linea con il mutato contesto economico e l'internazionalizzazione dei mercati.

Date le innovazioni contrattuali ivi contenute raggiunte senza unità sindacale e visto il (noto) contrasto opposto da Fiom alla firma degli accordi Fiat di Pomigliano e Mirafiori, è necessario analizzare le citate novità contrattuali (per la parte che in questa sede interessa) non solo dal punto di vista strettamente contenutistico ma anche sistematico.

È evidente, infatti, che nello scenario appena descritto e tenuto conto delle innovazioni contrattuali che esamineremo, il primo e più grave rischio che si corre è quello di non riuscire a garantire la tenuta della coerenza giuridica del nuovo sistema contrattuale con le regole di diritto. Come vedremo, le scelte operate dalle parti sociali, se bene rispondono a una esigenza di razionalità organizzativa interna del sistema Fiat, si muovono spesso *in limine litis* prestando il fianco, in pochi ma significativi casi, a valutazioni negative circa la loro legittimità e circa le ricadute sociali su una parte della popolazione Fiat.

È allora il caso di esaminare singolarmente e compiutamente le innovazioni contrattuali introdotte per poi proporre utilmente una visione di

¹⁴ Rileva come il caso degli accordi Fiat abbia "svelato l'operare di altri processi, connessi alla logica dei mercati globali, ma rivolti all'interno dei sistemi produttivi, più che alla pratica dei mercati esterni", CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in *DLRI*, 2011, p. 105.

insieme complessiva e conclusiva in materia di coerenza giuridica e di ragionevolezza delle scelte contrattuali operate.

3. *Le forme anomale di assenteismo*

La disciplina di apertura della clausola n. 8 dell'Accordo di Pomigliano si occupa del contrasto delle “*forme anomale di assenteismo che si verificano in occasione di particolari eventi non riconducibili a forme epidemiologiche, quali in via esemplificativa ma non esaustiva, astensioni collettive dal lavoro, manifestazioni esterne, messa in libertà per cause di forza maggiore o per mancanza di forniture*”.

Orbene, non solo l'Accordo qualifica come forme anomale di assenteismo una serie di eventi oggetto di disciplina non uniforme, ma, il riferimento a eventi “non riconducibili a forme epidemiologiche” (così come denominate dalla clausola in commento) fa sì che rientri nella disciplina anche la malattia *tout court*, sicché la sanzione individuata nella clausola colpisce il lavoratore che, durante gli eventi ivi indicati, si trovi in stato di malattia effettiva. Conclusione, peraltro, che trova conferma nell'art. 24 del titolo terzo del ccpl del 13 dicembre 2011 dove viene previsto che “*per prevenire situazioni di elevato livello di assenteismo collegate ad eventi giustificati come malattia che si dovessero verificare nei singoli stabilimenti/enti/unità organizzative, le parti concordano di applicare la regolamentazione di seguito riportata*”.

Da un punto di vista strettamente politico e prima di procedere all'analisi delle singole forme c.d. anomale di assenteismo, è possibile osservare che l'obiettivo della Fiat è, perciò, quello di colpire l'abuso del diritto più che la conquista della contrattazione collettiva della copertura a carico del datore di lavoro dei giorni di malattia non protetti dalla legge. In altre parole, non potendo affrontare il problema dell'abuso dei certificati medici (che in quanto tale non è nella disponibilità delle parti sociali ma riguarda gli organi istituzionali, di governo e la categoria dei medici), si è tentato di contrastarlo attraverso l'applicazione di specifiche sanzioni atte a contenere le perdite (leggi la mancata produzione) dell'azienda nell'eventualità di numerose (e ingiustificate per via della non riconoscibilità di “forme epidemiologiche”) assenze per malattia.

Passando all'analisi delle singole forme definite anomale di assenteismo, possono essere fatte alcune considerazioni sulle “astensioni collettive” e sulle “manifestazioni esterne” richiamate dalla clausola in commento. In proposito, i primi commentatori della norma hanno ritenuto che tra le astensioni

collettive rientrassero anche gli scioperi¹⁵. Orbene, se è possibile ammettere che la norma tende a colpire le libere iniziative dei lavoratori più che gli scioperi proclamati dalle organizzazioni sindacali, è anche vero che il lavoratore che esercita il diritto di sciopero non è in alcun modo colpito dalla sanzione della non copertura economica dei primi tre giorni di malattia. È di tutta evidenza, infatti, che il lavoratore che sciopera non è in malattia ma sta esercitando un diritto sancito dalla Costituzione. Nel caso dello sciopero, quindi, la sanzione (perdita della retribuzione per i primi tre giorni di malattia) è inapplicabile. Diverso è il caso del lavoratore che, in concomitanza dello sciopero, si metta in malattia. In questo caso la sanzione potrà trovare applicazione, perché il lavoratore non sta esercitando il diritto di sciopero avendo egli, in effetti, presentato il certificato di malattia¹⁶.

Se quanto appena osservato è vero, la clausola n. 8 dell'accordo di Pomigliano non è idonea a disincentivare la proclamazione di scioperi da parte delle organizzazioni sindacali, se non nei limiti di cui alla clausola n. 14 per le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo¹⁷.

Per quanto riguarda la messa in libertà¹⁸ per, come recita l'accordo, "cause di forza maggiore o per mancanza di forniture", è il caso di pro-

¹⁵ BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni*, cit., p. 338; LEONARDI, *Gli accordi separati*, cit., p. 356; BROLLO, *op. cit.*, p. 1099.

¹⁶ Rimane sempre il fatto che la falsa attestazione di malattia è prevista dal ccnl come causa di licenziamento per giusta causa, dando luogo, quindi, a una sanzione più grave della perdita della retribuzione per i primi tre giorni di malattia.

¹⁷ Sul punto si rinvia a CHIECO, *Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 117/2011; BALLESTRERO, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 2011, p. 269 ss.

¹⁸ La letteratura in materia è molto vasta così come le pronunce giurisprudenziali. Per brevità ed economia del presente contributo non è possibile trattare in modo compiuto la fattispecie della messa in libertà dei lavoratori. Sul punto si rinvia, oltre all'importante volume di GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1963, secondo cui quando la prestazione di lavoro non può avere luogo per una situazione emersa nella sfera del datore di lavoro, questi, versi o no in colpa (teoria della *mora inculcata*) dovrebbe considerarsi tecnicamente in mora col diritto del lavoratore alla retribuzione normale "in caso di sospensione del lavoro per fatto dipendente dal principale", a GHERA, LISO, *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *ED*, xxvi, Giuffrè, 1976, p. 977; BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, 1990; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992; ID., *L'impossibilità della prestazione per ragioni attinenti al datore di lavoro*, in *DLRI*, 1993, p. 419 ss.; in giurisprudenza, tra le tante, Pret. Milano 20 marzo 1993 in *OGL*, 1993, p. 833; Pret. Milano 12 aprile 1988 in *OGL*, 1988, p. 692; Cass. 16 dicembre 1986 n. 7575 in *Mass. GI*, 1986; Pret. Rho 28 giugno 1984 in *L&O*, 1984, p. 694.

porre alcune precisazioni. La forza maggiore è un accadimento che esula dalla sfera di controllo e di prevedibilità dell'imprenditore, in quanto riguarda fatti che sfuggono al dominio, secondo l'ordinaria diligenza, di chi organizza i fattori di impresa, comprensivi dell'impiego della mano d'opera. La forza maggiore è, in altre parole, un evento imprevedibile al quale l'imprenditore non può sottrarsi (così come il caso fortuito, il "*factum principis*", ovvero l'illecito del terzo) e il suo verificarsi determina, con carattere di non eludibilità, l'interruzione dei lavori con ricaduta sugli oneri di retribuzione dei lavoratori¹⁹. Di solito, la materia viene disciplinata dai contratti collettivi che, nella maggioranza dei casi, pongono a carico del datore di lavoro le sospensioni di breve durata²⁰, prevedendo, invece, la messa in li-

¹⁹ La giurisprudenza è concorde sul punto, cfr., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2010 n. 8129, in *D&G*, 2010; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2010 n. 8130, in *D&G*, 2010; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2010 n. 8128, in *D&G*, 2010; Cass. 26 maggio 2000 n. 6928, in *Mass. GI*, 2000; Cass. 7 ottobre 1991 n. 10456, in *Mass. GI*, 2000; Cass. 7 febbraio 1991 n. 1256, in *MGL*, 1991, p. 239; Cass. 20 giugno 1990 n. 6190, in *Mass. GI*, 1990; Cons. St., sez. VI, 19 marzo 1990 n. 396, in *CS*, 1990, I, p. 580; Pret. Santhià 20 aprile 1989, in *RGL*, 1990, II, p. 361; Cass. 17 luglio 1987 n. 6308, in *RIDL*, 1988, II, p. 190; Cass., sez. un., 20 giugno 1987 n. 5454, in *FI*, 1988, I, c. 2201; Cass. 18 luglio 1985 n. 4251, in *Mass. GI*, 1985; Pret. Bari 12 giugno 1985, in *NGL*, 1985, p. 541; Cass. 15 giugno 1984 n. 3577, in *Mass. GI*, 1984; Cass. 27 luglio 1983 n. 5167, in *RIDL*, 1984, II, p. 394; Cass. 4 dicembre 1982 n. 6614, in *Mass. GI*, 1982; Trib. Matera 10 maggio 1982, in *OGI*, 1982, p. 1528; Pret. Voghera 8 maggio 1981, in *L&O*, 1981, p. 703. Sul punto la giurisprudenza ritiene che l'onere della prova della forza maggiore sia del datore di lavoro, cfr. Cass. 18 gennaio 2001 n. 673, in *Mass. GI*, 2001, Cass. 3 febbraio 1984 n. 836, in *Mass. GI*, 1984. Sulla nullità di clausole del contratto collettivo che autorizzino il datore di lavoro a sospendere unilateralmente il rapporto di lavoro e la relativa retribuzione, senza che ricorra una situazione obiettiva di forza maggiore, non imputabile al datore, cfr. Cass. 26 maggio 2000 n. 6928, in *Mass. GI*, 2000; Cass. 19 luglio 1994 n. 6723, in *Mass. GI*, 1994. Vi sono casi in giurisprudenza in cui è stato escluso che possano rientrare nella forza maggiore il calo delle commesse e le crisi economiche congiunturali e strutturali, in presenza delle quali, ove esse non siano rilevanti ai fini della disciplina della CIG, il datore di lavoro deve scegliere fra la perdita delle maestranze, con recesso dal rapporto *ad nutum* (nei casi consentiti dalla legge) o per giustificato motivo (*ex art. 3 l. 604/66*) con preavviso ed indennità di anzianità, e il mantenimento delle maestranze medesime, con prosecuzione del rapporto e integrale pagamento della prestazione lavorativa non utilizzata, cfr. Cass. 15 giugno 1984 n. 3577, in *Mass. GI*, 1984.

²⁰ Non mancano, infatti, disposizioni nei contratti collettivi per l'ipotesi di interruzione della lavorazione per cause di forza maggiore. Ad esempio, il ccnl per i dipendenti dalle industrie metalmeccaniche private e della installazione di impianti del 15.10.2009 (art. 3) prevede che nel conteggio della retribuzione non si terrà conto delle interruzioni dovute a cause di forza maggiore quando queste – nel loro complesso – non superino i 60 minuti nella giornata. In caso di interruzioni di lavoro che superino nel loro complesso i 60 minuti

bertà dei lavoratori senza onere di pagare la retribuzione nel caso delle sospensioni di lunga durata.

Con riguardo all'altro presupposto della messa in libertà previsto dall'accordo, e cioè la mancanza di forniture, occorre precisare che quest'ultima è un'ipotesi diversa dalla forza maggiore giacché può derivare anche da fatti imputabili all'organizzazione aziendale. Orbene, la mancanza di forniture può avere come effetto la messa in libertà dei lavoratori solo quando può essere ricondotta alla forza maggiore, e cioè quando si caratterizza per l'imprevedibilità e l'ineludibilità con cui si manifesta (per esempio affonda la nave o deraglia il treno che trasporta il carico di forniture). La mancanza di forniture, pertanto, può rientrare nelle previsioni di cui alla norma in commento solo se costituisce una tipizzazione della causa di forza maggiore con esclusione, nell'ipotesi contraria, della possibilità di realizzare gli effetti previsti dalla clausola in commento.

Ciò precisato, sembra che la previsione in commento voglia colpire i casi in cui i lavoratori, per evitare di perdere la retribuzione, si "mettano in malattia" in concomitanza della messa in libertà per una delle cause specificate nella clausola. L'effetto delle clausole, come detto, è tale (v. *infra*) da liberare il datore di lavoro dell'obbligo di pagare i primi tre giorni di malattia. Va detto, tuttavia, che, nei casi in questione, sulla stessa "utilità" di tale effetto incide l'altalenante orientamento della giurisprudenza. Secondo un orientamento più risalente, infatti, la finalità dell'art. 2110 cod. civ. è di garantire la parità di trattamento tra lavoratori sani e lavoratori ammalati, perciò la corresponsione della retribuzione per i lavoratori assenti per malattia durante la forza maggiore riserverebbe a costoro un trattamento addirittura privilegiato rispetto a quello dei lavoratori in attività di servizio. Per que-

nella giornata, qualora l'impresa trattenga il lavoratore nel laboratorio, questi avrà diritto alla corresponsione della retribuzione per tutte le ore di presenza. Dello stesso tenore, tra i tanti, v. il ccnl per i dipendenti dalle imprese artigiane dei settori della chimica, gomma plastica, vetro, ceramica, terracotta, gres e decorazione di piastrelle del 5.7.2011 (art. 73), il ccnl per i dipendenti delle industrie fonografiche del 15.2.2011 (art. 4), il Verbale di accordo del 14.10.2010 per il rinnovo del ccnl 17.4.2008 per i dipendenti della piccola e media industria alimentare (art. 28), il ccnl per i dipendenti dalle industrie della gomma, cavi elettrici ed affini e delle materie plastiche del 18.3.2010 (art. 32), con termini ridotti a 30 giorni v. il ccnl per i dipendenti delle cooperative di produzione e lavoro dell'edilizia e attività affini del 24.6.2008 (art. 49).

Sull'oggettiva impossibilità temporanea della prestazione di lavoro cfr., per tutti, GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 156, SPECIALE, *L'impossibilità della prestazione*, cit., p. 419 ss.

sto motivo, la perdita della retribuzione deve colpire anche quei lavoratori il cui rapporto di lavoro sia già sospeso per malattia²¹. Secondo un orientamento più recente²², nell'ipotesi in cui il datore di lavoro si trovi nell'impossibilità di ricevere la prestazione lavorativa per causa a lui non imputabile, il diritto alla retribuzione non viene meno per quei lavoratori il cui rapporto di lavoro sia già sospeso per malattia ai sensi dell'art. 2110 cod. civ.

È vero che anche in questo caso la clausola colpisce altresì il lavoratore in stato di malattia effettiva, ma, il tenore chiaramente "disciplinare"²³ è rivolto, non a caso, proprio ai lavoratori dello stabilimento di Pomigliano, ai quali si imputa l'abuso di diritti loro riconosciuti dalla legge. Tanto ciò è vero che la parallela clausola n. 4 dell'accordo di Mirafiori non fa alcun cenno alle forme anomale di assenteismo così come definite nell'accordo di Pomigliano, riferendosi esclusivamente, come vedremo, al monitoraggio delle assenze per malattia. Medesimo tenore di considerazioni nelle ipotesi disciplinate dalla "versione A" e dalla "versione B" dell'assenteismo di cui al ccpl del 13 dicembre 2011: solo la "versione A", come vedremo, prevede l'applicabilità della disciplina disincentivante "*a fronte di situazioni anomale di assenteismo nello stabilimento/ente/unità organizzativa*". Non sembra, perciò, essere cambiato molto nel passaggio dalla originaria alla nuova versione del ccpl.

4. La "sanzione" in deroga al contratto collettivo

Come si è anticipato, la clausola n. 8 dell'Accordo di Pomigliano individua quale misura di contrasto all'assenteismo la possibilità dell'azienda di non corrispondere l'indennità di malattia per i primi tre giorni. Su tale punto dell'accordo si è acceso un intenso dibattito dottrinale giacché, per taluni aspetti, sarebbe contrario alla legge e, per altri, presenterebbe anche profili di incostituzionalità²⁴. In proposito si deve concordare con quanto

²¹ Cass., sez. lav., 7 febbraio 1991 n. 1256, in *MGL*, 1991, p. 239; Cass. 13 giugno 1984 n. 3529, in *OGI*, 1984, p. 1072; Cass. 9 maggio 1983 n. 3158, in *Mass. GI*, 1983.

²² Cass., sez. lav., 9 aprile 1998 n. 3691, in *RGL*, 1999, II, p. 648; Cass., sez. lav., 31 maggio 2010 n. 13256 (ud. del 10.2.2010), in *NGL*, 2010, p. 4.

²³ L'espressione è utilizzata da CELLA, *op. cit.*, p. 107. Per descrivere il medesimo fenomeno SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in questa rivista, 2010, p. 517, utilizza il termine "punitivo". Evidenzia la "rozzezza" della misura apprestata LISO, *Sicuramente un caso emblematico*, in *www.nuovi-lavori.it*, 2010, n. 50.

²⁴ Sul punto LEONARDI, *Gli accordi separati, cit.*

asserito dai commentatori²⁵ della clausola secondo i quali la soluzione individuata dall'accordo non è illegittima né incostituzionale.

Non è illegittima perché l'art. 2110 cod. civ., come noto, rimette la materia all'autonomia collettiva²⁶. Secondo l'articolo citato, infatti, in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge non stabilisce forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità. È altresì noto che l'art. 1 del d.l. 30 dicembre 1979 n. 663, convertito con modificazioni dall'art. 1 della l. 29 febbraio 1980 n. 33, prevede la c.d. carenza per i primi tre giorni su cui si è innestata successivamente la contrattazione collettiva²⁷. Pertanto, la retribuzione dei primi tre giorni di malattia non è un diritto previsto dalla legge ma è un diritto creato dal contratto collettivo e, come tale, ben può essere eliminato o modificato da un successivo contratto collettivo, dello stesso livello o di livello inferiore (salvo il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo)²⁸.

Non è incostituzionale perché non contrasta con il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. giacché qui viene in rilievo la mera garanzia dell'indennità dei primi tre giorni di malattia. Il non riconoscimento di tale periodo non è certo idoneo a mettere in discussione il bene salute²⁹, sebbene sia ipotizzabile che la perdita della retribuzione possa spingere il lavoratore a svolgere la prestazione anche se malato. Ciò comporterebbe, in tutta evidenza, la mortificazione del diritto fondamentale della persona al completo benessere psico-fisico.

Il dibattito dottrinale³⁰ si è, poi, concentrato sul problema dell'efficacia soggettiva della clausola (peggiorativa) del ccnl e del contratto collettivo

²⁵ BROLLO, *op. cit.*, p. 1110; DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in RIDL, 2010, I, p. 801; DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, *cit.*, p. 511; CARINCI F., *Se quarant'anni*, *cit.*, p. 58; SCARPELLI, *Pomigliano, variazioni sul*, *cit.*, pp. 522-523.

²⁶ Così BROLLO, *op. cit.*, p. 1110, DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità*, *cit.*, p. 801, DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, *cit.*, p. 511.

²⁷ MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, in *www.lavoce.info* del 21.6.2010.

²⁸ LISO, *Sicuramente un caso*, *cit.*

²⁹ BROLLO, *op. cit.*, p. 1111; CARINCI F., *Se quarant'anni*, *cit.*, p. 581; SCARPELLI, *Pomigliano, variazioni sul*, *cit.*, pp. 522-523 che, però, solleva il problema della lesione dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza per via del fatto che l'accordo sanziona anche il lavoratore realmente malato.

³⁰ Sul punto CARINCI F., *L'accordo interconfederale*, *cit.*, p. 457 ss., spec. pp. 476-478; ID., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano e Mirafiori*, in ADL, 2011, p. 11; MARESCA, *Accordi collettivi sepa-*

di primo livello con riferimento all'applicazione generalizzata dell'accordo aziendale. Due sono, infatti, i profili problematici di efficacia soggettiva della prima parte della clausola n. 8 dell'Accordo che possono essere individuati. Il primo riguarda la deroga peggiorativa del ccnl, giacché prevede l'esclusione della copertura retributiva per i primi tre giorni della malattia, invece a carico dell'azienda ai sensi del citato ccnl³¹. Il secondo relativo alla deroga peggiorativa del contratto collettivo di primo livello, secondo cui per il trattamento in caso di malattia e di infortunio è fatto rinvio a quanto previsto dal ccnl metalmeccanici.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, e cioè la deroga *in peius* del contratto collettivo di primo livello del 29 dicembre 2010, non sembrano eccezionali questioni di efficacia soggettiva poiché già l'art. 19.2, titolo III della versione originaria rinviava a livello aziendale la possibilità di definire normative specifiche atte a contenere il fenomeno assenteismo e ad evitare abusi anche attraverso la riduzione degli oneri a carico aziendale. L'attuale art. 24 prevede espressamente tale possibilità. Perciò la decurtazione dei primi tre giorni di malattia è una misura coerente con quanto stabilito nel contratto di primo livello. Con riferimento alla deroga peggiorativa del ccnl, la dottrina³² ha evidenziato le problematiche derivanti dagli

raci tra libertà contrattuale e democrazia sindacale, in RIDL, 1, 2010, p. 29; TIRABOSCHI, *L'accordo Fiat di Pomigliano nel quadro delle nuove relazioni industriali*, in GL, 2010, 28, p. 14; BAVARO, *Accordi separati ed enti bilaterali*, in RGL, 2010, spec. pp. 109-113; ID., *Contrattazione collettiva e relazioni, cit.*, p. 337; DEL PUNTA, *Note su Pomigliano, cit.*, p. 505 ss.; TOSI, *Lo Shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in ADL, 2010, p. 1089 ss.; MISCIONE, *Il contratto collettivo dopo l'accordo di Pomigliano d'Arco del giugno 2010*, in LG, 2010, p. 859 ss.; TREU, *L'accordo di Pomigliano e gli sviluppi futuri*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2010, 7, p. 3; PESSI R., *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, in ADL, 2010, p. 1119 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in RIDL, 2010, 1, p. 487 ss. Sulle deroghe *in peius* si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, il cui orientamento maggioritario le ammette: v. Cass. 19 aprile 2006 n. 9052, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

³¹ Da un punto di vista strettamente politico-sociale, ACCORNERO, *op. cit.*, p. 255, evidenzia che la via delle deroghe ai contratti non è nuova, tuttavia la vicenda di Pomigliano si caratterizza per prevedere, per la prima volta, deroghe su voci sinora mai derogate. Per osservazioni di respiro più generale in merito all'aziendalizzazione in chiave produttivistica della contrattazione collettiva v. PERONE, *op. cit.*, p. 19 ss.

³² Sul problema dell'efficacia si rinvia, per tutti, a SANTORO PASSARELLI G., *Efficacia soggettiva del, cit.*, p. 487 ss.; LASSANDARI, *La "strana" disdetta del contratto nazionale di categoria dei metalmeccanici*, in LD, 2010, p. 353; ID., *Le nuove regole sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici e di efficacia*, in RGL, 2010, p. 45 ss.; DE LUCA TAMAJO, *L'Accordo di Pomigliano, cit.*, pp. 1083-1085;

accordi separati che non vedono la presenza della principale organizzazione sindacale quali la Cgil e la Fiom, e il loro rapporto con il ccnl. Problematiche che meritano una trattazione più approfondita che in questa sede non è possibile affrontare³³.

5. Il presupposto per l'applicazione della misura disincentivante l'assenteismo

La perdita della retribuzione relativa ai primi tre giorni di malattia avviene nel caso in cui la percentuale di assenteismo sia “significativamente superiore alla media”. Si tratta di un presupposto descritto con formula indeterminata che non specifica l'arco temporale di riferimento su cui calcolare la percentuale né individua qual è il limite superato il quale la percentuale di assenteismo diventa “significativamente” superiore alla media. La situazione non muta neppure a seguito dell'opzione per la “versione A”, in cui, come si è avuto modo di illustrare *supra*, la percentuale di riferimento pari a 3,5% non ha un parametro temporale in cui essere misurata. I rilievi sono ancora più evidenti se si confronta la previsione con la parallela dell'Accordo Mirafiori in cui non solo viene determinato il punto percentuale per anno (6% medio per il 2011, 4% per il 2012, 3,5% dal 2013 in poi) superato il quale non si dà luogo alla corresponsione retributiva dei primi giorni di malattia, ma, soprattutto, viene prevista una graduazione della sanzione a seconda della durata e della collocazione prossima alle festività, alle ferie o al giorno di riposo settimanale, delle assenze. Medesimo tenore di considerazioni riguardano la “versione B” che, come anticipato, prevede il punto percentuale per anno superato il quale si dà luogo all'applicazione della procedura disincentivante.

In particolare la clausola n. 4 dell'Accordo di Mirafiori, così come la “versione B” di cui al ccpl del 13 dicembre 2011³⁴, prevede che se la per-

BROLLO, *op. cit.*, p. 1111, DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità*, *cit.*, p. 805; PESSI R., *op. cit.*, p. 1126; LASSANDARI, *Le nuove regole*, *cit.*, pp. 60-61; SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul*, *cit.*, p. 522; VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, p. 682, BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 124/2011; CATADELLA M.C., *L'efficacia generale degli accordi aziendali e territoriali*, in questa rivista, 2012, p. 59 ss. Sul rapporto tra i livelli di contrattazione nella struttura dell'Accordo Quadro del 2009 v., per tutti, BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli Accordi separati del 2009*, in *RGL*, 2009, p. 447 ss., e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

³³ Si rinvia alla dottrina citata alle note n. 30 e n. 32.

³⁴ Sebbene con riferimento, in prima battuta, al periodo gennaio-giugno 2012.

centuale di assenza per malattia nel periodo gennaio-giugno 2011 non sia stata inferiore al 6% medio, ai dipendenti che dal 1° luglio 2011 si saranno assentati per malattie di durata non superiore a cinque giorni nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale, non verrà riconosciuto per il primo giorno di assenza alcun trattamento economico a carico dell'azienda se l'assenza per malattia risulterà ripetuta nell'arco dei precedenti dodici mesi per oltre due volte caratterizzata dalle stesse modalità³⁵. Se, inoltre, il tasso di assenteismo medio riferito al secondo semestre del 2011 non sarà sceso sotto il 4%, ai dipendenti che dal 1° gennaio 2012 si assentino per malattia di durata non superiore a cinque giorni nelle giornate lavorative che precedono o seguono le festività o le ferie o il giorno di riposo settimanale, non verrà riconosciuto per i primi due giorni di assenza alcun trattamento economico a carico dell'azienda, se l'assenza per malattia risulterà ripetuta nell'arco dei precedenti dodici mesi per oltre due volte caratterizzata dalle stesse modalità. Medesima disciplina si applicherà per gli anni successivi al 2012 nel caso in cui il tasso di assenteismo medio per malattia, riferito all'anno precedente, non sia inferiore al 3,5%. Con possibilità di estendere la suddetta disciplina all'area impiegatizia al verificarsi di simili criticità³⁶.

L'Accordo di Mirafiori specifica, quindi, sia la disciplina applicabile sia il metodo da seguire: determina, infatti, il presupposto (e cioè il tasso percentuale) che innesca la procedura; definisce il tipo di assenza che rientra nella sanzione (quella che si protrae per non più di cinque giorni a cavallo delle festività, delle ferie o del giorno di riposo settimanale e che si ripete per oltre due volte nell'arco dei precedenti dodici mesi); stabilisce il numero dei giorni di carenza dell'indennità di malattia proporzionato al tasso percentuale monitorato di assenza applicabile al periodo in cui la medesima si verifica (il primo anno un giorno di carenza per poi passare a due giorni negli anni successivi).

Ciò premesso, è evidente la singolarità dell'accordo di Pomigliano che, invece, subordina la concessione o meno del trattamento economico di malattia per i primi tre giorni a un presupposto indeterminato quale la sussistenza di una percentuale di assenteismo "significativamente superiore

³⁵ Sul punto GAROFALO D., *Il contrasto all'assenteismo negli Accordi Fiat di Pomigliano d'Arco e di Mirafiori*, in *ADL*, 2011, pp. 516-517.

³⁶ Sul punto, anche con riferimento alla disciplina per la nuova compagnia *Joint Venture*, GAROFALO D., *op. cit.*, pp. 520-521.

alla media”, null’altro aggiungendo. Vi è stato chi, in dottrina³⁷, ha ipotizzato che la clausola in commento possa essere dichiarata nulla per indeterminatezza dell’oggetto e, comunque, idonea a moltiplicare il contenzioso. Altri³⁸ hanno sostenuto che residua la possibilità che, anche in presenza di una delle forme c.d. anomale di assenteismo, la norma non trovi applicazione ove il tasso di assenteismo si attesti al di sotto della media, sebbene le modalità di calcolo della stessa non siano state specificate. La situazione non muta neppure all’indomani del ccpl del 13 dicembre 2011: la “versione A”, come approfondiremo *infra*, continua a mostrare le lacune appena evidenziate con riguardo all’accordo di Pomigliano.

In ogni caso, l’effettiva applicazione della disciplina, nelle singole circostanze, è demandata all’esame congiunto della Commissione paritetica³⁹ istituita come previsto dall’art. 8 dell’Accordo Pomigliano (su cui di seguito). È, perciò, auspicabile che la Commissione paritetica citata individui il tasso percentuale medio di assenteismo prima che si verifichino le temute forme anomale di assenteismo, al fine di garantire, nei limiti del possibile, un minimo di razionalità alla clausola in esame.

6. La Commissione paritetica

Come noto, sia l’accordo di Pomigliano sia quello di Mirafiori prevedono l’istituzione di una Commissione paritetica con la finalità di scongiurare l’applicazione automatica della misura sanzionatoria in commento.

La “Commissione verifica assenteismo” a livello di stabilimento/unità produttiva era già stata prevista dal contratto collettivo di primo livello del 29 dicembre 2010 (successivamente confermata dalla versione del 13 dicembre 2011) e ha il precipuo compito di monitorare l’andamento del tasso di assenteismo per malattia ed esaminare le situazioni a cui non applicare quanto previsto dalla contrattazione collettiva in materia di trattamento economico di malattia a carico dell’azienda.

In entrambi i casi – Pomigliano e Mirafiori –, nonché in tutti gli stabilimenti che applicheranno il ccpl, la Commissione si compone, per parte sindacale, di un componente per ogni rsa appartenente alle organizzazioni

³⁷ SCARPELLI, *Pomigliano, variazioni sul, cit.*, p. 523 in nota.

³⁸ BROLLO, *op. cit.*, p. 1109.

³⁹ Ritieni che spetti solo all’impresa la valutazione di quando il livello di assenteismo deve ritenersi superiore alla media GAROFALO D., *op. cit.*, pp. 504-505.

sindacali firmatarie del ccpl e, per parte aziendale, di rappresentanti designati dalla Direzione aziendale. Pertanto, non potranno fare parte della Commissione paritetica i membri delle organizzazioni sindacali non stipulanti gli accordi (tra cui Fiom).

Con riguardo alle competenze, in dottrina vi è chi ritiene che la clausola addossi alla Commissione il compito di individuare i casi in cui la malattia è vera, perciò assicurando la copertura economica a tali lavoratori anche nei primi tre giorni di malattia⁴⁰. Sembra, tuttavia più rispondente allo spirito dell'accordo escludere tale possibilità. Ciò anche per via delle difficoltà che incontrerebbero i componenti della Commissione nel valutare i singoli casi non avendo le competenze mediche né essendo prevista la possibilità di interpello di esperti⁴¹.

Perciò, premesso che la clausola in commento ha efficacia generale perché colpisce tutti i lavoratori in malattia, ivi compresi quelli realmente malati, si deve ricordare che la malattia è attestata da un certificato rilasciato da un medico del servizio sanitario nazionale⁴². Di conseguenza, a meno di non voler riconoscere la competenza della Commissione paritetica di promuovere querele per falso ideologico in certificati⁴³ contro i medici del servizio sanitario, le va riconosciuto il solo dovere di vagliare non i singoli casi riferiti ai lavoratori uno a uno considerati, ma solo l'insieme di eventi il cui realizzarsi comporta o non comporta l'applicazione della disciplina di contrasto alle c.d. forme anomale di assenteismo. E infatti, lo stesso ccpl esclude dal vaglio della Commissione i casi specifici disciplinati nelle clausole sull'assenteismo (emodialisi, neoplasie, morbo di Cooley, ecc.) cui non trova applicazione la disciplina. Il riferimento è, quindi, soprattutto alle ipotesi di messa in libertà per causa di forza maggiore o per mancanza di fornitura in cui, come noto, il lavoratore è a disposizione ma si discute sul fatto che la retribuzione sia dovuta (v. *supra*).

⁴⁰ In questo senso BROLLO, *op. cit.*, p. 1109; DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità, cit.*, p. 801.

⁴¹ Nonché per escludere sospetti di disparità di trattamento tra lavoratori iscritti alle oo.ss. firmatarie dell'accordo e lavoratori iscritti alla Fiom. Come si vedrà più avanti i componenti sindacali della Commissione paritetica sono membri della RSU che siano anche appartenenti alle oo.ss. firmatarie dell'accordo. Rileva il carattere sensibile dello stato di salute (cfr. art. 4 co. 1 lett. d, d.lgs. n. 196/2003) GAROFALO D., *op. cit.*, pp. 518-519.

⁴² Sulle differenze contenutistiche tra il certificato consegnato all'Inps e quello consegnato al datore di lavoro cfr. FOGLIA, *Assenteismo*, in *ED, Agg. II*, 1998, p. 95.

⁴³ Delitto punito dall'art. 481 cod. pen.

Conferma questa interpretazione la clausola dell'accordo di Mirafiori che, nell'individuare i compiti della Commissione paritetica in Mirafiori *Plant*⁴⁴, dopo aver premesso in quali casi non si applica la disciplina stabilita nella clausola n. 4, ne individua le competenze relative al monitoraggio dell'andamento del fenomeno assenteismo per malattia, specificando, infine, le modalità di svolgimento dei compiti affidati.

Le osservazioni da proporre sono almeno due e riguardano entrambe le materie oggetto di valutazione della Commissione. In primo luogo, lo stesso Accordo lascia fuori, sin dalla fase del monitoraggio, i casi di ricovero ospedaliero e alcune specifiche (e gravi) condizioni di salute che possono interessare i lavoratori⁴⁵. In altre parole, in questi casi la materia è sottratta alla discrezionalità valutativa della Commissione paritetica che potrà solo escludere dal monitoraggio dell'andamento del fenomeno l'assenza per malattia nei casi sopra specificati.

In secondo luogo, la Commissione ha precipuamente il compito di verificare il dato consuntivo medio di assenza per malattia per il periodo di riferimento e di determinarne il relativo tasso percentuale, in modo da individuare quando trova applicazione la disciplina disincentivante di cui alla clausola n. 4 (illustrata nel precedente paragrafo, cui si rinvia per brevità).

Dal confronto tra le parallele clausole degli accordi di Pomigliano e di Mirafiori, emerge il carattere affittivo delle disposizioni in materia contenute nel primo. Nel caso di Mirafiori, infatti, nel pieno rispetto di tutte le parti – ivi compresi i lavoratori – è stata descritta una disciplina finalizzata all'aumento della produzione senza insinuazioni sulla fraudolenza dei comportamenti dei lavoratori interessati. Ciò è ancora più evidente se si considera che la disciplina di contrasto al fenomeno dell'assenteismo per malat-

⁴⁴ Nonché diversa è la composizione della Commissione con riferimento alla parte sindacale. Sul punto GAROFALO D., *op. cit.*, p. 514. In proposito è intervenuta la sentenza del Tribunale di Torino del 14 settembre 2011 n. 2583 che ha ordinato a Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A di riconoscere a Fiom-Cgil, la disciplina giuridica di cui al Titolo Terzo dello Statuto dei lavoratori. Sulla sentenza del Trib. Torino cfr. CARINCI F., *Al capezzale del sistema*, *cit.*, pp. 9-15.

⁴⁵ Specificamente, lavoratori sottoposti a emodialisi o affetti da morbo di Cooley, da neoplasie, da epatite B e C ovvero da gravi malattie cardiocircolatorie; lavoratori affetti da TBC o da gravi patologie, che richiedono terapie salvavita, con conseguente discontinuità nella prestazione lavorativa. L'accordo, inoltre, contiene il preciso impegno della Fiat di esaminare e valutare con particolare cautela e attenzione i casi di superamento del periodo di comporto in caso di malattie terminali. Dello stesso tenore è il ccpl così come da ultimo rivisto. Sulle deroghe per le specifiche patologie invalidanti cfr. GAROFALO D., *op. cit.*, pp. 511-513.

tia in Mirafiori si chiude con quanto appena accennato e non prevede altre ipotesi in cui le assenze sono sanzionate.

Si tratta di valutare quanto l'esercizio dell'opzione di cui al ccpl di cui si è detto sia capace di influire sulle osservazioni appena proposte relative allo stabilimento di Pomigliano. Al momento, ragionando in via ipotetica, si può solo affermare che un reale cambiamento – nel senso di avvicinamento alla disciplina di cui all'accordo di Mirafiori – si avrà solo se la scelta delle parti sociali ricadrà sulla regolamentazione di cui alla “versione B”.

7. *La chiusura dello stabilimento in concomitanza di tornate elettorali politiche, amministrative e referendarie*

La clausola sul contrasto all'assenteismo dell'accordo di Pomigliano prosegue prevedendo che l'azienda potrà chiudere lo stabilimento in occasione delle tornate elettorali politiche, amministrative e referendarie per il tempo necessario e con effetti diversi sui lavoratori a seconda del ruolo ricoperto nelle accennate tornate elettorali. Orbene, è pur vero che il ccpl non prevede in modo specifico questa ipotesi, ma è anche vero che non è espressamente esclusa. Sembra, infatti, di poter sostenere che tale ipotesi non possa essere scongiurata nel caso di scelta da parte degli attori sociali dello stabilimento di Pomigliano della “versione A” della regolamentazione sull'assenteismo di cui al ccpl. Si ritiene, pertanto, di dover proporre alcune considerazioni sulla parte della clausola in commento.

In primo luogo, si deve osservare che la scelta di chiudere lo stabilimento non è oggetto di deliberazione congiunta della Commissione paritetica, ma è rimessa all'azienda Fiat che dovrà solo far valere il potere a lei attribuito dall'accordo. La valutazione della legittimità della chiusura dello stabilimento in occasione delle tornate elettorali è operata, invero, in via preliminare, dalle parti nell'accordo. L'azienda, infatti, ha la possibilità di chiudere lo stabilimento “considerato l'elevato livello di assenteismo che si è in passato verificato nello stabilimento in concomitanza con le tornate elettorali (...) tale da compromettere la normale effettuazione dell'attività produttiva”. Si tratta, perciò di valutazione *ex ante* basata sul presupposto dell'elevato assenteismo che *in passato* si è verificato in occasione delle tornate elettorali. Sia consentito, però, dubitare della razionalità di tale soluzione giacché la chiusura è agganciata in modo statico all'elevato assenteismo che in passato si è verificato nello stabilimento negli eventi citati. Non è prevista la possibilità che, a regime, possa non verificarsi l'elevato assentei-

simo di cui sopra. Nell'ottica del metodo partecipativo richiamato dal contratto collettivo di primo livello⁴⁶, sarebbe stato meglio affidare la decisione della chiusura dello stabilimento alla Commissione paritetica. Previsione questa che avrebbe garantito l'adattabilità della norma al caso concreto.

Tornando agli effetti della chiusura dello stabilimento sui lavoratori, ai dipendenti impegnati nelle tornate elettorali come presidenti di seggio, segretari o scrutatori, regolarmente nominati e dietro presentazione di regolare certificazione, saranno riconosciuti i riposi/pagamenti previsti dalla normativa in materia elettorale; a tutti gli altri la copertura retributiva sarà assicurata mediante permessi annuali retribuiti residui e/o ferie.

Non essendo stati inseriti nel primo gruppo, i rappresentanti di lista rientrano nel secondo. Ciò significa che non saranno più tollerate le nomine a rappresentanti di lista nelle competizioni elettorali che riguardino un numero consistente di lavoratori. Come noto, infatti, la nomina a rappresentante di lista è operata dai candidati alle elezioni o dai partiti politici e, non essendovi un numero massimo di rappresentanti stabiliti dalla legge (ma che nella prassi si attestano a due per candidato), può riguardare un numero anche consistente di lavoratori. Da ciò si deduce che a Pomigliano la nomina a rappresentanti di lista riguardi la maggior parte dei dipendenti dello stabilimento e che, perciò, l'azienda, a scopo punitivo, abbia deciso di chiudere la fabbrica in quelle occasioni, distinguendo il trattamento economico da riconoscere ai dipendenti impegnati nei seggi elettorali.

Sotto questo profilo la clausola n. 8 dell'Accordo di Pomigliano è in contrasto con la normativa in materia elettorale (cfr. l'art. 119⁴⁷ del d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361)⁴⁸.

⁴⁶ Nella premessa al sistema di relazioni sindacali viene previsto che le parti “*individuano il metodo partecipativo quale strumento efficace per trovare soluzioni coerenti con gli obiettivi condivisi di tutela e coinvolgimento dei lavoratori, miglioramento delle loro condizioni e tutela della competitività aziendale*”.

⁴⁷ Che, in tema di composizione dei seggi elettorali, stabilisce che “*I componenti dei seggi elettorali, presidenti, scrutatori, rappresentanti di lista, hanno diritto ad assentarsi dal lavoro per tutta la durata delle operazioni di voto e sono considerati in servizio a tutti gli effetti. Hanno diritto anche al pagamento di specifiche quote retributive oppure ai riposi compensativi per i giorni festivi o non lavorativi compresi nei periodi di votazione*”.

⁴⁸ Tale istituto *contra legem* potrebbe essere vagliato alla luce dell'art. 8, co. 2-*bis*, del d.l. 138/11 convertito in l. 148/11 che – per il futuro – autorizza i contratti aziendali o territoriali a derogare alle norme di legge in determinate materie. Si tratta, tuttavia, com'è evidente, di un problema più generale che, pertanto, esula dall'economia del presente contributo. Si può, comunque, rinviare, ad ALES, *Dal “caso FIAT”*, cit., p. 14 ss.; PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 43; CARINCI F., *Al capezzale del sistema*, cit., p. 39, VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria*, cit., p. 7 ss.

Se da un lato, infatti, i rappresentanti di lista non sono membri dell'Ufficio elettorale⁴⁹, dall'altro lato sono equiparati dalla normativa elettorale ai presidenti e agli scrutatori dei seggi elettorali quanto al diritto ad usufruire dei permessi (a carico del datore di lavoro) e delle giornate di riposo compensativo. È opportuno ricordare che i permessi elettorali non riducono il monte ferie e permessi che il lavoratore matura nell'anno.

La clausola n. 8 dell'Accordo Pomigliano attribuisce, perciò, un trattamento differente ai dipendenti/rappresentanti di lista nonostante siano egualmente impegnati nelle tornate elettorali al pari dell'Ufficio elettorale. Ai dipendenti/rappresentanti di lista non sono, infatti, riconosciuti i permessi elettorali o i giorni di riposo compensativo previsti dalla legge ma vengono costretti a consumare ferie o permessi maturati nel corso dell'anno. Per tali motivi, la parte della clausola in commento può essere considerata nulla per violazione di legge⁵⁰. D'altronde anche la giurisprudenza in materia⁵¹ ha costantemente confermato la qualifica di pubblici ufficiali dei rappresentanti di lista che devono essere considerati inclusi tra i soggetti chiamati ad adempiere funzioni elettorali con il riconoscimento dei diritti di cui all'art. 119 del d.P.R. 361/57.

8. *I permessi retribuiti di legge e/o contratto nell'arco della settimana lavorativa*

Entrambi gli Accordi in commento rinviano a livello di stabilimento (a livello di "unità operativa tecnologica" nello stabilimento di Mirafiori) l'individuazione delle modalità per una "equilibrata gestione" dei permessi retribuiti di legge e/o contratto nell'arco della settimana lavorativa. Se è facile capire a quale tipo di permessi la clausola si riferisce, e cioè ai permessi

⁴⁹ Essi non sono, infatti, retribuiti dallo Stato, ma possono ricevere un rimborso spese a discrezione del delegato di lista che rappresentano.

⁵⁰ In questo senso BROLLO, *op. cit.*, p. 1113.

⁵¹ Cass. 27 aprile 1987 n. 4081, in *Mass. GI*, 1987; Cass. 11 giugno 1987 n. 5118, in *MGL*, 1987, p. 366; Cass. 17 dicembre 1987 n. 9393, in *MGL*, 1988, p. 295; Cass. 28 settembre 1988 n. 5264, in *Mass. GI*, 1988; Cass. 8 ottobre 1988 n. 5441, in *RIDL*, 1989, II, p. 88; Cass. 18 novembre 1994 n. 9770, in *Mass. GI*, 1994; Cass. 17 ottobre 1990 n. 10115, in *GC*, 1991, I, c. 287; Cass. 17 ottobre 1990 n. 10129, in *Mass. GI*, 1990; Cass. 20 ottobre 1990 n. 10212, in *Mass. GI*, 1990; Cass. 5 novembre 1990 n. 10600, in *Mass. GI*, 1990; Cass. 8 novembre 1991 n. 11933, in *Mass. GI*, 1991; Cass. 9 dicembre 1991 n. 13224, in *Mass. GI*, 1991; Cass. 14 luglio 1992 n. 8506, in *Mass. GI*, 1992; Cass. 10 ottobre 1992 n. 11039, in *Mass. GI*, 1992; Cass. 16 aprile 1994 n. 3627, in *Mass. GI*, 1994; Cass. 29 agosto 1995 n. 9122, in *NGL*, 1996, p. 71.

sindacali, ai permessi di assistenza alla persona disabile di cui all'art. 33 co. 3, l. 5 febbraio 1992 n. 104, ai permessi per la cura dei figli, ai permessi per i lavoratori studenti, ai permessi per il decesso o grave infermità del coniuge, ecc., meno semplice è afferrare in cosa possa consistere l'“equilibrata” gestione degli stessi.

Le previsioni contenute negli accordi sono formulate allo stesso modo. L'unica differenza consiste nel fatto che questa previsione chiude la clausola n. 8 sull'assenteismo dell'accordo di Pomigliano, mentre nell'accordo di Mirafiori costituisce un'apposita clausola (la n. 5) rubricata “gestione dei permessi retributivi”. La diversa collocazione rappresenta un indizio dello spirito che anima (o animerà) le relative decisioni: nello stabilimento di Mirafiori saranno precisate le modalità dell'utilizzo dei permessi retribuiti di legge e/o contratto nell'arco della settimana lavorativa in modo da non creare disagi all'attività produttiva dello stabilimento; in quello di Pomigliano sarà difficile distinguere la finalità appena evidenziata da quella di evitare l'uso fraudolento dei permessi retribuiti di legge e/o contratto.

Si può solo provare a immaginare in cosa consisteranno queste modalità. Probabilmente verrà richiesto al lavoratore di pianificare con il datore di lavoro le ore o le giornate di permesso mediante la sottoscrizione di un piano per la fruizione dei permessi⁵². Questa modalità mal si concilia, però, con i permessi per la cura dei figli o con quelli di cui alla l. 104/92⁵³ la cui fruizione non è sempre preventivabile⁵⁴. Un conto sono, infatti, le visite mediche ordinarie (che ben possono rientrare nel piano concordato), altro le emergenze o le esigenze improvvise che, per loro natura, non possono essere conosciute prima e, quindi, formare oggetto del piano stabilito con il datore di lavoro⁵⁵.

Simili osservazioni possono riguardare anche i permessi sindacali, tra cui è possibile distinguere quelli fruiti su convocazione del datore di lavoro (si pensi ai permessi per la consultazione dei lavoratori nei casi previsti dai contratti collettivi⁵⁶), da quelli concessi dall'organizzazione sindacale (fa-

⁵² Così BROLLO, *op. cit.*, p. III4.

⁵³ Da ultimo modificata dal c.d. collegato lavoro, l. 4 novembre 2010 n. 183.

⁵⁴ Sulla disciplina dei congedi parentali e dei permessi si rinvia a ALES, *Maternità e congedi parentali*, voce, in *ED*, 2012.

⁵⁵ Rileva le difficoltà connesse alla pianificazione dell'assistenza in particolari patologie a sfondo psichico-intellettuale, GAROFALO D., *op. cit.*, p. 509.

⁵⁶ Sui diritti di informazione e consultazione cfr., per tutti, ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *RIDL*,

centi parte del monte ore complessivo mensile a disposizione del sindacato per attività proprie)⁵⁷. Come evidenziato dalla dottrina⁵⁸, si può, infatti, ipotizzare un rischio di utilizzo dei permessi al ribasso.

9. *I modelli regolativi del fenomeno assenteismo nel contratto collettivo di primo livello del 13 dicembre 2011 e l'Accordo di Melfi. Osservazioni conclusive*

Le misure sin qui analizzate relative al contrasto dell'assenteismo, si inseriscono, come si è avuto modo di precisare, nell'obiettivo di incremento e di saturazione della produzione perseguito dagli accordi Fiat di Pomigliano e di Mirafiori in quanto strumentali al migliore funzionamento del nuovo metodo di organizzazione del lavoro (WCM) e della nuova metrica del lavoro (Ergo-UAS).

Per questo motivo, il ccpl del 13 dicembre 2011 estende le previsioni sull'assenteismo anche agli altri stabilimenti Fiat.

Occorre, dunque, verificare in cosa consistono i modelli regolativi del fenomeno assenteismo introdotti dal ccpl nell'ultima versione del dicembre 2011.

Come detto, il ccpl propone due “versioni” – alternative tra loro – di regolamentazione del contrasto all'assenteismo.

Il primo dato che colpisce è che le suddette versioni presentano contenuti diversi riguardo all'individuazione del fenomeno da contrastare. La prima, la “versione A”, si apre, infatti, con la dichiarazione – assente nella “versione B” – secondo cui le parti “riconoscono la necessità di evitare utilizzi impropri della normativa in materia di trattamento in caso di malattia e infortunio non sul lavoro”. Si tratta, pertanto, della denunciata presunzione (su cui *supra*) che i lavoratori di un determinato contesto sociale abusino della tutela loro riconosciuta e, perciò, sia necessario prevedere, in questi casi, una disciplina applicabile mirata. La “versione A” prosegue estendendo la non copertura retributiva dei primi tre giorni di malattia anche “a fronte di situazioni anomale di assenteismo nello stabilimento/ente/unità organizzativa”. In altre parole, la versione in commento ripropone lo schema regolativo del

2009, I, p. 221; VERRECCHIA, *I diritti di coinvolgimento dei lavoratori dopo l'attuazione della Direttiva 2002/14*, in LEONARDI (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Ediesse, 2010, p. 117 ss.; VERRECCHIA, *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d.lgs. 25 del 2007*, in questa rivista, 2008, p. 339 ss.

⁵⁷ Nello stesso senso BROLLO, *op. cit.*, p. 1114.

⁵⁸ Così BROLLO, *op. cit.*, p. 1114; GAROFALO D., *op. cit.*, p. 510.

contratto collettivo di secondo livello (di seguito anche ccsl) dello stabilimento di Pomigliano.

Il secondo elemento da segnalare riguarda le diverse modalità di verifica del dato assenteismo elaborate nelle due versioni. Le previsioni della “versione A” sono lacunose nella descrizione del *trigger mechanism* della procedura di contrasto all'assenteismo: la previsione dell'obiettivo del non superamento del 3,5% di assenze per malattia non è – da solo – in grado di esemplificare le modalità di verifica della percentuale di assenteismo. Se, infatti, in questa percentuale possiamo riconoscere il presupposto che innesca la procedura, nulla è detto circa il parametro temporale di riferimento per la misurazione del dato percentuale. Inoltre, non è specificato il tipo di assenza che rientra nella sanzione (cfr. *supra*), né il numero dei giorni di carenza dell'indennità di malattia da applicare al singolo caso. Sorge, pertanto, il dubbio che al verificarsi del presupposto sarà immediatamente applicabile la sanzione della carenza dei primi tre giorni di indennità di malattia. Viene previsto, inoltre, che qualora la Commissione verifica assenteismo (competente a monitorare il tasso di assenteismo) non individui soluzioni idonee per contrastare il fenomeno a fronte di “situazioni anomale di assenteismo”, spetterà alle parti (a livello aziendale) di individuarle.

In altre parole, la “versione A” è costruita sulla clausola di contrasto all'assenteismo dell'accordo di Pomigliano del 17 febbraio 2011 e mira a legittimare quanto in questa contenuto. La formulazione ampia e per obiettivi della “versione A” lascia, infatti, libere le parti nel riproporre il medesimo schema regolativo già in uso presso lo stabilimento di Pomigliano. Con riferimento allo stabilimento di Pomigliano, va detto che è verosimile che le giustificazioni sul contesto ambientale⁵⁹ che, forse⁶⁰, hanno motivato la disciplina affittiva dei lavoratori di Pomigliano in materia di contrasto all'assenteismo, vengano riproposte nel momento dell'esercizio dell'opzione facendo ricadere la scelta sulla “versione A”. In quest'ultimo caso, per i motivi anzidetti, la clausola sull'assenteismo rimarrebbe pressoché uguale⁶¹ a quella del contratto di Pomigliano del 17 febbraio 2011.

⁵⁹ Su cui BROLLO, *op. cit.*, p. 1098 ss.

⁶⁰ LEONARDI, *Gli accordi separati*, *cit.*, p. 360, ritiene che i lavoratori di Pomigliano scontino le conseguenze delle notizie diffuse in periodi più risalenti in cui la percentuale di assenze dal lavoro era elevata, ma che negli ultimi anni la percentuale si attesti su livelli fisiologici.

⁶¹ Fatte salve le necessarie integrazioni relative al dato percentuale del 3,5% e delle malattie escluse dalla regolamentazione come, per esempio, il morbo di Cooley, le neoplasie, le epatiti B e C, ecc.

La “versione B” è, al contrario, dettagliata nella previsione delle modalità di verifica del dato assenteismo e dell’applicazione della sanzione della carenza del trattamento economico di malattia. È determinato, infatti, il tasso percentuale di assenteismo superato il quale si applica la sanzione; è definito il tipo di assenza che rientra nella sanzione (quella che si protrae per non più di cinque giorni a cavallo delle festività, delle ferie o del giorno di riposo settimanale e che si ripete per oltre due volte nell’arco dei precedenti dodici mesi “per eventi giustificati come malattia caratterizzati da identiche modalità”); è, inoltre, stabilito il numero dei giorni di carenza dell’indennità di malattia proporzionato al tasso percentuale monitorato di assenza applicabile al periodo in cui la medesima si verifica (il primo anno un giorno di carenza per poi passare a due giorni dal 1° gennaio 2013 in poi). Infine, in caso di opzione per la versione B, non è possibile per le parti individuare forme anomale di assenteismo cui applicare la disciplina. È evidente, quindi, che la “versione B” adotta il medesimo sistema di contrasto al fenomeno del ccsl di Mirafiori (su cui *supra*).

In conclusione, le due versioni di regolamentazione dell’assenteismo divergono sostanzialmente l’una dall’altra, così come i modelli di contrasto all’assenteismo di cui agli accordi di Pomigliano e Mirafiori, e con essi le sin qui descritte criticità con riferimento all’accordo di Pomigliano: sicché gli esiti saranno diversi – anche con riferimento all’identificazione delle “forme anomale” di assenteismo possibile solo nel caso di opzione per la “versione A” – a seconda del modello regolativo scelto⁶². Come si è avuto modo di osservare, l’accordo di Pomigliano offre il fianco a stringenti critiche sotto tre profili: il primo con riguardo alla parte della clausola in cui non si riconoscono i permessi di legge ai rappresentanti di lista che comporta la nullità parziale della stessa per violazione di legge; il secondo con riguardo alla indeterminatezza delle previsioni sulla messa in libertà dei lavoratori per “forza maggiore o per mancanza di forniture”; il terzo sulla previsione della chiusura dello stabilimento in occasione delle tornate elettorali di esclusiva competenza dell’azienda e non, come sarebbe stato più opportuno nell’ottica della reale ed effettiva partecipazione delle parti sindacali (almeno quelle firmatarie dell’accordo), della Commissione paritetica. Tutti questi profili

⁶² Sicché, dalla sintetica descrizione dei contenuti delle due versioni, emerge con chiarezza la consapevolezza che, secondo l’azienda, esistono differenze ambientali tra gli stabilimenti cui bisogna dare rilievo. Per le ragioni menzionate, l’esercizio dell’opzione negli stabilimenti potrebbe avere conseguenze solo marginali.

critici sono, perciò, da riproporre nella valutazione della “versione A” del modello di contrasto all'assenteismo di cui al ccpl del 13 dicembre 2011.

Orbene, nel marzo 2011 è stato firmato (anche dal rappresentante nazionale della Fiom - Cgil)⁶³ l'accordo a Melfi sull'introduzione del sistema di metrica del lavoro Ergo-UAS. La particolarità di questo accordo è che non prevede⁶⁴ le misure sul monitoraggio e contrasto dell'assenteismo sin qui descritte, come se le parti sociali avessero deciso di soprassedere sul punto con riguardo allo stabilimento di Melfi. Senza entrare nella polemica tra le parti sociali, sembrava ipotizzabile che le stesse stessero cercando un'ipotesi di dialogo che non si è verificata nei casi precedenti. Sebbene la Fiom - Cgil avesse chiesto alla Fiat di precisare pubblicamente che si trattava di un'intesa di natura sperimentale, firmata solo perché condizionata alla verifica⁶⁵ dell'efficacia e della congruità del metodo Ergo-UAS nel garantire la salute e la sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori, ciò che sembrava evidente era che la Fiom e l'azienda Fiat stessero cercando di evitare lo scontro frontale, com'è invece avvenuto nei casi di Pomigliano e di Mirafiori. La Fiom, sulla base di queste premesse, ha presentato tre proposte modificative⁶⁶ dell'accordo che, però, non sono state accettate dalla Fiat e, all'esito di due assemblee della Fiom-Cgil convocate nell'aprile 2011 presso

⁶³ La firma della Fiom-Cgil è stata definita “tecnica” poiché finalizzata solo alla messa a disposizione da parte della Fiat del testo dell'accordo sull'introduzione del sistema Ergo - UAS. L'accordo sull'introduzione del sistema Ergo-UAS nello stabilimento di Melfi del 31 marzo 2011 è stato firmato tra SATA s.p.a. e Fiat Group Automobiles s.p.a., alla presenza di Confindustria Basilicata, e FIM-CISL, Fiom-Cgil, UILM-UIL, FISMIC, UGL Metalmeccanici nazionali e territoriali di Potenza e la RSU dello stabilimento SATA di Melfi. Si precisa che lo stabilimento di Melfi già applica il sistema di organizzazione del lavoro WCM.

⁶⁴ Tale opzione sorprende soprattutto se legata alle dichiarazioni pubbliche dell'ad di Fiat, Sergio Marchionne, secondo cui il tasso di assenteismo fisiologico nello stabilimento di Melfi pari al 4% è superiore a quello di Pomigliano (3,7%).

⁶⁵ Che, secondo l'accordo, doveva avvenire nel mese di novembre 2011 ma del cui esito, nel momento in cui si scrive, non si ha notizia.

⁶⁶ La Segreteria nazionale della Fiom-Cgil, congiuntamente alla Fiom-Cgil della Basilicata e a tutte le delegate ed i delegati Rsu Sata eletti nella propria lista, hanno richiesto che nell'accordo del 31.3.2011 fossero esplicitati i seguenti punti sulle caratteristiche della sperimentazione: “che, in assenza di un comune giudizio di tutte le parti nella verifica prevista per il mese di novembre 2011, le pause continuino ad essere complessivamente di 40 minuti anche dall'1.1.2012; che sia prevista una piena agibilità sindacale nel corso della sperimentazione a tutti i componenti la Rsu e Rls della Sata; che sia oggetto della sperimentazione e della verifica prevista a novembre 2011 anche l'efficacia e la congruità del metodo Ergo-Uas, nel garantire la salute e la sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori.”

lo stabilimento Sata di Melfi⁶⁷, è stato deciso di non procedere alla firma definitiva del suddetto accordo⁶⁸. Dopo questo evento, è evidente che la possibilità di gestire in modo condiviso e meno traumatico le relazioni sindacali sperimentato con la firma della prima stesura dell'accordo sulla introduzione del sistema Ergo-UAS non costituisce più al momento una strada percorribile.

Anche nello stabilimento di Melfi, pertanto, la Fiom-Cgil non potrà partecipare alla scelta dell'opzione regolativa da utilizzare tra le due proposte dal contratto collettivo di primo livello né avrà propri rappresentanti in seno alla Commissione. Al momento, per quanto è dato conoscere, tale preferenza non è stata ancora espressa: non è perciò possibile dire quale versione di contrasto all'assenteismo verrà opzionata nello stabilimento di Melfi.

Abstract

Tra i numerosi aspetti regolati dall'accordo Fiat di Pomigliano, nel relativo contratto collettivo aziendale di II livello e nell'accordo di Mirafiori, vi è il fenomeno definito "assenteismo" cui è dedicata un'intera clausola dei contratti. L'elevato livello di assenteismo incide, infatti, sulla produzione della Fiat perché contrasta con il nuovo modello di organizzazione del lavoro (WCM) e con il nuovo sistema di metrica del lavoro basato sullo schema Ergo-UAS. Nel presente saggio l'A. analizza gli strumenti predisposti dalla Fiat per contrastare le assenze dei dipendenti e ridurre il più possibile la media delle stesse, rilevandone le criticità e proponendo, ove possibile, letture interpretative.

Among the many questions settled by the Fiat Pomigliano agreement, its collective bargaining of second level, and the Mirafiori agreement, there is the event named "absenteeism" which is the subject of a contract clause. The high level of absenteeism affects, in fact, the production of the Fiat because it is incompatible with the new model of work organization – the World Class Manufacturing – and with the new metric system of work based on the scheme Ergo-UAS. In this paper the A. looks at the tools provided by the Fiat to counter absent employees, and minimize the average of the same checking the critical issues and proposing, where possible, interpretative readings.

⁶⁷ Convocate per esaminare con i lavoratori l'ipotesi d'accordo del 31 marzo sull'introduzione dell'Ergo-uas e il taglio dei 10 minuti di pausa a partire dal 1° gennaio 2012.

⁶⁸ Resta il fatto che, alla data in cui si scrive, lo stabilimento di Melfi, pur introducendo il sistema Ergo-Uas, non ha ancora modificato la durata delle pause che continuano ad essere complessivamente di 40 minuti, anziché diminuite a 30 come negli stabilimenti di Pomigliano e di Mirafiori a seguito degli accordi (non sottoscritti dalla Fiom).

Raffaello Santagata

Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*

SOMMARIO: PARTE I: **1.** Il sistema tedesco nel quadro comparato. **1.2.** Principi costituzionali in tema di licenziamento. **2.** L'ambito di applicazione del *KSchG* e le causali del licenziamento: cenni. **3.** Il licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*): cenni. **4.** Il licenziamento per ragioni economiche o aziendali. **5.** Licenziamenti per motivi oggettivi e obbligo di reimpiego. PARTE II: **6.** La scelta sociale (*Sozialauswahl*). **7.** Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*). **8.** Il recesso straordinario. **9.** Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo. **10.** L'indennità risarcitoria e la transazione giudiziale. **11.** Il sistema di tutela collettiva (cenni). La reintegrazione nelle more del giudizio. **12.** Il dibattito più recente

I. Il sistema tedesco nel quadro comparato

Benché in quest'ultimo ventennio nel sistema tedesco non siano mancate riforme emanate all'insegna di una flessibilizzazione dei licenziamenti (v. *infra*), secondo una constatazione diffusa la disciplina tedesca sui licenziamenti (contenuta in particolare nella *Kündigungsschutzgesetz*, d'ora in poi, *KSchG*) è contrassegnata tuttora da un tasso di rigidità particolarmente elevato¹

* Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, il *working paper* del C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. INT n. 96/2012 e viene pubblicato in due parti, di cui la seconda sul n. 1/2013.

¹ In quest'ordine di idee v. di recente WAAS, *Kündigungsschutz und Befristungskontrolle: Optionen für eine Flexibilisierung des Arbeitsrechts*, in ZAF, 1/2007, p. 99; REBHANN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*, in ZA, 2003, p. 163-235. Sulla disciplina dei licenziamenti in Germania v., in lingua italiana, in particolare GAETA, *L'esperienza della disciplina dei licenziamenti nella Repubblica federale tedesca*, in GDLRI, 1986, p. 733 ss.; BALDASSARRE, *La tutela contro il licenziamento nell'ordinamento tedesco*, in DL, 2001, I, p. 199 ss.; DÄUBLER, *Il caso tedesco*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, QDLRI, n. 26/2002, p. 195 ss.; CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? (Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania)*, in RIDL, 2005, p. 365; ALES, *Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?*, in RS del 5-II aprile 2012.

e si presenta ancora profondamente permeata dall'idea di stabilità del rapporto di lavoro che l'ha originariamente ispirata².

Non è un caso che i dati pubblicati dall'OCSE, nel rapporto del 2008, collochino la Germania, insieme alla Svezia, al Portogallo e a Lussemburgo, in cima alla graduatoria dei Paesi che dispongono dei vincoli più penetranti al potere del datore di lavoro di dimensionare l'organico previsto in caso di crisi aziendali o di modifiche all'organizzazione del lavoro³.

Ad un esito analogo era già approdato qualche anno prima uno studio più approfondito svolto in chiave comparata nel 2003 secondo cui i rapporti elaborati precedentemente dall'OCSE erano incorsi in una serie di inesattezze e di imprecisioni nell'utilizzare gli indici di rigidità, finendo in qualche misura per "declassare" l'*Employment protection Legislation* tedesca⁴.

I risultati a cui perviene l'OCSE sono apparsi poco affidabili per almeno due le ragioni: anzitutto tale organizzazione include nella sua valutazione indici che travalicano la tutela contro i licenziamenti illegittimi, come la previsione di indennità in caso di licenziamento legittimo o giustificato (*Abfertigungen*) e la durata dei termini di preavviso, trascurandone

² DÜTZ, THÜSING, *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 2011, p. 199, secondo cui lo scopo della *KSchG* risiede tuttora nella tutela della stabilità del posto di lavoro, che "rappresenta in generale per il lavoratore il fondamento della propria esistenza" (*Existenzgrundlage*). V. anche DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht: Das Arbeitsrechtverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 2, Rowohlt Verlag, 2009, p. 546: il salto di qualità nella tutela contro i licenziamenti che la *KSchG* del 1951 compie rispetto alle normative previste dai *Länder* costituiti dopo la seconda guerra mondiale (e in particolare alla *KSchG* di Berlino ovest del 24.5.1950) sta nell'aver introdotto un regime di stabilità del posto di lavoro in virtù del quale in presenza di un licenziamento privo di giustificazione sociale il rapporto di lavoro prosegue *ipso iure*.

³ OECD, *Employment Outlook*, Paris, 2008. Nel nuovo rapporto l'OCSE prende in considerazione tre profili della disciplina sui licenziamenti individuali: "(i) procedural inconveniences that employers face when starting the dismissal process, such as notification and consultation requirements; (ii) notice periods and severance pay, which typically vary by tenure of the employee; and (iii) difficulty of dismissal, as determined by the circumstances in which it is possible to dismiss workers, as well as the repercussions for the employer if a dismissal is found to be unfair (such as compensation and reinstatement)".

Nel valutare invece i costi addizionali per i licenziamenti collettivi: "this focuses on additional delays, costs or notification procedures when an employer dismisses a large number of workers at one time. This measure includes only additional costs which go beyond those applicable for individual dismissal. It does not reflect the overall strictness of regulation of collective dismissals, which is the sum of costs for individual dismissals and any additional cost of collective dismissals".

⁴ REBHAHN, *op. cit.*, p. 181.

invece altri più pertinenti⁵. Il sistema tedesco ne esce così fortemente “penalizzato” nella graduatoria rispetto ad alcuni Paesi come il nostro che riconoscono al lavoratore *validamente* licenziato un’indennità commisurata all’anzianità maturata; ma anche rispetto ad altri, come l’Olanda, che sottopongono il licenziamento ad un’approvazione statale, subordinandola di regola alla corresponsione di un’indennità.

In secondo luogo, la ricerca Ocse, nel misurare la rigidità del sistema previsto in ciascun ordinamento, sopravvaluta il peso che riveste la previsione di una tutela di tipo reintegratoria. In effetti, l’incidenza di tale indicatore dipende dall’accertamento che il giudice è chiamato ad effettuare “a monte” sulla legittimità o illegittimità prima di individuare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo. Infatti, l’effettività di un apparato sanzionatorio, anche se molto rigido (come, in passato, quello italiano che concepiva la reintegrazione come sanzione unica per i licenziamenti illegittimi intimati nell’area c.d. della tutela reale oppure quello svedese che prevede una sanzione risarcitoria di importo alquanto elevato) varia sensibilmente a seconda che il controllo giudiziale sui presupposti per l’esercizio del potere di recesso sia più o meno severo, anche perché le soluzioni interpretative accolte dai tribunali sulle cosiddette causali possono influire sul tasso di litigiosità giudiziale.

Da questo punto di vista il sistema tedesco, che, come vedremo, circo-scrive l’ambito di autonomia dei giudici in merito alla scelta dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall’azienda (v. *infra* § 9), riveste valore paradigmatico.

In tale contesto, infatti, la giurisprudenza, forse più che in altri Stati, ha giocato un ruolo cruciale nell’assestamento e nello sviluppo di una fitta rete di regole e criteri limitativi del potere di licenziare, tracciando un vero e proprio percorso ad ostacoli per il datore di lavoro che intenda esercitare con successo il potere di recesso⁶.

⁵ In particolare, secondo REBHANN, *op. cit.*, p. 181, il rapporto Ocse avrebbe sottovalutato il fatto che il sistema in esame prevede che se sussiste una “modificazione della struttura aziendale” (*Betriebsänderungen*) i datori di lavoro sono tenuti, ai sensi del § 102 del *BetrVG*, a contrattare con il consiglio aziendale [oltre ad un accordo di interessi (*Interessenausgleich*)] un apposito *Sozialplan* che serve a mitigare e compensare gli svantaggi subiti dai singoli lavoratori mediante la corresponsione di un premio di fine rapporto. In Germania in molti casi il *Betriebsrat* riesce ad ottenere coattivamente, tramite l’intervento del collegio di conciliazione, il *Sozialplan*.

⁶ V. per esempio, sin d’ora, WAAS, *op. cit.*, p. 101. Sul ruolo essenziale svolto dalla giurisprudenza v. criticamente BAYREUTHER, *Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes*, in *NZA*,

Basti per ora evidenziare che i giudici tedeschi, non solo si richiamano costantemente e rigorosamente al criterio di *ultima ratio*, ma impongono, anche, al datore di lavoro di effettuare una “previsione” per valutare oggettivamente se, in considerazione delle mutate condizioni esistenti nel rapporto contrattuale delle persone coinvolte, ci si possa aspettare la prosecuzione di una collaborazione fruttuosa (licenziamento personale e disciplinare), o se, anche in futuro, vi sarà la perdita di opportunità di lavoro (licenziamenti economici) (*Prognoseprinzip*).

Peraltro, i Tribunali del lavoro hanno anche esteso buona parte dei criteri elaborati in sede giudiziale in funzione protettiva del lavoratore ai casi in cui non sono applicabili né la *KSchG* né la legislazione speciale, sul presupposto che il lavoratore debba beneficiare di una qualche forma di tutela contro il licenziamento anche nelle piccole imprese, alle quali non si applica la disciplina generale della *KSchG* ai sensi del § 23 paragrafo 1, comma 2 e 3^{7, 8}.

Proprio per queste ragioni la normativa di protezione contro il licenziamento prevista nella Rft, da qualche tempo, è stata attaccata su più fronti con l'accusa di avere effetti negativi sull'occupazione e sulla mobilità professionale⁹.

2006, p. 417. In lingua italiana ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 133-138; DÄUBLER, *Il caso tedesco*, cit., 195 ss.

⁷ La base giuridica su cui poggia questa “tutela contro i licenziamenti posta al di fuori del *KSchG*” è costituita dai §§ 242 BGB (principio di buona fede) e § 138 BGB, secondo cui i negozi giuridici, contro i buoni costumi, sono nulli.

⁸ Non è un caso dunque che – come documentano alcuni autori come MOSCHEL, *Kündigungsschutz und Beschäftigung: ein Scheinproblem?*, in *Juristenzeitung* 3, 2006, p. 113 e RÜTHERS, *Der geltende Kündigungsschutz. Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?*, in *NJW*, 23, 2006, p. 1640 – i proprietari di piccole imprese percepiscono la normativa sui licenziamenti come un peso e al contempo dichiarino in prevalenza che senza di essa avrebbero un atteggiamento più aperto verso nuove assunzioni.

⁹ Nel dibattito in corso (per il quale si rinvia al § 12) si discute, come da noi, sui pro e i contro di una tutela rigida contro i licenziamenti e ci si chiede se la normativa in materia espliciti, per un effetto disincentivante (*prohibitive Wirkung*), e cioè se la sua negativa percezione da parte dei datori di lavoro e dei responsabili delle risorse umane possa scoraggiarli dall'assumere a tempo indeterminato, e per l'altro verso, un effetto preventivo (*präventive Wirkung*), e cioè se essa renda eccessivamente costoso il licenziamento anche in considerazione della lunghezza del processo. Confermerebbe l'effetto preventivo, secondo VIERING (*Arbeitsgerichte erschweren Kündigungen kaum*, in *Süddeutsche Zeitung* del 15.4.2005), il basso tasso di litigiosità dovuto al fatto che la normativa prevede vincoli troppo rigidi ed il datore di lavoro sembra disposto a tutto pur di evitare l'alea del processo. Sul dibattito v. tra gli al-

Di “flessibilità in uscita” e di un allentamento dei vincoli legali al licenziamento si iniziò a parlare negli anni '90: un primo importante passo in questa direzione si realizza con la *Beschäftigungsförderungsgesetz* del 1996 che opta per un deciso abbassamento della soglia di tutela contro i licenziamenti. Infatti, tale legge, da un lato, estende l'ambito di applicazione della c.d. clausola di esenzione della *KSchG* (*Kleinbetriebsklausel*) alle imprese che occupano fino a dieci lavoratori (non più fino a cinque dipendenti) e include nel computo i part-timer *pro rata*, dall'altro, indebolisce il criterio della selezione sociale (su cui v. § 6) e autorizza il consiglio d'azienda ed il datore di lavoro a concordare una lista delle persone da licenziare (*Namenliste*) all'interno del cosiddetto *Interessenausgleich* (e cioè l'accordo con il quale il consiglio aziendale e il datore di lavoro, in caso di modifiche della struttura aziendale, stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione).

Nel nuovo scenario politico che si apre nel 1998 con il governo Schröder (SPD/Verdi) viene però emanata una legge (*Gesetz zu Korrekturen der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten*) che segna un brusco cambiamento di rotta nelle politiche del lavoro e sopprime gran parte di queste innovazioni.

Da allora, il tema della flessibilizzazione dei licenziamenti, come in Italia, non è mai più uscito di scena, anzi raggiunge il suo apice di attualità nel dibattito svoltosi in occasione dell'emanazione della legge di riforma del mercato del lavoro varata nel 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*), che, nel tentativo di superare alcuni profili di criticità della disciplina sui licenziamenti e di immettere nuove dosi di flessibilità in uscita, recupera in buona parte le misure già prefigurate nel '96 con il governo Kohl, aggiungendo però solo poche novità¹⁰.

Ciò non toglie che in Germania il dibattito sul tema abbia avuto un sbocco molto diverso che in Italia, come testimoniano i percorsi divergenti intrapresi dai due legislatori nazionali.

tri ZACERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs und die Rechtsempirie - Ein schwieriges Verhältnis*, in *WSIM* 8/2007.

¹⁰ Tale riforma ha fatto molto discutere ed è stata valutata in gran parte con toni critici. V. tra gli altri WAAS, *op. cit.*; RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG in RARbeit*, 2005, p. 12, il quale evidenzia che le speranze che erano riposte in una delle principali novità, ossia la *Abfindungsanspruch* (la previsione, a determinate condizioni, di un diritto all'indennità a favore del lavoratore licenziato per motivi aziendali) in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSchG* § 1a), sono in gran parte naufragate.

Se il legislatore italiano, sotto la pressione dei mercati finanziari, ha dovuto mettere mano ad una riforma strutturale che modifica profondamente l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi e riduce in modo drastico il diritto alla reintegrazione, lasciando ampio spazio alla sanzione meramente risarcitoria (l. 28 giugno 2012, n. 92), in Germania, invece, le riforme attuate negli ultimi anni hanno introdotto solo alcuni correttivi alla disciplina in esame, lasciando essenzialmente immutato il regime sanzionatorio. In tale contesto, viene dunque superata l'idea che una forte riduzione della tutela reale e la sua sostituzione con un regime di tutela indennitaria (*Abfindungslösung*) sia l'unica strada per rendere il mercato del lavoro più fluido e ed eliminare il dualismo.

Peraltro, è significativo che, in occasione delle recenti riforme, il legislatore tedesco, pur avendo assecondato per certi versi le istanze di flessibilità, non ha mai dato seguito alle proposte di revisione della storica normativa del '72 (*Betriebsverfassungsgesetz*, d'ora in poi *BetrVG*) volte ad indebolire i poteri di codicisione che essa riconosce ai consigli aziendali sulle questioni cruciali del licenziamento¹¹.

In Italia, al contrario, la legge n. 92 del 2012, ponendosi in continuità con le tradizioni specifiche del nostro sistema di relazioni industriali, ha abbandonato qualsiasi intento di prefigurare un ruolo per le rappresentanze sindacali in azienda nella gestione delle questioni del licenziamento, perdendo in tal modo un'importante occasione per allinearsi al cosiddetto modello tedesco ed aprire la strada ad un sistema di *co-partnership* nella materia in esame.

Nel prosieguo della presente trattazione, ponendo in risalto, di volta in volta, le similitudini e le divergenze con il sistema italiano, passeremo ad illustrare, sia pure a grandi linee, lo stato dell'arte sul sistema di tutela contro i licenziamenti previsto nell'ordinamento tedesco, soprattutto al fine di verificare se, ed in che modo, l'idea di stabilità a cui si è originariamente ispirato il *KSchG* ha trovato effettivo radicamento nel "diritto vivente". Partendo dall'esame del contenuto dei principi costituzionali, soffermeremo anzitutto l'attenzione sui limiti sostanziali e procedurali che il *KSchG* pone al datore di lavoro tedesco nell'esercizio del potere di recesso, sui vincoli

¹¹ Tali proposte sono state formulate in considerazione dell'atteggiamento di particolare rigore con cui la giurisprudenza valuta il mancato rispetto dell'obbligo di ascolto. V. SCHIEFER, *Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit - Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis*, in *NZA*, 2002, p. 770, 771, BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung*, in *NZA*, 2005, p. 1046, 1050.

derivanti dalla cosiddetta “selezione sociale” dei lavoratori da licenziare e, ancora, sul ruolo che il consiglio aziendale è chiamato a svolgere nella gestione collettiva dei problemi relativi al licenziamento¹². L’analisi si concentrerà poi sull’apparato sanzionatorio, e in particolare sul ruolo essenziale del giudice nell’individuazione dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall’azienda, nonché sull’ambito di applicazione riservato alla reintegrazione ordinata nel corso del giudizio.

Infine verrà offerta una rapida panoramica critica sulle più importanti proposte di riforma in campo.

1.2. *Principi costituzionali in tema di licenziamento*

Prima di entrare nel merito della disciplina legislativa dei licenziamenti individuali vigente nel sistema tedesco sembra utile interrogarsi, sulla scorta delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali, in ordine alla portata dei principi costituzionali che vengono in gioco in questa materia anche al fine di stabilire, in un secondo momento (v. § 12), quale sia il margine di intervento del legislatore e quali siano i limiti a cui è soggetto per poter disporre e strutturare un regime di stabilità.

Per quanto riguarda l’individuazione del fondamento costituzionale del potere di recesso del datore di lavoro (*Kündigungsfreiheit*), va osservato che la questione è tuttora dibattuta anche perché nella Costituzione tedesca non esiste, come da noi, una norma che proclama la libertà d’impresa¹³.

La giurisprudenza costituzionale tedesca ha posto alcuni punti fermi.

Pur non escludendo, come da alcuni evidenziato¹⁴, che il potere di recesso si ponga in stretta connessione con l’autonomia contrattuale, tutelata dall’art. 2, Abs. 1 del GG – nella quale rientra infatti non solo la possibilità di stipulare contratti e determinarne il contenuto ma anche quella di disporre la cessazione del vincolo contrattuale – la Corte costituzionale tedesca ne

¹² Come ben noto, l’ordinamento tedesco si contraddistingue nel panorama comparato in quanto la legge, indipendentemente dall’esistenza di un licenziamento collettivo, riconosce diritti di partecipazione ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori di tipo elettivo, denominato *Betriebsrat* (v. § 11).

¹³ V. da ultimo, FRANZEN, *Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes*, in KRAUSE, SCHWARZE (a cura di), *Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008*, p. 71 e ss. HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in ZA, 2002, p. 356 e ss.

¹⁴ V. URBAN, *Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes*, Duncker & Humblot. 2001, p. 39.

rinviene essenzialmente il fondamento nella libertà professionale (*Berufsfreiheit*) sancita nell'art. 12, Abs. 1 del GG¹⁵, negando invece qualsiasi rilievo alla garanzia del diritto di proprietà contenuta nell'art. 14, Abs 1 del GG¹⁶.

Dal principio contenuto nell'art. 12 la Corte tedesca fa discendere la libertà dell'imprenditore di decidere come organizzare al suo interno a propria attività aziendale¹⁷, e dunque anche la libertà di scegliere i collaboratori di cui avvalersi nella propria organizzazione e di determinare la dimensione da dare al proprio organico¹⁸.

Secondo la Corte, tale norma, nel tutelare la libertà di esercitare la professione (*Berufsfreiheit*) e di scegliere il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale¹⁹, utilizza l'espressione "*Beruf*" in un'accezione molto ampia e comprensiva di ogni forma o modo di esplicazione della personalità dell'individuo sì da garantire a ciascuno il diritto di intraprendere una qualsiasi attività per la quale si reputa adatto nella prospettiva della compiuta realizzazione della propria vita²⁰.

La Corte costituzionale si è anche pronunciata sulla questione, ugualmente assai dibattuta, del fondamento costituzionale dei vincoli al potere di recesso²¹.

¹⁵ V. HERGENRÖDER, *Kündigung*, cit., 2002, p. 358.

¹⁶ Si astiene dall'utilizzare l'art. 14 GG come metro di valutazione dei limiti posti dalla legge ai poteri del datore di lavoro BVerfG 18.12.1985, NJW, 1986, 1601. Ipotezza invece che il fondamento del potere di recesso possa essere ancorato, almeno in parte, anche all'art. 14 GG: THUM, *Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit*, Peter Lang, 2002, p. 14, 24.

¹⁷ È appena il caso di rimarcare una differenza rispetto all'elaborazione teorica sviluppatasi attorno al nostro art. 41 Cost.: l'art. 12, secondo la Corte, si pone come fondamento delle attività inerenti alla costituzione e alla conduzione di un'impresa anche se non tutela indistintamente qualsiasi attività economica, ma solo quelle attività che soddisfano i requisiti di una "professione" (*Beruf*). BVerfG 1.3.1979, E 50, 290 = AP nr. 1 zu § 1 *MitbetG*.

¹⁸ BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - mWn, BAGE 115, 92.

¹⁹ Secondo l'art. 12, Abs. 1 "Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale". Secondo il primo capoverso della norma l'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi.

²⁰ BVerfG 11.6.1958, E 7, 377 (397) = AP nr. 13 zu Art. 12 GG; 16.3.1971, E 30, 292 (334) = AP nr. 48 zu Art. 12 GG secondo cui tale previsione, pur mantenendo distinte sul piano testuale la "scelta" dall'"esercizio", riconosce la libertà professionale (*Berufsfreiheit*) come diritto fondamentale di carattere unitario.

²¹ In Germania ci si è anche chiesti se, con riferimento al posto di lavoro, il singolo prestatore di lavoro possa essere considerato titolare di una posizione giuridica assimilabile a quella di un proprietario e tutelata dall'art. 14 del GG. Ciò sulla base di una presunta assimi-

A tal proposito va ricordato che il *BVerfG* e la dottrina maggioritaria tradizionalmente ritengono che la disciplina di tutela contro i licenziamenti poggi sul principio della libertà professionale previsto dall'art. 12 Abs. 1, del GG, sul principio dello Stato sociale (art. 20, Abs. 1 art. 28, Abs. 1, GG) e su quello posto a garanzia della dignità umana (art. 1, GG)²².

Vi è anche chi ritiene tuttavia che la tutela del lavoratore alla stabilità del posto non possa essere direttamente ancorata all'art. 12 del GG, ma debba essere piuttosto inquadrata nell'ambito dei valori personalistici (art. 2 Abs. 1 GG), essendo anzitutto funzionale a garantire la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*). Il richiamo all'art. 12, secondo tale dottrina, sarebbe precluso a priori in virtù del fatto che l'esercizio della libertà di scelta del posto di lavoro è condizionato ad un (tacito) consenso del datore, il quale, solo richiedendo la prestazione del lavoratore sul mercato del lavoro, pone le condizioni affinché questi possa esercitarla²³.

La dottrina prevalente non sembra invece dubitare che l'art. 12 GG, nel proclamare la libertà di scelta del posto di lavoro²⁴, ponga le basi giuridiche affinché il lavoratore sia anche tutelato contro la possibilità di perderlo senza motivo legittimo²⁵.

La giurisprudenza del *BVerfG* è giunta ad ammettere che tale norma, pur senza garantire al lavoratore, in caso di perdita del posto di lavoro, un

lazione della posizione giuridica del lavoratore a quella del conduttore che la giurisprudenza ritiene tutelata costituzionalmente al pari del locatore in considerazione dello stretto legame che si crea tra i due soggetti mediante il diritto di locazione sociale.

Nonostante il BAG abbia lasciato aperta la questione (BAG 4.6.1998, E 89, 80 = AP nr. 7 zu § 823), l'opinione prevalente esclude che si possa parlare di proprietà del posto di lavoro (*ein Recht auf Eigentum am Arbeitsplatz*). Sul punto v. HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 355. In Italia un'idea di proprietà del posto di lavoro è invece sottesa alle proposte formulate da Pietro Ichino che anche in un recente saggio (*La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in corso di pubblicazione in *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli) concepisce la reintegrazione come *property rule*.

²² GAMILLSCHEG, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Duncker & Humblot, 1989, p. 58 e ss; DIETERICH, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 7 Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rn 34. Per l'idea che il *KSchG* sia permeato dall'idea dello Stato sociale (*Sozialstaatsgedanken*) v. KR/ETzel, *KSchG*, 6 Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 18.

²³ FRANZEN, *op. cit.*, p. 71 e ss, 77.

²⁴ *BVerfG* 24 4 1991 AP nr. 70 zu art. 12 GG; *BVerfG* 27.1.1998.

²⁵ PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung und "dringendes betriebliches Erfordernis"*, in NZA, 1995, p. 241 (242).

diritto immediatamente azionabile in giudizio nei confronti del proprio datore di lavoro²⁶, contenga non soltanto un diritto di natura difensiva (*Abwehrrecht*), ma anche un dovere di protezione a carico dello Stato (*Schutzpflicht*), il quale è chiamato a preservare la posizione giuridica costituzionalmente tutelata (del lavoratore) da qualsiasi indebita intromissione²⁷.

La norma costituzionale in questione, alla stregua di altre norme poste a garanzia di diritti fondamentali, si rivolge tanto al legislatore²⁸, che agli organi giurisdizionali, i quali, essendo chiamati ad interpretare le previsioni di diritto del lavoro alla luce della Costituzione²⁹, debbono contemperare l'interesse del datore di lavoro a dimensionare il proprio organico con l'interesse del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro, in modo da garantire di volta in volta "il bilanciamento migliore possibile" secondo il criterio della "*praktische Konkordanz*"³⁰. In caso di conflitto tra diritti fondamentali, la tutela prevista in caso di licenziamenti, da un lato, non deve comportare un sacrificio sproporzionato dei diritti fondamentali di altri soggetti privati (*Übermaßverbot*) e dall'altro, non deve scendere al di sotto di uno standard minimo di tutela inderogabile (*Untermaßverbot*).

²⁶ A ciò si oppone il mancato accoglimento della teoria della immediata *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. Per il tentativo nella giurisprudenza italiana di affermare la preesistenza di un diritto soggettivo alla stabilità del posto rispetto alla fonte regolativa collettiva v. Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141.V. però le giuste critiche di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *GDLRI*, 2008, p. 593.

²⁷ Obbligo, questo, al quale il legislatore si è conformato nella disciplina vigente in tema di licenziamenti. BVerfG 21.6.2006, in *NZA*, 2006, 913 che si pronuncia sulla costituzionalità del c.d. "*Wartezeit*" di cui al § 1 Abs. 1 del *KSchG*.

²⁸ V. BVerfG, 30.5.1990, in *NJW*, 1990, 2246 nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto che la differenziazione dei termini di preavviso prevista allora dal § 622 Abs. 2 BGB per gli impiegati e per gli operai fosse in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 del GG.

²⁹ DIETERICH, *Unternehmensfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat*, in *AR*, 2007, p. 65, p. 67. V. anche HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 377-378, secondo cui se un datore di lavoro licenzia in quanto deve ristrutturare la propria impresa per motivi di redditività, il giudice nel valutare la giustificazione sociale del licenziamento ai sensi del § 1 del *KSchG* deve considerare il principio sancito dall'art. 12 GG direttamente a favore del datore di lavoro.

³⁰ BVerfG 21.6.2006, *NZA*, 2006, 213. V. anche HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 370. Per l'idea che l'art. 12 GG possa giocare un ruolo anche nella disciplina sulla distribuzione dell'onere della prova. BVerfG 27.1.1998, E 97, 169 (179).

³¹ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 573; DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 198.

2. L'ambito di applicazione del *KSchG* e le causali del licenziamento: cenni

Nell'ordinamento tedesco l'ambito di applicazione della normativa sui licenziamenti, come s'è visto, è stato ridisegnato a più riprese dal legislatore interno. La linea di discriminazione è attualmente individuata dalla legge con riferimento a due importanti condizioni: *a*) si deve trattare di un licenziamento ordinario di un lavoratore intimato in aziende nelle quali siano occupati più di dieci lavoratori (§ 23 Abs. 1, S. 2 *KSchG*); *b*) il rapporto deve aver avuto una durata di almeno sei mesi (§ 1, Abs. 1 *KSchG*) senza alcuna proroga in caso di malattia, ferie o sciopero (perché si considera la continuità giuridica)³¹. Per quanto riguarda il primo requisito va ricordato che la Corte costituzionale tedesca ha chiarito da tempo che l'esclusione delle piccole imprese dal campo di applicazione della normativa sui licenziamenti non contrasta né con il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3, Abs. 1, GG né con il diritto al lavoro di cui all'art. 12, Abs. 1 del GG poiché il lavoratore interessato, in tal caso, gode di una tutela di base – deducibile dalla Costituzione – fondata sulle clausole generali (§§ 138 e 242 BGB)³². Quanto al secondo requisito va precisato che durante il periodo di prova previsto per legge (*gesetzliche Probezeit*) il datore di lavoro può licenziare senza dover addurre alcuna giustificazione ai sensi del § 1, 4 del *KSchG*, pur restando sottoposto ad altri vincoli legali, e in particolare al rispetto del preavviso e ai diritti di codeterminazione del consiglio aziendale.

Come accade in tutti i Paesi dell'Europa occidentale, nel sistema tedesco esiste la forma di tutela storicamente più antica contro i licenziamenti, per cui il datore di lavoro non può mandare un lavoratore sulla strada da un giorno all'altro, ma deve concedergli un congruo periodo di preavviso per metterlo in condizioni di trovare una nuova occupazione. Il potere di recesso del datore di lavoro viene inoltre circondato da una serie di vincoli assai penetranti, secondo una concezione ben precisa della tutela della stabilità che traspare già dalla nozione-chiave utilizzata dal § 1 del *KSchG* per qualificare il licenziamento illegittimo: il licenziamento nei confronti di un lavoratore non produce effetto – si afferma – se è “*socialmente ingiustificato*” (*sozial ungerechtfertigte*).

Il cambiamento più importante nell'approccio al tema è riconducibile all'emanazione nel 1951 del *KSchG* con la quale il legislatore compie quel salto qualitativo che da noi si è verificato con qualche anno di ritardo,

³² DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 198; DÄUBLER, *Il caso tedesco*, cit., p. 218-219.

prima con la l. 604 del 66, e poi con l'art. 18 dello Statuto: infatti, la *KSchG*, superando definitivamente la concezione liberista del rapporto di lavoro (che presuppone come è noto il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro), consente la piena affermazione della logica del licenziamento vincolato e segna il passaggio da una tutela puramente indennitaria del lavoratore licenziato illegittimamente ad una vera e propria tutela alla continuità del posto di lavoro³³. La logica sottesa al sistema introdotto con tale legge, già nella versione del '51, comporta la completa cancellazione degli effetti del licenziamento privo di giustificazione sociale, che, infatti, è da ritenere *sozialwidrig* e dunque inefficace (*unwirksam*).

Va peraltro considerato che, diversamente da quanto accade in Italia, dove oggi esiste una gamma tipologica molto ampia e variegata di licenziamenti³⁴, in Germania la legge di protezione contro i licenziamenti illegittimi distingue essenzialmente tre tipi di licenziamento ordinario sulla base della causale che viene addotta a sostegno. In particolare, il § 1 Abs 2 *KSchG* prevede che il datore di lavoro può licenziare: a) per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*), come nel caso dell'impossibilità di adempiere ai compiti assegnati in caso di malattia; b) per motivi afferenti al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) se le ragioni integrano un grave inadempimento contrattuale che rende inaccettabile la prosecuzione del rapporto; ed infine c) per "gravi (*dringende*) motivi legati all'attività aziendale" (*betriebsbedingte Kündigung*) se sussistono ragioni economiche che ostano alla rioccupazione del lavoratore. Il licenziamento ordinario è "socialmente giustificato" quando sussistono motivi tali da far sembrare ad un datore di lavoro che un licenziamento sia oggettivamente e ragionevolmente necessario sulla base di un contemperamento di interessi.

³³ HROMADKA, *Unternehmerische Freiheit - ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?*, in ZA, 2002, p. 383, 387. Peraltro, è sbagliato pensare che tale concezione sia un dato ormai acquisito ovunque perché come fa notare DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 543 negli Usa il datore di lavoro può interrompere il rapporto di lavoro da un momento all'altro, potendo scegliere liberamente se fornire "buone ragioni", "cattive ragioni" o "nessuna ragione". Ma ciò è legato senz'altro al fatto che nel contesto giuridico nordamericano il principio del diseguale potere delle parti nel rapporto, considerato come ragione causale dello sviluppo del diritto del lavoro nei Paesi occidentali, ha ceduto il passo al principio del volontario scambio delle prestazioni (*employment at will*).

³⁴ ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92), prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, p. 129-134 che ne individua 18 tipi.

3. Il licenziamento per motivi legati alla persona (*personenbedingte Kündigung*): cenni

Nel sistema tedesco il licenziamento può essere giustificato da “motivi personali” nelle ipotesi di impossibilità fortuita della prestazione lavorativa collegate ad impedimenti che colpiscono la persona del lavoratore. Il licenziamento per malattia, come anticipato, costituisce il caso paradigmatico. Ma si possono ipotizzare, tra l’altro, anche un licenziamento per alcolismo o per tossicodipendenza; un licenziamento per AIDS, un licenziamento per incompetenza (*mangelnder Eignung*), un licenziamento per persistente incapacità di rendimento, etc.

In Germania, a differenza che nel nostro ordinamento – dove, come è noto, il codice civile prevede come causale a sé stante di licenziamento la malattia che perduri oltre la soglia del comperto (art. 2110, c. 2) – non è possibile evincere né dalla legge né dalla giurisprudenza un catalogo pre-costituito di “motivi legati alla persona” la cui esistenza valga a giustificare automaticamente un licenziamento. Il *KSchG* non chiarisce neppure se l’incapacità al lavoro dovuta a malattia del lavoratore sia riconducibile ad uno di questi motivi. Il licenziamento non è dunque inefficace per il solo fatto che sia stato intimato durante la malattia. Al contrario, secondo una giurisprudenza costante, la malattia può giustificare socialmente un licenziamento in via indiretta quando la vacanza del posto di lavoro che ne consegue renda impossibile sul piano economico-aziendale una prosecuzione del rapporto di lavoro; quando si sia in presenza di malattie lunghe o malattie brevi che si ripetono frequentemente, o ancora in presenza di malattie che comportino una riduzione della capacità lavorativa che non consenta al lavoratore di continuare a svolgere le mansioni collegate con la qualifica di appartenenza.

In particolare, in caso di licenziamento per malattia (*krankheitsbedingten Kündigung*) la giurisprudenza tedesca opera un controllo assai rigoroso che si articola sul cosiddetto schema trifasico³⁵.

La giustificazione sociale presuppone anzitutto una valutazione prognostica sullo stato di salute futuro per verificare se esiste la possibilità di una ripresa del lavoro e di una utile collaborazione in tempi ragionevoli³⁶. Infatti, il licenziamento non può essere considerato una sorta di punizione

³⁵ DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 201.

³⁶ BAG 24.II.2005 - 2 AZR 514/04, in NZA, 2006, 665.

(*Bestrafung*) per le assenze. In caso di malattie di lunga durata il licenziamento è ammesso solo se la fine della malattia non sia prevedibile. Il che deve essere stabilito sulla base di una perizia medica. Peraltro, se al momento in cui il licenziamento è intimato la prognosi è negativa e prima della scadenza del preavviso lo stato di salute del lavoratore interessato migliora inaspettatamente, il lavoratore stesso ha diritto ad essere reintegrato in base ai §§ 241 Abs. 2, 242 BGB laddove riesca ad ottenere una prognosi positiva³⁷.

In secondo luogo la giurisprudenza è unanime nel richiedere che le conseguenze verificatesi nel frattempo e quelle prognosticate conducano ad un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali. Vengono in considerazione disturbi al buon funzionamento dell'azienda dovuti a improvvisi e necessari cambi di programma o oneri economici del datore di lavoro, come ad esempio spese aggiuntive per il lavoro interinale o costi per il mantenimento della retribuzione. Un pregiudizio rilevante degli interessi aziendali si presume nell'ipotesi di una permanente impossibilità della prestazione lavorativa oppure nel caso in cui una ripresa del lavoro nei ventiquattro mesi successivi sia un'eventualità del tutto remota³⁸. Viceversa, tale pregiudizio non sussiste se il lavoratore interessato viene ricollocato in un posto di lavoro nel quale la sua malattia non incide o incide marginalmente.

Infine, la sussistenza della giustificazione sociale va attentamente valutata alla luce di un contemperamento di interessi per poter stabilire se il pregiudizio sostanziale arrecato all'organizzazione aziendale sia o no economicamente sostenibile a carico del datore di lavoro nonostante tutte le misure che questi potrebbe adottare. Ai fini della valutazione delle particolarità del caso occorre considerare, oltre alla durata del rapporto di lavoro e alle cause della malattia, anche l'età e la situazione familiare del lavoratore. I costi legati alla corresponsione del salario giustificano un licenziamento solo se risultano eccezionalmente onerosi, come accade se ogni anno deve essere corrisposto il salario per un periodo superiore a sei settimane³⁹.

³⁷ BAG 17.6.1999 - 2 AZR 639/98, in NZA, 1999, 1328.

³⁸ BAG 11.4.2006 - 9 AZR 610/05, in NZA, 2007, 1042.

³⁹ BAG 29.7.1993 - 2 AZR 155/93, in NZA, 1994, 67; BAG 8.II.2007 - 2 AZR 292/06 2008,

4. Licenziamento per ragioni economiche o aziendali

Sebbene nella Rft la legge sottoponga i licenziamenti, indipendentemente dalla ragione giustificatrice, ad una rigorosa proceduralizzazione ed attribuisca ad un organismo di rappresentanza dei lavoratori, qual è il *Betriebsrat*, un ruolo essenziale per reagire in una situazione critica come questa (v. *infra* § 11), ciò non significa che la definizione dell'ambito e dei limiti del controllo giudiziale sul recesso per motivi oggettivi sia una questione di scarso rilievo in questo Paese. Al contrario, proprio con riguardo alla definizione dei confini del controllo giudiziale sui motivi economici alla base del licenziamento è attualmente in corso un ampio dibattito in dottrina come in giurisprudenza.

Stando alla formulazione del *KSchG*, un licenziamento per ragioni economiche o aziendali si configura quando sussistono “gravi esigenze aziendali” (“*dringende betriebliche Erfordernisse*”) che rendono necessaria la soppressione di uno o più posti di lavoro purché – come vedremo – non si prospetti la possibilità di evitare il licenziamento con il ricorso ad una misura meno drastica (v. *infra* § 5) e purché il datore di lavoro, nella scelta del lavoratore da licenziare, abbia rispettato alcuni criteri di rilevanza sociale (v. § 6).

La legge non chiarisce quali siano le “urgenti esigenze aziendali” che il datore di lavoro può porre a fondamento del licenziamento, lasciando trasparire soltanto che queste debbano importare una riduzione del fabbisogno di personale e dunque una riduzione del numero dei posti di lavoro esistenti rispetto al numero dei lavoratori occupati sino a quel momento (per es.: in conseguenza di una decisione di variare la gamma dei prodotti o i metodi di produzione).

La giurisprudenza tedesca è da tempo orientata nel senso di ritenere che alla base del licenziamento possa esservi qualsiasi ragione economica seria e non pretestuosa⁴⁰. Pertanto, la soppressione dei posti di lavoro può essere determinata indifferentemente tanto da cause esterne all'impresa (ad es. una contrazione permanente della domanda) che da ragioni inerenti alla gestione della stessa (potendo essere giustificata ad es. da una decisione imprenditoriale di limitare o razionalizzare la produzione per ridurre i costi,

⁴⁰ Peralto la giurisprudenza esclude che il posto di lavoro da sopprimere debba essere necessariamente lo stesso di quello che il lavoratore espulso ha ricoperto fino a quel momento, potendo esso riferirsi ad un'altra parte dell'azienda. BAG 28.10.2004 – 8 AZR 391/03, NZA, 2005, 673.

o di chiudere alcuni reparti e spostare la produzione in un paese con costi del lavoro più bassi per aumentare gli utili)⁴¹.

In particolare, in base all'orientamento prevalente del Tribunale federale del lavoro le "urgenti esigenze aziendali" che giustificano il licenziamento possono derivare, oltre che da una situazione economica sfavorevole dovuta ad esigenze di mercato, anche da decisioni stabilite dal datore di lavoro con l'intento di ridurre i costi o incrementare i profitti.

Il che si giustifica in quanto all'autorità giudicante è precluso sindacare la scelta imprenditoriale posta a monte del licenziamento sotto il profilo dell'opportunità e congruità (*Zweckmäßigkeit*)⁴², e a maggior ragione, non le spetta il compito di offrire ai datori di lavoro suggerimenti per migliorare la politica aziendale: poiché la libertà del datore di lavoro è costituzionalmente protetta sia nella determinazione dell'organizzazione della propria impresa sia nella valutazione della forza lavoro di cui avvalersi in relazione agli scopi imprenditoriali da perseguire (art. 12 del GG), il sindacato giudiziale può soltanto riguardare il mero accertamento della effettività, al momento del licenziamento, delle "urgenti esigenze aziendali" che determinano una riduzione del fabbisogno di personale e del nesso eziologico, inteso nel senso di logica connessione tra la decisione dell'impresa e la soppressione di uno o più posti di lavoro.

In giurisprudenza si è peraltro talvolta ammesso che il vaglio giudiziario possa entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, sia pure in via del tutto eccezionale, e cioè quando il datore di lavoro abbia abusato della propria libertà imprenditoriale (*Rechtsmissbrauch*), assumendo una decisione "manifestamente non obbiettiva, illegale o arbitraria"⁴³. Si pensi al caso in cui il licenziamento abbia comportato un pregiudizio per il personale che rimane in azienda oppure a quello in cui la decisione sia presa allo scopo di liberarsi di determinati lavoratori il cui contratto di lavoro sia divenuto

⁴¹ BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.VV., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, C.H. Beck, 1993, p. 395; BAG 7.12.1978 AP nr. 6 zu § 1 KSchG 1969. *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW, 1979, 1902; 30.5.1985 AP nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung* = NJW, 1986, 2849.

⁴² HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 377; PREIS, *Autonome Unternehmerentscheidung*, *cit.*, p. 241 (245), BAG 21.6.1995, AP nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972.

⁴³ BAG 23.2.2012 2 AZR 548/10 BAG 16.12.2010 - 2 AZR 770/09 - R.n. 13, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung nr. 186 = EZA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung nr. 165; BAG 10.7.2008 - 2 AZR 1111/06 - R.n. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung nr. 181 = EZA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung nr. 163.

tropo oneroso senza che il fabbisogno di personale sia rimasto oggettivamente invariato⁴⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza, nella stragrande maggioranza dei casi, facendo propria un'interpretazione formalistica del dettato normativo, è giunta a ritenere di fatto "intangibile" la decisione imprenditoriale che conduce alla soppressione del posto di lavoro. Tale orientamento di favore verso la parte datoriale ha suscitato non poche riserve in dottrina.

Per alcuni i Tribunali del lavoro, nel ritenere socialmente giustificato il licenziamento fondato su una qualsiasi ragione economica, avrebbero in sostanza sostituito il precetto di contenuto positivo, previsto dalla legge là dove fa riferimento ad "urgenti esigenze aziendali", con quello di contenuto negativo della "non arbitrarietà". In quest'ottica, tali autori si domandano in cosa si sostanzierebbe il controllo del giudice oltre all'accertamento dell'inevitabilità del licenziamento e della presenza di una scelta socialmente corretta⁴⁵.

Altri ritengono che un controllo giudiziale nel merito di alcune decisioni imprenditoriali – come quella di compiere la stessa attività svolta in precedenza con il 10% in meno del personale o quella di sostituire i lavoratori addetti ad un servizio esterno con collaboratori autonomi – pur essendo difficilmente praticabile (visto che il giudice non possiede competenze squisitamente economiche, e non sempre può pronunciarsi tempestivamente a causa della lunga durata dei processi), sia imposto da una lettura costituzionalmente orientata dei limiti posti al potere di recesso⁴⁶.

⁴⁴ BAG 22.5.2003 – 2 AZR 326/02 – AP KSchG 1969 § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* nr. 128 = EZA KSchG § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* nr. 126. In particolare, la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi dell'arbitrarietà della decisione imprenditoriale nel caso di un'impresa ospedaliera costituita in forma di società a responsabilità limitata che aveva "esternalizzato" i servizi di pulizia ad una società figlia costituita *ad hoc* che avrebbe beneficiato di un più basso costo del personale. Secondo il BAG (26.9.2002 – 2 AZR 636/01 NZA, 2003, 549) l'arbitrarietà di una simile decisione organizzativa si spiegherebbe in quanto la scelta della forma organizzativa era stata effettuata con il pretesto di liberarsi di persone non gradite e di aggirare la normativa sui licenziamenti. In un'altra occasione i giudici hanno dichiarato invalido il licenziamento speculativo c.d. *shareholdervalue*, e cioè quello in cui la giustificazione economica per la perdita dei posti di lavoro risiede nel proposito di aumentare la redditività a favore dei posti di lavoro al di sopra di un livello già considerevole. ArbG Berlin 17.2.2000 – 4 Ca 32471/99 in *AuR* 2001, 72.

⁴⁵ HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 378 (in particolare nota 137). Sui dubbi di costituzionalità OETKER, *Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung*, Boorberg, 1996, p. 42.

⁴⁶ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 596–598.

Se il giudice non fosse nelle condizioni di poter censurare un licenziamento intimato nel quadro di un'operazione di *outsourcing* posta in essere con il fine puramente egoistico di aumentare i profitti (e non dunque per porre rimedio alle difficoltà economiche), il diritto al lavoro, tutelato come diritto fondamentale (art. 12 del GG), sarebbe destinato a retrocedere nel momento stesso in cui entra in conflitto con la libertà di impresa.

Del resto, una simile restrizione degli spazi valutativi del controllo giudiziale, oltre ad essere estranea all'esperienza maturata nelle realtà europee più avanzate (come quella francese), sarebbe poco coerente con alcune recenti dinamiche in atto nel sistema tedesco: in tale sistema, infatti, il contratto collettivo sta occupando spazi sinora propri della codeterminazione e sta estendendo il campo della propria azione regolatrice anche su questioni economiche inerenti alla sfera dell'impresa là dove non siano nettamente distinguibili il profilo sociale da quello economico⁴⁷. A tal riguardo, è sintomatica un'importante decisione, con la quale il BAG, proprio su tali basi, ha riconosciuto che le questioni attinenti al *Sozialplan* – che come detto il datore di lavoro è tenuto a presentare in caso di ristrutturazione e di crisi – possono essere oggetto anche di contratto collettivo e costituire motivo di sciopero⁴⁸.

Per concludere sul punto, appare chiaro da quanto detto che anche in un sistema, fortemente connotato dalla *Mitbestimmung*, nel quale il *Betriebsrat* è chiamato a prendere posizione sulle decisioni datoriali inerenti alla situazione dei dipendenti e al futuro dell'azienda e dunque funge di fatto da filtro preventivo sulla legittimità delle scelte datoriali, non è possibile ipotizzare che qualsivoglia ragione economica possa giustificare il licenziamento ed è pur sempre necessario che il giudice possa vagliare le scelte datoriali indipendentemente dal corretto svolgimento delle procedure di informazione e codecisione.

5. Licenziamenti per motivi oggettivi ed obbligo di reimpiego

Come si è osservato all'inizio, in Germania più che altrove, i giudici hanno offerto un contributo di particolare importanza nell'opera di consolidamento e di sviluppo di una serie di regole e criteri che pongono vin-

⁴⁷ In tal senso v. anche DIETERICH, *L'autonomia contrattuale collettiva, in comparazione*, relazione svolta durante un ciclo di seminari in memoria di Mario Grandi, 27 ottobre 2011, p. 14 del dattiloscritto.

⁴⁸ BAG 24.4.2007 AP TVG § 1 *Sozialplan* nr. 2.

coli assai incisivi e pervasivi al potere di recesso del datore di lavoro; ma, al contempo, è opportuno porre in luce che in questo Paese il quadro normativo si presenta già di per sé più rigido che negli altri Paesi.

Anzitutto, è significativo che il § 1, *KSchG* Abs. 2 non si limiti a richiedere che, in conseguenza delle modifiche dell'organizzazione dell'azienda, si verifichi una soppressione del precedente posto di lavoro, ma imponga anche che le esigenze aziendali poste alla base di un licenziamento per ragioni oggettive socialmente giustificato siano “*gravi*” (urgenti), confermando in tal modo l'idea che il recesso per ragioni oggettive, così come quello intimato per motivi legati alla persona o al comportamento del lavoratore, debba essere concepito come un rimedio estremo (*unvermeidbar*).

Peraltro, il *KSchG*, non solo impone al datore di lavoro, prima di licenziare, di verificare la possibilità di riutilizzare altrimenti la professionalità del lavoratore eccedente (c.d. obbligo di *repêchage*) – e in particolare ricollocarlo in un altro posto di lavoro nella stessa azienda o in un'altra azienda dell'impresa – ma deduce dall'obbligo di *repêchage* regole molto più incisive di quelle elaborate dalla nostra giurisprudenza.

a) Va detto anzitutto che l'offerta del reinserimento⁴⁹ costituisce per il datore un onere qualora vi sia la disponibilità di “un altro impiego di lavoro conforme al contratto” (e a meno che il reinserimento in seno all'azienda comporti una modifica dell'organizzazione aziendale insostenibile)⁵⁰. Il che si deve ammettere se si verifica una mera variazione del turno di lavoro (notturno anziché giornaliero) oppure se di regola il posto è ricoperto da un lavoratore somministrato⁵¹. Diverso è il discorso, però, se il datore di lavoro ha assunto il lavoratore somministrato a tempo indeterminato, oppure se il posto di lavoro è ricoperto da un lavoratore assente per malattia che ha il diritto di conservarlo. Nel caso in cui il licenziamento riguardi più lavoratori e non sia disponibile un numero sufficiente di posti di

⁴⁹ Come in Italia anche in Germania si è aperta in passato una disputa dottrinale sul fondamento dell'obbligo di ricollocamento. Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina l'obbligo di prevenire la soppressione del posto di lavoro mediante misure di ricollocamento trova il fondamento nel principio di *ultima ratio* (o nel principio della necessarietà). Si tratta della “*Eintopf*” *Theorie* accolta da STAHLHACKE, PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 1991, Rdnr. 634. Altri sostengono però che tale obbligo si possa dedurre dalla circostanza che in base al § 1 Abs. 2 S. 2, 3 del *KSchG* le esigenze aziendali per la “soppressione del posto di lavoro” devono essere *urgenti*. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 403.

⁵⁰ KITTNER, DEINERT, in KITTNER, DÄUBLER, ZWANZIGER (Hrsg.), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, 7 Aufl. Frankfurt, 2008, Rn. 369.

⁵¹ LAG Bremen, 2.12.1997 – I (2) Sa 340/96, in *BB*, 1998, 1211.

lavoro, va allora effettuata una scelta secondo criteri sociali in base al § 1 Abs. 3 del *KSchG*.

b) Il diritto tedesco, a differenza del nostro, accolla al datore di lavoro l'onere di adottare tutte le possibili misure di aggiornamento professionale del lavoratore che valgono a consentire il ripescaggio.

Infatti, in base al § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG*, il licenziamento è socialmente ingiustificato allorché il datore di lavoro avrebbe potuto reimpiegare il lavoratore in un altro posto di lavoro dopo aver esperito ragionevoli misure di riqualificazione o di formazione⁵². Si ritiene però che il posto di lavoro debba risultare disponibile al termine del periodo di riqualificazione, dovendo escludere la ragionevolezza delle misure di riqualificazione se ciò avviene più tardi. In giurisprudenza ha destato scarso interesse questo tipo di palliativo. In una delle poche decisioni il BAG ha condannato la Lufthansa che aveva licenziato un pilota senza disporre le misure di riqualificazione necessarie a consentirgli di guidare un altro tipo di aeroplano⁵³. Ma talvolta i giudici hanno addossato il rischio indotto dall'innovazione anche sul lavoratore, che, come si afferma in un'altra pronuncia, deve essere disponibile ed idoneo, in base alle proprie capacità e qualificazioni, ad apprendere nuove tecniche e competenze⁵⁴.

c) Un altro profilo che differenzia la disciplina tedesca dal nostro diritto vivente è dato dal fatto che in Germania il datore di lavoro, prima di licenziare, è tenuto per legge anche ad offrire al lavoratore un posto di lavoro alternativo a condizioni contrattuali meno favorevoli rispetto a quelle pattuite originariamente (per esempio un posto che corrisponda a mansioni inferiori) (§ 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG*)⁵⁵. Il lavoratore, dal canto suo, deve rifiutare o accettare un'offerta di questo tipo entro un termine ragionevole⁵⁶.

⁵² Proprio nel § 1 Abs. 2, S. 3 del *KSchG* viene rinvenuto il fondamento giuridico di un obbligo (accessorio) del datore di lavoro di riqualificare il lavoratore in relazione alle mutate esigenze del lavoro. V. sulla questione DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 366-369.

⁵³ BAG AP nr. 18 zu § 1 *KSchG* citata da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 605.

⁵⁴ LAG Düsseldorf 17.10.1972, in *DB*, 1973, 2307.

⁵⁵ BAG 27.9.1984 2 AZR 62/83, in *DB*, 1985, 1186. In Italia è invece controverso se l'offerta del ricollocamento a mansioni inferiori sia una mera facoltà per il recedente oppure un vero e proprio onere. Nel secondo senso v. Cass. 25033 del 2006; Cass. 21035/2006. Per una critica degli argomenti portati a sostegno di questa tesi v., tra gli altri, NOGLER, *op. cit.*, p. 647-648.

⁵⁶ Peraltro secondo l'opinione prevalente in dottrina può venire in considerazione anche una ricollocazione a condizioni più favorevoli. Il fatto che non esista un diritto alla promozione non può costituire un ostacolo a tale forma di reimpiego che è pur sempre giustificabile alla luce del principio di *extrema ratio*.

Una questione specifica che si è posta in giurisprudenza è se, ed in che termini, il datore di lavoro sia obbligato anche ad introdurre una riduzione dell'orario di lavoro (*Kurzarbeit*) onde evitare che un licenziamento per ragioni oggettive venga dichiarato inefficace nel corso del processo. Il BAG, in una sentenza più risalente, pur ammettendo che il lavoratore possa contestare in giudizio la legittimità del licenziamento nell'ipotesi in cui il datore di lavoro avrebbe potuto evitarlo con il ricorso al *Kurzarbeit*, aveva posto a carico del primo l'onere di allegare e dimostrare che la riduzione del tempo di lavoro fosse ragionevole e possibile (cosa che non accade se il *Betriebsrat* si oppone ad una simile misura)⁵⁷. Più di recente si è invece affermata l'opinione secondo cui, dal momento che il licenziamento deve fondarsi su "urgenti" esigenze aziendali ed essere per sua natura inevitabile, nel caso in cui la mancanza di lavoro sia indotta da una situazione di difficoltà economica di carattere soltanto passeggero, la prova dell'impossibilità di accordare il *Kurzarbeit* è a carico del datore di lavoro⁵⁸. Peraltro, qualora il consiglio aziendale eserciti il suo diritto di iniziativa e ottenga coattivamente l'introduzione del lavoro a tempo parziale con l'intervento del collegio arbitrale, il datore di lavoro, solo se si munisce di un parere di economisti esperti, può controbattere che si tratta di una riduzione durevole⁵⁹.

Nella prassi negoziale accade in modo ormai frequente che un contratto collettivo preveda, nel caso di difficoltà economiche dell'impresa, la possibilità delle parti aziendali di contrattare, mediante un accordo di determinazione aziendale, una riduzione dell'orario di lavoro per tutti i dipendenti con corrispondente diminuzione della retribuzione. Come contropartita in genere il lavoratore ottiene la rinuncia del datore di lavoro ad intimare licenziamenti per un periodo in genere di due anni. Qualora il datore di lavoro dovesse licenziare per ragioni aziendali i singoli dipendenti senza rispettare tale impegno si configurerebbe una violazione del principio di *extrema ratio*.

⁵⁷ BAG 25.6.1964, AP nr. 14 zu § 1 KSchG *Betriebsbedingte Kündigung*.

⁵⁸ In dottrina è pacifico che il *Kurzarbeit* possa rappresentare un mezzo mite per evitare il licenziamento. V. sul punto AA.VV., *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, Neuwied 2007, Rn. 526.

⁵⁹ Da ultimo, BAG 23.2.2012 - 2 AZR 548/10, in *DB*, 2012, 1630-1632; BAG 26.5.1997 - 2 AZR 494/96 - AP KSchG 1969 § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* nr. 86 = EZA KSchG § 1 *Betriebsbedingte Kündigung* nr. 93. Nel caso in cui venga concordata una riduzione del tempo di lavoro, il datore di lavoro non può più addurre che nella realtà esiste una riduzione durevole dell'attività aziendale. I licenziamenti per ragioni aziendali sono dunque esclusi. Diversamente stanno le cose se si presentano nuove circostanze che hanno come conseguenza una riduzione ulteriore dell'occupazione.

Abstract

Come in Italia, anche nella Rft, il tema della flessibilità in uscita, specie nell'ultimo decennio, ha riaperto un'accesa disputa nella quale la disciplina sui licenziamenti individuali è stata al centro di aspre polemiche. Il saggio, ponendo in risalto, di volta in volta, le similitudini e le divergenze con il sistema italiano, illustra, sia pure a grandi linee, lo stato dell'arte sul sistema di tutela contro i licenziamenti previsto nell'ordinamento tedesco, soprattutto al fine di verificare se, ed in che modo, l'idea di stabilità a cui il *KSchG* si è originariamente ispirato ha trovato effettivo radicamento nel "diritto vivente". Partendo dall'esame del contenuto dei principi costituzionali, l'a. si sofferma anzitutto sui limiti sostanziali e procedurali che il *KSchG* pone al datore di lavoro tedesco nell'esercizio del potere di recesso, sui vincoli derivanti dalla cosiddetta "selezione sociale" dei lavoratori da licenziare e, ancora, sul ruolo che il consiglio aziendale è chiamato a svolgere nella gestione collettiva dei problemi relativi al licenziamento. L'analisi, poi, concentrandosi sull'apparato sanzionatorio, sposta l'attenzione sul ruolo che il giudice è chiamato a svolgere nell'individuazione dei rimedi previsti a favore del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda, nonché sull'ambito di applicazione riservato alla reintegrazione ordinata nel corso del giudizio. Infine l'autore offre una rapida panoramica critica sulle più importanti proposte di riforma in campo.

Protection against unfair dismissal has been one of the most controversial issues of the recent legal debate in Germany, as well as in Italy. According to several studies, German statutory dismissal protection is still characterised by a very high overall strictness, even if in the last two decades some labour market reforms have partially "deregulated" and "flexibilized" it in order to promote job creation. Using a comparative approach, the essay seeks to explore the evolution of the system of dismissal protection in Germany. After having described Federal constitutional Court's principal findings concerning this subject, it considers the different kinds of reasons possibly justifying an ordinary or extraordinary dismissal and takes also into account some of the more significant concerns that case law raises, such as the selection of the employees to be dismissed in a case of dismissal for economic reasons, the transfer of the employee to a job with comparable or lower working conditions and the important role that the works councils play in dismissal procedures. The article shows further that some of the assumptions about the inability of the reinstatement to act as a deterrent and the possibility of judicial dissolution of the employment relationship upon the employer's application are overstated even if the labour courts tend to be still too much reluctant in recognizing the right of the dismissed employee to be reinstated during the lawsuit. The final paragraph focuses on the discussion of some of the most relevant reform proposals to limit protection against dismissal in favour of compensation arrangement. In light of these concerns the paper questions whether Italian lawmaker has adopted the right approach in dealing with the question of reinstatement.

giurisprudenza

note e rassegne critiche

Corte d'Appello di Roma - Sezione Lavoro - sentenza 23 aprile 2012 n. 3685 (Pres. e Rel. Panariello)*

Astensione dal lavoro - Lavoratori autonomi - Tassisti - Astensione illegittima - Sanzioni ex art. 4 co. 4, l. 146/90 - Legittimità - Responsabilità solidale del Coordinamento Taxi Italiano - Sussiste.

La l. 12 giugno 1990 n. 146 impone alle organizzazioni sindacali dei lavoratori autonomi, anche se di carattere occasionale, non solo un obbligo positivo di non indire astensioni dal lavoro in violazione delle prescrizioni di legge, ma anche un obbligo, da valutarsi alla stregua dei criteri di responsabilità colposa, di porre in essere tutti quei comportamenti che siano tali da impedire che i lavoratori diano vita ad astensioni dal lavoro che determinino un pregiudizio dei diritti della persona costituzionalmente garantiti.

In assenza di tali comportamenti sussiste la responsabilità solidale del Coordinamento Taxi Italiano per le sanzioni irrogate dalla Commissione di garanzia ai singoli taxisti ai sensi dell'art. 4 co. 4, della l. 146/90.

Roberto Romei

Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali

SOMMARIO: **1.** Una sentenza innovativa. **2.** La responsabilità solidale delle organizzazioni sindacali nel caso di astensione di lavoratori autonomi. **3.** ... e nel caso di sciopero dei lavoratori subordinati nei servizi pubblici essenziali. **4.** Le clausole di responsabilità del settore non dei servizi essenziali.

1. Una sentenza innovativa

Nel panorama spesso non esaltante della giurisprudenza che si occupa di questioni attinenti al mondo del lavoro, capita raramente di imbattersi in

* Il testo della sentenza è reperibile in www.editorialescientifica.com, nella pagina della rivista.

sentenze che appaiano davvero stimolanti ed innovative. Succede così che in una sentenza della Corte di Appello di Roma capiti di leggere l'enunciazione di un principio particolarmente importante, che la Corte formula al termine di un'argomentazione tesa e rigorosa e che si risolve nell'affermazione di una responsabilità del Coordinamento Taxi Italiano per le astensioni, giudicate illegittime, dei taxisti stessi.

La vicenda alla base della sentenza della Corte di Appello romana è piuttosto semplice e su di essa vale la pena non spenderci più di tanto, anche perché nella sentenza si legge una ricostruzione in fatto che è precisa e puntuale.

In sintesi, a seguito di una serie di provvedimenti normativi intesi a introdurre condizioni di maggiore concorrenzialità nel settore del trasporto urbano, il 30 giugno 2006 le organizzazioni sindacali dei tassisti danno vita ad un organismo di coordinamento nazionale denominato Coordinamento Taxi Italiano il cui compito è quello di prendere delle decisioni in ordine alle iniziative di protesta da intraprendere per contrastare i provvedimenti governativi. Il coordinamento indice due giornate di protesta, successivamente revocate; nell'intervallo tra la proclamazione di queste due giornate e le date in cui l'agitazione si sarebbe dovuta effettivamente tenere, si verificano in tutta Italia delle iniziative di protesta che sia il Tribunale di primo grado che la Corte di Appello ritengono senza dubbio illegittime.

Ciò posto, la Commissione, in applicazione dell'art. 4, co. 4, l. 146/90, commina una sanzione amministrativa pari a € 25.000.

Su ricorso del Coordinamento il Tribunale si pronuncia per la illegittimità della sanzione, osservando come la legge non abbia introdotto una ipotesi di responsabilità oggettiva delle organizzazioni sindacali per il comportamento dei lavoratori che ad esse siano iscritti o facciano capo, ma essa presupponga che le organizzazioni sindacali abbiano proclamato, organizzato, patrocinato o almeno agevolato la protesta illegittima. Non essendovi invece sufficiente dimostrazione di un ruolo attivo del Coordinamento, la sanzione comminata deve ritenersi illegittima.

La Corte di Appello condivide la precisa ricostruzione in fatto del Tribunale, ne trae però conclusioni opposte.

Osserva infatti la Corte che il titolo che giustifica la sanzione non è solo un comportamento commissivo, come ha ritenuto il Tribunale, ma possa anche consistere in una condotta omissiva che possa qualificarsi "in termini di inadempimento di un obbligo giuridico di agire, *rectius* di impedire quei fatti illeciti così configurati dalla legge".

Osserva la Corte che le prescrizioni della l. 146/90 possono essere violate sia nell'ipotesi in cui l'organizzazione sindacale indica essa stessa una protesta illegittima, sia nell'ipotesi in cui siano invece gli stessi lavoratori che partecipano ad un'agitazione legittimamente indetta, a tenere condotte illegittime. Onde evitare una "talvolta difficoltosa" distinzione tra questa fattispecie, l'art. 4, co. 4, l. 146/90 accomuna in un'unica valutazione sia le organizzazioni sindacali che i lavoratori autonomi, istituendo appunto una responsabilità solidale tra gli uni e le altre.

Il legislatore, ritiene la Corte, ed è un passaggio cruciale, pretende un garante della osservanza delle prescrizioni di legge, garante che è individuato appunto nelle organizzazioni sindacali per il ruolo che esse assumono e svolgono nei confronti dei lavoratori. Tale funzione impone un vero e proprio obbligo di agire sia, ovviamente, nel senso di assumere iniziative che siano rispettose della legge, sia – ed è un punto importante – nel senso di impedire che i singoli adottino forme di protesta illegittime. La conclusione a questo punto è intuibile: il fatto stesso della costituzione di un coordinamento comporta l'assunzione volontaria di una posizione di direzione e di vigilanza nei confronti degli appartenenti alla categoria, ciò che implica la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire il fatto altrui, e cioè di impedire "l'attuazione di proteste illegittime da parte dei singoli tassisti appartenenti alla categoria rappresentata".

2. La responsabilità solidale delle organizzazioni sindacali nel caso di astensione di lavoratori autonomi

Come si vede la sentenza della Corte di Appello di Roma è assai importante, ed afferma a chiare lettere un principio che, ovviamente, oltrepassa il caso di specie ed è suscettibile di essere esteso anche allo sciopero in senso stretto.

A poco rileva che le agitazioni dei lavoratori autonomi non costituiscono tecnicamente degli scioperi.

Quello che rileva infatti non è la qualificazione giuridica del tipo di agitazione, ma le ripercussioni che possono derivare da due forme di protesta assai diverse sui diritti della persona costituzionalmente garantiti. Questo infatti è il senso della riforma varata con la l. 11 aprile 2000 n. 83, che a prescindere dalla natura giuridica delle proteste le accomuna dal punto di vista funzionale per i pregiudizi che ne possono derivare per i diritti che la legge vuole tutelare.

Del resto se un tale principio viene affermato nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori autonomi, a maggior ragione esso potrà essere enunciato nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori subordinati che hanno con i lavoratori, iscritti e non, un rapporto assai più stretto.

La sentenza solleva diversi punti critici, che non potranno essere nemmeno accennati: dalla natura del Comitato che ha presieduto le agitazioni dei tassisti; al rapporto che lo lega ai lavoratori autonomi; alla definizione della responsabilità di una organizzazione sindacale per le azioni dei lavoratori, alla stessa natura delle agitazioni di lavoratori autonomi.

In genere, la dottrina¹ ha sempre manifestato una certa ritrosia a riconoscere una qualche forma di responsabilità delle organizzazioni che hanno indetto lo sciopero, indipendentemente dalla loro consistenza e natura giuridica², per le azioni commesse dagli scioperanti, a meno che, ovviamente lo sciopero stesso non potesse qualificarsi come un'astensione illegittima dal lavoro³. Molto probabilmente nell'accogliere una soluzione del genere molto ha giocato l'accettazione della tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero; non a caso la tesi di una responsabilità delle organizzazioni sindacali è più facilmente accettata dagli autori che propendono per la titolarità collettiva del diritto di sciopero.

Negli ultimi anni, infatti, la tesi che poteva dirsi assolutamente prevalente, incentrata sull'ambigua formula del diritto di sciopero come un diritto a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo è stata sottoposta a critica in due serrate monografie che, sia pur attraverso percorsi diversi, hanno argomentato la natura collettiva del diritto di sciopero⁴.

¹ Per tutti SANTONI, *Le Sanzioni*, in ID. (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge n. 83/2000*, Jovene, 2001, p. 192 ss.; PASCUCCI, *Le sanzioni*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 121 ss.

² E cioè siano esse delle associazioni dotate di stabile consistenza che delle coalizioni occasionali.

³ In senso favorevole, invece, ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di scioperi*, Jovene, 2006, p. 170 ss.

⁴ Il tema, come si è detto, è stato molto dibattuto negli ultimi anni, a partire proprio dall'indagine di A. Zoppoli menzionata alla nota che precede cui va aggiunta la monografia di PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2005, entrambe per la tesi della titolarità collettiva dello sciopero. È impossibile qui dare conto di tutti i contributi sul tema: è sufficiente rinviare a LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, 2010, un riesame dell'intera questione in CARINCI F., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *DLRI*, 2009, p. 423 ss.

Va subito osservato però come la sentenza non sembri portare acqua né alla tesi della titolarità individuale né a quella della titolarità collettiva.

Per quanto infatti l'affermazione di una responsabilità delle organizzazioni sindacali per avere indetto astensioni illegittime dal lavoro sia strettamente collegata con la tesi di una titolarità collettiva dello sciopero, essa non è incompatibile nemmeno con la tesi della titolarità individuale, ove si oneri, come fa la sentenza in commento, l'organizzazione sindacale di una funzione di "garanzia" nei confronti dei diritti della persona costituzionalmente tutelati dalla legge; ove cioè si fondi tale responsabilità sulla lettera della legge stessa.

Ed è questo un primo punto su cui interrogarsi.

A che titolo infatti l'organizzazione sindacale può essere ritenuta responsabile dell'agire degli scioperanti o delle azioni poste in essere dai lavoratori autonomi?

La Corte non si pone nemmeno il problema, e fa bene a non farlo, della soggettività del Coordinamento Taxi Italiano. L'ampia formulazione utilizzata dal legislatore, che parla di "organismi rappresentativi" dei lavoratori autonomi, ecc., appare alla Corte sufficientemente generica da abbracciare anche organismi occasionali come il Coordinamento dei taxisti italiani, facendo così giustizia di un dibattito all'interno della dottrina italiana sulla soggettività delle organizzazioni sindacali, anche occasionali, diverse dalle associazioni, invero un po' barocco.

Quanto invece alla fonte della responsabilità, per la Corte di Appello la risposta è molto semplice: la fonte è rappresentata dal comma 4 dell'art. 4 della l. 146/90 che la Corte interpreta come istitutivo di una forma di "garanzia" (il termine, non a caso, è virgolettato nella stessa sentenza) in capo alle organizzazioni sindacali verso i diritti della persona costituzionalmente garantiti degli utenti (punto n. 8).

La Corte non lo dice a chiare lettere, ma implicitamente – rifiutata una responsabilità oggettiva delle organizzazioni sindacali – ammette una sorta di dovere di influenza⁵ da parte di queste ultime nei confronti di iscritti e lavoratori appartenenti alla categoria, da valutarsi però con le occhiate lenti del diritto civile. Le organizzazioni sindacali cioè debbono attivarsi per porre in essere tutti quei comportamenti che in base alle regole

⁵ Su cui GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria*, Giuffrè, 1963.

della ordinaria diligenza debbono ritenersi necessari al fine di evitare pregiudizi ai diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte romana, il Coordinamento Taxi Italiano aveva invece adottato un comportamento opposto, proclamando due fermi dell'attività e poi revocandoli (condotta già di per sé riprovevole ai sensi dell'art. 2 comma 6 della l. 146/90), e per di più non aveva posto in essere alcuna azione che potesse in qualche maniera impedire condotte illegittime da parte dei singoli.

Su quali siano in concreto tali azioni dissuasive la Corte non si dilunga, in certa misura facilitata dal fatto che il Coordinamento non aveva posto in essere un'azione quale che essa fosse; ma certamente è questo un aspetto assai delicato, in cui entra in gioco la stessa rappresentatività delle organizzazioni sindacali, e cioè la effettiva capacità di queste ultime di guidare e governare la base dei lavoratori.

3. ... e nel caso di sciopero dei lavoratori subordinati nei servizi pubblici essenziali

Nel settore delle astensioni di lavoratori autonomi che interessino servizi essenziali, le conclusioni cui giunge la Corte sono certamente agevolate dall'esistenza di una norma specifica come il comma 4 dell'art. 4 della l. 146/90, che, come si è detto, consente di saldare il comportamento dei singoli con la responsabilità delle organizzazioni sindacali.

Occorre chiedersi però se una responsabilità uguale o analoga possa affermarsi per le organizzazioni sindacali rappresentative dei lavoratori subordinati.

Il comma 2 dell'art. 4 della l. 146/90 prevede come è noto sanzioni diverse da quelle contemplate in caso di astensione dal lavoro dei lavoratori autonomi; non solo, ma si tratta di sanzioni che conseguono, per così dire, al fatto proprio dell'organizzazione sindacale, all'aver cioè proclamato o aderito ad uno sciopero in violazione delle disposizioni di legge. Diverso è il caso in cui l'organizzazione sindacale sia chiamata a rispondere, come nel caso in questione, per fatto altrui. Il che è quanto a dire se possa ipotizzarsi una funzione di "garanzia" in capo alle organizzazioni sindacali per comportamenti illegittimi, in quanto contrari alle prescrizioni della l. 146/90, da parte dei lavoratori, al di fuori delle ipotesi in cui, ovviamente, non sia stata la stessa organizzazione sindacale a proclamare o ad aderire ad un'a-

stensione illegittima, ipotesi già regolata, appunto, dal comma 2 dell'art. 4 della l. 146/90.

Manca infatti una norma come quella contenuta nel comma 4 dell'art. 4 che istituisca un collegamento tra l'azione posta in essere dai singoli e la responsabilità delle organizzazioni sindacali. Dimodoché il fondamento di una eventuale responsabilità non potrebbe che essere rinvenuto nel diritto civile.

In linea astratta, al di là di una specifica previsione di legge, una responsabilità in capo alle organizzazioni sindacali potrebbe argomentarsi dall'obbligo generale sancito dal comma 3 dell'art. 2 della l. 146/90 che impone un comportamento rispettoso delle prescrizioni di legge a tutti i soggetti coinvolti in uno sciopero, comprese dunque le organizzazioni sindacali. Ciò vorrebbe dire che le organizzazioni sindacali dovrebbero adoperarsi nei limiti delle loro possibilità, onde evitare che le agitazioni dei lavoratori debordino dai confini che la legge pone e cioè si svolgano con modalità tali da compromettere da parte dell'utenza la fruizione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti alla cui protezione è finalizzata la disciplina legislativa.

Naturalmente, ed in pratica, una siffatta responsabilità sarà di difficile dimostrazione. Onde non cadere infatti in una ipotesi di responsabilità oggettiva, sempre eccezionale nel nostro ordinamento, e di difficile coordinamento con il principio di libertà sindacale, sarà sempre necessario dimostrare un nesso di causalità⁶, tra la condotta delle organizzazioni sindacali ed i comportamenti dei lavoratori, che potrebbe essere risolto, sulla scia proprio della sentenza della Corte di Appello, in base ai criteri colposi dell'imprudenza o della negligenza.

In sostanza, le organizzazioni sindacali dovrebbero dimostrare di avere adottato tutte quelle cautele che, in base all'ordinaria diligenza e secondo una valutazione condotta a lume di buona fede, possano dirsi necessarie al fine di evitare un pregiudizio ai diritti della persona costituzionalmente garantiti, con l'unico limite di comportamenti dei lavoratori assolutamente extravaganti rispetto alle modalità di proclamazione e di attuazione dello sciopero da parte delle organizzazioni sindacali.

⁶ Qui si apre un questione non secondaria sui criteri che debbono presiedere all'accertamento di un nesso siffatto, che, in via di prima approssimazione, sembrerebbero essere quelli sanciti dall'art. 2043 cod. civ.

Il che, in pratica, dovrebbe tradursi nella indizione ed attuazione di forme di sciopero che per modalità e tempi siano particolarmente rispettose della disciplina contenuta nei contratti collettivi o nelle delibere della Commissione di Garanzia.

Altro problema è poi se una siffatta responsabilità, ove la si ammetta, si attivi in presenza di ogni e qualsiasi comportamento dei lavoratori scioperanti ovvero solo nel caso in cui tali comportamenti illegittimi siano posti in essere da iscritti alle organizzazioni che abbiano proclamato lo sciopero. Ma in questo caso la risposta sembra essere più agevole, ed essere obbligatoriamente nel secondo senso. La responsabilità per fatto altrui si estende infatti a quei soli comportamenti che siano posti in essere da soggetti nei cui confronti le organizzazioni sindacali che abbiano proclamato lo sciopero possano dirsi avere un'influenza, e cioè gli iscritti.

Del resto si consideri che nel caso deciso dalla Corte di Appello di Roma, il Coordinamento Taxi Italiano era un organismo costituito da tutte le organizzazioni sindacali del settore, ragion per cui poteva dirsi dotato di un'ampia rappresentatività; e che comunque nel settore del lavoro autonomo i vincoli di aderenza sindacale sono più laschi che sul terreno del lavoro subordinato.

In ogni caso la responsabilità delle organizzazioni sindacali sarebbe una responsabilità di natura solidale che si aggiungerebbe cioè alla responsabilità dei singoli iscritti⁷.

È evidente comunque che l'affermazione di una responsabilità cosiffatta, ove la si ritenga possibile, avrebbe l'effetto di moderare l'azione rivendicativa posta in essere dalle organizzazioni sindacali che proclamino lo sciopero, incentivando forme di agitazione e di pressione diverse dalla pura e semplice astensione dallo svolgimento di una prestazione di lavoro.

4. Le clausole di responsabilità del settore non dei servizi essenziali

Negli altri settori, diversi da quello dei servizi pubblici essenziali, la questione di una responsabilità delle organizzazioni sindacali per azioni poste in essere dagli scioperanti si pone in termini in buona parte diversi.

In primo luogo non vi sono norme di legge espresse.

Inoltre, non vi sono beni della persona costituzionalmente garantiti da dover preservare. Anzi, i limiti all'esercizio del diritto di sciopero sono

⁷ Così ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 171 e 172.

molto più tenui, riducendosi all'obbligo di non adottare modalità di sciopero che realizzino un danno alla produttività, intesa, come è ormai universalmente noto, come la capacità dell'organizzazione produttiva di riprendere la propria attività una volta cessato lo sciopero.

In linea astratta, e sempre facendo conto sul diritto comune, anche in questo caso potrebbe ipotizzarsi una qualche forma di responsabilità delle organizzazioni sindacali: il che avverrà, come è ovvio, ove le stesse abbiano proclamato uno sciopero che per le modalità di svolgimento abbia appunto determinato un danno alla produttività.

Più difficile è ipotizzare un dovere di influenza e cioè di non adottare comportamenti che possano dirsi imprudenti o negligenti; più difficile perché nei settori diversi dai servizi pubblici essenziali mancano norme generali come l'art. 2, co. 2 e l'art. 4 co. 4 della l. 146/90.

Ma non sembra dubbio che, almeno in linea teorica, e almeno nei casi più eclatanti, una responsabilità cosiffatta possa ipotizzarsi.

La realtà è che però nei settori diversi da quello dei servizi pubblici essenziali, la responsabilità delle organizzazioni sindacali per azioni di sciopero si pone non nei confronti dell'utenza, i cui diritti sono in questo caso inesistenti, ma nei confronti dell'imprenditore. E non ha per oggetto ipotesi di danno alla produttività⁸, ma, stando almeno ad alcune vicende recenti, tutt'altro oggetto.

Il riferimento, come è ovvio è agli accordi del gruppo Fiat⁹ che contengono espresse clausole di responsabilità (oltre che clausole integrative del contratto individuale) che prendono in considerazione non solo il mancato rispetto degli impegni contenuti nell'accordo collettivo, ma anche comportamenti idonei a rendere inesigibili le condizioni concordate nell'accordo e i conseguenti diritti o poteri della Società. E comportamenti

⁸ I casi in cui possa affermarsi un danno alla produttività sono davvero sporadici nella casistica giurisprudenziale.

⁹ Sugli Accordi Fiat, la bibliografia è vastissima. A puro titolo indicativo, si veda: CHIECO, *Accordi Fiat, clausole di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 117/2011; DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *RIDL*, 2011, 1, p. 797 ss.; SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in questa rivista, 2010, p. 516 ss.; CARINCI F., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, p. 11 ss.; BAVARO, LISO, SCIARRA, *I nuovi scenari delle relazioni sindacali alla Fiat*, in *DLRI*, 2011, p. 313 ss.; da ultimo, per un riepilogo dell'intera vicenda, si veda CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, FrancoAngeli, 2012.

non solo “per fatto proprio”, prendendo a prestito la terminologia della sentenza in commento, e cioè comportamenti posti in essere dalle organizzazioni sindacali stipulanti, dalle RSU, dai singoli componenti di queste ultime. Ma anche comportamenti tenuti dai singoli, individualmente o collettivamente, che si risolvano in una significativa violazione degli accordi o che rendano inesigibile l’esercizio dei poteri e dei diritti riconosciuti alla Società.

Come pare evidente tali accordi scaturiscono obblighi che vanno oltre i tradizionali obblighi connessi alle clausole di tregua¹⁰, e che nella sostanza si esauriscono in un non fare; essi infatti istituiscono un dovere di influenza molto forte che comporta molto probabilmente anche un fare positivo, da valutarsi proprio con i canoni della responsabilità per colpa cui fa riferimento la sentenza in commento che sembrerebbe però, stante il tenore letterale della clausola, ricomprendere azioni poste in essere da lavoratori, anche non iscritti alle associazioni stipulanti.

Il reale valore precettivo di clausole siffatte non è chiarissimo, e difatti in dottrina si sono affacciate opinioni diverse, tra chi ne ha argomentato la illegittimità, chi invece, ed all’opposto, le ha ritenute perfettamente compatibili con il nostro ordinamento, dal momento che l’adesione ad uno sciopero illegittimo in quanto proclamato in violazione delle clausole di tregua costituisce di per sé inadempimento. E chi infine ha ritenuto che esse nulla abbiano a che fare con lo sciopero, riferendosi piuttosto a comportamenti dei singoli rilevanti esclusivamente sul piano individuale¹¹.

Ma al di là di ogni considerazione che si possa fare sul loro valore precettivo o sulla loro giustiziabilità (che apre non pochi problemi), che in questa sede non è il caso di svolgere, quello che importa sottolineare è il loro significato.

Il loro valore non è solo quello di istituire forme di responsabilità delle organizzazioni sindacali stipulanti¹², quanto piuttosto quello di sottolineare un dato poco considerato dalla dottrina ed anzi, specie in anni ormai remoti, apertamente svalutato, quello cioè dell’importanza che ha as-

¹⁰ Sulle clausole di tregua da ultimo CORAZZA, *op. cit.*, cap. II.

¹¹ Rispettivamente per le tre posizioni, MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, in *La Voce.it*, 2010; ICHINO, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in *LaVoce.it*, 2010; DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, cui *adde* SCARPELLI, *op. cit.*

¹² Ovviamente muta il titolo della responsabilità da extracontrattuale a contrattuale, trovando la fonte in un accordo collettivo.

sunto il rispetto degli impegni assunti nel contratto collettivo¹³, quella che ora si chiama la esigibilità del contratto collettivo stesso. È evidente infatti che la stabilità di una certa disciplina collettiva – assicurata dall’impegno assunto dalle organizzazioni sindacali a non indire azioni di sciopero sulla materia regolate dal contratto, e dunque a ritenere vincolante tale disciplina – consente di dare stabilità all’organizzazione di lavoro e dunque di avere condizioni di produttività più stabili.

Sotto questo aspetto l’accento che le parti stipulanti hanno posto sul dato del rispetto della disciplina contenuta nel contratto collettivo va correlato con le profonde mutazioni che ha subito il diritto sindacale negli ultimi tempi.

L’esigibilità del contratto collettivo, per utilizzare ancora una volta, per comodità espositiva, la non brillante espressione mutuata dal gergo sindacale, richiede infatti che questo sia osservato da tutti i lavoratori che sono interessati all’applicazione; richiede cioè il superamento del principio dell’efficacia limitata del contratto.

È quanto le parti sociali hanno fatto con l’Accordo del giugno 2011¹⁴, in cui, pur muovendosi nello spazio loro riservato dell’ordinamento intersindacale, hanno previsto che a certe condizioni il contratto collettivo aziendale abbia un’efficacia estesa a tutta la platea dei lavoratori occupati in azienda.

Poiché però le parti non possono assicurare un risultato che sul piano del diritto comune è loro precluso, si è reso necessario un intervento del legislatore, con l’art. 8 della l. 148/11, che assicurasse un tale risultato.

L’efficacia generalizzata dal contratto non è però sufficiente: è necessario anche assicurare il rispetto degli impegni assunti nel contratto, che rappresenta l’altro elemento importante per assicurare il recupero della competitività aziendale ed una maggiore produttività, nonché un elemento di stabilità agli occhi degli investitori. E ad un tale obiettivo rispondono le clausole che sanciscono una diretta assunzione di responsabilità delle organizzazioni sindacali in questo senso.

È il segno di un possibile mutamento delle relazioni sindacali, e del fatto che le organizzazioni sindacali accettano di osservare contratti collet-

¹³ Lo sottolinea TREU, *L’Accordo del 28 giugno e oltre*, in *DRI*, 2011, p. 613 ss.

¹⁴ L’accordo ha dato luogo, come era prevedibile ed in certa misura doveroso stante la sua importanza, ad un profluvio di commenti, che per ragioni di spazio non possono essere qui riportati.

tivi nei cui confronti possono avere ragioni di dissenso anche marcato, e che non contribuiranno a minarne l'efficacia ricorrendo ad azioni di sciopero.

Si tratta come si vede di mutamenti importanti in settore delicato del diritto sindacale italiano, e che, probabilmente sotto il fuoco della polemica immediata, non sono stati ancora ben metabolizzati dalla dottrina.

Efficacia generalizzata del contratto collettivo aziendale e clausole degli Accordi Fiat – che evocano la questione della disponibilità del diritto di sciopero da parte delle organizzazioni sindacali – sembrano andare verso una stessa direzione, che è quella di una maggiore istituzionalizzazione delle relazioni sindacali italiane, in funzione di un controllo sindacale più pregnante sul contratto collettivo.

La persistente anomia del diritto sindacale italiano, e le conseguenti incertezze che da sempre accompagnano l'efficacia del contratto collettivo sono in parte destinate ad essere superate grazie al primo comma dell'art. 8 della l. 148/11, e ciò, nonostante la sua formulazione sia dal punto di vista tecnico piuttosto scalcinata.

La sentenza in commento, probabilmente in maniera del tutto inconsapevole, evidenzia invece le incertezze che ancora si accompagnano al tema dello sciopero. La difficoltà di argomentare una responsabilità delle organizzazioni sindacali per comportamenti illegittimi dei lavoratori invoca, analogamente e meglio di quanto non sia avvenuto per il contratto collettivo, una regolamentazione del diritto di sciopero che renda certo il ruolo delle organizzazioni sindacali e faccia finalmente uscire il diritto sindacale italiano dalla fase della adolescenza.

Tribunale di Ravenna - 27 febbraio 2012 - Giudice Rivero - R. e B. contro Azienda unità sanitaria locale di Ravenna*

Lavoro nelle pubbliche amministrazioni - Contratto collettivo integrativo e determinazioni organizzative e gestionali dell'Ausl in materia di posizioni organizzative - Illegittimità - Non sussiste - Diritto dei lavoratori che hanno ricoperto posizioni organizzative all'attribuzione economica relativa alla fascia retributiva successiva rispetto a quella di inquadramento (ex art. 36, co. 3, Ccnl 7 aprile 1999 del comparto Sanità) - Sussiste

Con riguardo alle posizioni organizzative, si può escludere la illegittimità sia delle determinazioni organizzative e gestionali dell'Azienda unità sanitaria locale, sia del contratto collettivo integrativo per contrarietà al contratto collettivo nazionale in quanto le determinazioni stesse sono frutto di autonoma decisione datoriale, rispettosa delle regole legali e contrattuali in materia.

Sussiste pertanto il diritto dei lavoratori che hanno ricoperto posizioni organizzative, per tre anni con valutazione positiva, all'attribuzione economica relativa alla fascia retributiva successiva a quella di inquadramento, così come previsto dell'art. 36, co. 3, del Ccnl 7 aprile 1999 del comparto sanità.

* * *

Rosario Santucci

Relazioni sindacali, prerogative manageriali e posizioni organizzative nelle amministrazioni pubbliche

SOMMARIO: **1.** A mo' di premessa, tra concretezza e astrattezza. **2.** La "questione" della parità di trattamento: contro la pervasività della regola, per la sua compatibilità sistemica con l'assetto del lavoro pubblico. **3.** "Fonti" e "regole" delle posizioni organizzative tra preroga-

* Il testo della sentenza è reperibile in www.editorialescientifica.com, nella pagina della rivista. Massima redazionale.

tive dirigenziali e vincoli delle relazioni sindacali (contratto collettivo e partecipazione).

4. La legittimità delle autonome determinazioni organizzative e gestionali alla luce del cangiante quadro normativo (prima, durante e dopo la c.d. riforma Brunetta) su prerogative manageriali e relazioni sindacali.

1. A mo' di premessa, tra concretezza e astrattezza

Si presenta singolare la controversia instaurata innanzi al Tribunale del lavoro di Ravenna. Essa nondimeno induce ad interrogarsi su questioni di notevole attualità per la disciplina del lavoro e dell'organizzazione nelle amministrazioni pubbliche.

Due dipendenti pubblici convengono in giudizio un'azienda sanitaria locale, rivendicando il diritto alla retribuzione relativa alla fascia economica successiva rispetto a quella di inquadramento, in quanto assumono di trovarsi nelle condizioni, oggettive e soggettive, previste dall'art. 36, co. 3, del Ccnl comparto Sanità del 7 aprile 1999. Tale clausola contrattuale dispone che nei casi in cui la posizione organizzativa, per effetto di una diversa organizzazione dell'azienda, venga soppressa e il dipendente, preposto alla stessa per almeno tre anni, abbia sempre ottenuto valutazione positiva con riferimento ai risultati raggiunti, allo stesso deve attribuirsi la fascia economica successiva a quella di inquadramento¹. L'Ausl si costituisce in giudizio, eccependo l'illegittimità sia degli accordi integrativi conclusi con le organizzazioni sindacali, sia delle proprie deliberazioni adottate in merito alla disciplina delle posizioni organizzative, nonché di tutti gli atti e i provvedimenti conseguenti. Ciò in quanto, secondo l'Ausl, la materia si sarebbe potuta regolare, oltre che con determinazioni unilaterali dell'amministrazione, soltanto con contratti collettivi di comparto e non mediante contratti collettivi integrativi, affetti pertanto da nullità perché in contrasto con le disposizioni del Ccnl. In conclusione, l'Azienda sanitaria disconosce il diritto dei lavoratori alla retribuzione relativa alla fascia economica successiva, sostenendo la nullità della disciplina aziendale e degli atti di conferimento degli incarichi di posizioni organizzative, e pretendendo perfino dai dipendenti istanti, con domanda riconvenzionale, la restituzione delle somme corrisposte a titolo di indennità di funzione.

¹ Se il lavoratore ha conseguito già l'ultima fascia retributiva, gli viene attribuito, a titolo personale, un importo pari all'ultimo incremento di fascia ottenuto: v. art. 36, co. 3, del contratto di comparto.

Ciò nonostante il Tribunale di Ravenna accoglie la richiesta dei lavoratori, fondando la sua decisione sulle seguenti argomentazioni:

1) la tesi dell'Ausl, che chiede di invalidare una serie di atti *ex post* e un modello organizzativo, serviti per gestire l'azienda per circa sei anni, si risolve nell'inficiare il principio di parità di trattamento di cui all'art. 45, co. 2, d.lgs. n. 165, in quanto "le ricorrenti verrebbero trattate in modo più sfavorevole rispetto a tutti gli altri dipendenti dell'Ausl destinatari di emolumenti per posizioni organizzative sulla base del Ccnl e della sequenza di atti e provvedimenti successivi";

2) la richiesta dell'Ausl è infondata nel merito in quanto: a) nell'ambito di un sistema complesso ed evoluto di relazioni collettive prevale una concezione sostanziale, e non formale, dei modelli di relazioni sindacali e degli atti collettivi, non potendosi interpretare in modo rigidamente letterale la competenza diversificata nelle stesse materie oggetto di accordo decentrato ovvero di concertazione o consultazione, chiamati dal contratto collettivo nazionale di lavoro ad operare su aspetti della stessa materia (per le posizioni organizzative, oltre la concertazione, può dirsi legittimata anche la contrattazione collettiva integrativa: art. 4, co. 2, Ccnl 1998/2001 comparto Sanità; art. 11, co. 4, Ccnl 2000/2001). Per il giudice "l'argomento delle posizioni organizzative non può essere costretto entro confini formali. D'altra parte, anche logicamente se c'è una materia che non può essere risolta in sede di contrattazione di comparto e si presta ad un'ampia regolazione in sede decentrata, questa è quella relativa alle posizioni organizzative, dovendo essere modellata sulla scorta di obiettivi, risorse ed esigenze presenti in ciascuna differente azienda"; b) nel caso in esame, non esiste nullità di clausole contrattuali di secondo livello difformi (per materia, procedure, competenze o altro) da quanto previsto dal contratto nazionale: le posizioni organizzative sono state individuate e conferite da un provvedimento ampiamente motivato dalla stessa Ausl, nel quale si esplicitano i criteri seguiti; l'intesa sindacale può considerarsi solo alla stregua di una presa d'atto dell'operato compiuto dall'azienda, che non ne ha travalicato le attribuzioni, né ha sconfinato in materia non consentita dal contratto collettivo nazionale di lavoro, posto che nella deliberazione dell'Ausl "si dà atto in realtà che, sulla scorta dei criteri dettati dal Ccnl e richiamati nella delibera, gli incarichi siano stati conferiti dall'Ausl sulla base delle proposte dei responsabili (ed ovviamente tenendo conto dell'ipotesi di intesa, nella parte in cui si dava atto della analisi organizzativa e dell'esito

della concertazione sindacale)”; c) tutti i requisiti richiesti dagli artt. 20 e 21 del Ccnl in materia di posizioni organizzative (predeterminazione, formalità, ponderazione, platea di riferimento) sono stati rispettati. Per il giudice, in base alle prove acquisite in giudizio, le posizioni organizzative risultano istituite e conferite sulla base di criteri generali, attraverso un modello di procedimento che racchiude criteri oggettivi e tiene conto anche dell’intesa sindacale.

La sentenza del giudice di Ravenna induce dunque a riflettere su tre profili della disciplina del lavoro e dell’organizzazione nelle amministrazioni pubbliche: a) l’interpretazione e l’applicazione del principio della parità di trattamento; b) il sistema delle posizioni organizzative; c) il rapporto tra le competenze dei vari sistemi di relazioni sindacali (contrattazione e partecipazione) e le prerogative manageriali.

Poiché la controversia si radica nel quadro normativo precedente alla c.d. riforma Brunetta, su tali profili vanno considerati anche gli effetti prodotti dalla recente legislazione in materia, dal d.lgs. n. 150 del 2009 e dai successivi interventi (d.l. 6 luglio 2012 n. 95 conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135), che hanno modificato anche più volte, con divergenti finalità, le regole relative al rapporto tra relazioni sindacali e prerogative dirigenziali (l’art. 2, co. 17, del d.l. n. 95/12 ha nuovamente riformulato l’art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, dopo le modifiche, in parte rinnegate, del d.lgs. n. 150/2009!), nonché quelle sulla sanzione della nullità².

2. La “questione” della parità di trattamento: contro la pervasività della regola, per la sua compatibilità sistematica con l’assetto del lavoro pubblico

Come era prevedibile, la regola generale della parità di trattamento – non la garanzia per i dipendenti dei trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi –, contenuta nell’art. 45, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 (rimasto, in questa parte, a tutt’oggi invariato), ha prodotto complicazioni interpretative ed applicative in un quadro normativo su organizzazione e lavoro nelle amministrazioni pubbliche, che è transitato

² V. CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *LP4*, 2010, p. 1025 ss.; RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *questa rivista*, 2011, p. 187 ss.; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011 (ristampa con aggiornamenti).

da un sistema “pubblicistico” a uno “privatistico”³, dove regole generali, di siffatta ampiezza, non allignano⁴.

Al riguardo, come noto, sono state avanzate diverse tesi che spaziano da ricostruzioni di stampo pubblicistico, che hanno ancora buon gioco fondandosi sulle specificità regolamentari della materia, a quelle di natura privatistica, che interpretano la regola innestandola nel diverso contesto sistematico⁵. Quelle pubblicistiche ritengono che tale principio si giustifichi sulla base del più generale interesse all'imparzialità, espresso per le pubbli-

³ Sul memorabile passaggio, sulle sue peculiari condizioni e sui limiti, la bibliografia è molto estesa: v., anche con differenti impostazioni e con riguardo ai primi approcci scientifici, per tutti: RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978; CARINCI F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 1995; MARESCA, *Le trasformazione dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *DLRI*, 1996; RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, 1996; CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, nn. 5 e 6; CARINCI F., D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, 2000; CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Utet, 2004; ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2007; RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *DP*, 2008, p. 59 ss.; ESPOSITO M., *Condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene, 2008; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 87 ss.; TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010; VISCOMI, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del lavoro* a cura di LAMBERTUCCI, in *IRTI* (promossi da), *Dizionari di diritto privato*, Giuffrè, 2010; CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico: commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, aggiornato al “collegato lavoro”*, Ipsoa, 2011; CERBONE, *Dirigenza pubblica e autonomia territoriale*, Giappichelli, 2011; GARILLI, NAPOLI M. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *NLCC*, 2011, n. 5, c. 1073 ss.; PALMA (a cura di), *Lezioni*, Esi, 2011; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit.; BATTINI, *Il personale*, in CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2012, p. 131 ss.

⁴ Sulla problematica della parità sia consentito il rinvio a SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, 1997; RUSCIANO, *Sulla parità di trattamento nel lavoro pubblico*, in CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, 2004, p. 141 ss., e, da ultimo, TREMOLADA, *La parità di trattamento fra lavoratori*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, Utet, 2007, p. 519 ss.; GOTTARDI, “Vuoti” e “pieni”: la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea, in *LD*, 2011, p. 615 ss.; NOVELLA, *La parità di trattamento a fini retributivi*, in GRAGNOLI, PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Utet, 2011, p. 277 ss.

⁵ Su queste tematiche di sistema sia permesso il rinvio agli scritti in onore di Rusciano, *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro*, Giappichelli (in corso di pubblicazione): in particolare alla sezione dedicata al lavoro pubblico e alla introduzione di SANTUCCI, *Mario Rusciano e l'impiego pubblico: per un “ritorno al futuro”*.

che amministrazioni dall'art. 97 Cost., comportando la necessità della generale giustificazione di tutti gli atti datoriali. Per le teorie privatistiche – che appaiono le più coerenti con l'assetto ordinamentale attuale del lavoro pubblico – la regola impone unicamente il divieto di trattamenti differenziati discriminatori⁶; e si applica, per alcuni⁷, come nel settore privato, nel suo significato più ampio di divieto di trattamenti arbitrari, soltanto a quelli economici, in osservanza della regola paritaria ricavabile anche dal principio di proporzionalità della retribuzione, fissato sulla quantità e la qualità del lavoro prestato dall'art. 36, co. 1, Cost.⁸.

La Corte di Cassazione, in una serie di sentenze, ha sposato l'orientamento privatistico “ristretto” e sostenuto che, fermo restando il divieto di discriminazione, la stessa non “vieta ogni trattamento differenziato nei confronti delle singole categorie di lavoratori, ma soli quelli contrastanti con specifiche previsioni normative, restando comunque escluse dal sindacato del giudice le scelte compiute in sede di contrattazione collettiva. In altre parole, il principio di parità di trattamento nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico, sancito dal citato art. 45, vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo, ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni compiute in quella sede (...)”⁹.

Il giudice di Ravenna invece si pone in una prospettiva “pan-pubblicistica” della regola paritaria, accollando anche agli effetti della decisione giudiziaria il suo rispetto. La sua statuizione, relativamente alla violazione del principio di parità di trattamento, non è però condivisibile. Il suo ra-

⁶ V. per tutte Cass. 8 agosto 2006 n. 17935, 2 dicembre 2003 n. 18418 e Cass., Sez. Un., 17 maggio 1996 n. 450, in *DeJure*.

⁷ V. ancora SANTUCCI, *op. cit.*, p. 183 ss.; LUCIANI e SANTUCCI, sub *art. 49*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione*, cit., p. 1348 ss. In tal senso anche ROCCELLA, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2011, p. 360. La giurisprudenza è in ogni caso radicalmente contraria anche all'obbligo della parità retributiva nei rapporti intersoggettivi privati: v., di recente, Cass. 20 maggio 2004 n. 9643, in *DeJure*, che segue il noto orientamento di Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993 n. 6030, in *RIDL*, 1993, II, p. 653. Per la ricostruzione recente del dibattito cfr. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, Giuffrè, 2011; NOVELLA, *La parità di trattamento*, cit.

⁸ V., da ultimo, per un sintetico riepilogo, SORDI, sub *art. 45*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Giuffrè, 2011, p. 725 ss.

⁹ V. Cass. 27 ottobre 2011 n. 22437; conf. Cass. 3 marzo 2011 n. 5139; più recentemente Cass. 28 febbraio 2012 n. 3034. Le sentenze possono leggersi nella *Banca Dati De Agostini professionale*.

gionamento, al di là delle critiche – già espresse – di carattere essenzialmente sistematico, non persuade anche per altri motivi. Infatti se le decisioni dei giudici dovessero conformarsi alla regola paritaria, nella stragrande maggioranza dei casi i giudizi si risolverebbero rapidamente: perché è evidente che l'affermazione o la negazione di qualche diritto, specie derivante dai contratti collettivi, comportano l'esito di trattamenti differenziati; e le sentenze dei giudici hanno effetto solo tra le parti (*res inter alios iudicata tertio neque nocet neque prodest*). L'obbligo della parità però è a carico dell'amministrazione: ove, e nella misura in cui, fosse violato, i soggetti lesi potrebbero reagire nelle forme più adeguate, entro i limiti che la regola e la sua sostenibilità sistematica consentono. Amministrazioni, datori di lavoro, sindacati, lavoratori possono (chiedere di) riportare nell'alveo della parità di trattamento ovvero della discriminazione giustificata le condizioni di lavoro ingiustificate.

Tra l'altro, se anche si annullassero le determinazioni o i regolamenti relativi alle posizioni organizzative, la paventata disparità ingiustificata di trattamento retributivo non si avvererebbe. L'art. 2126, co. 1, cod. civ. – che impedisce la produzione degli effetti derivanti dalla nullità o dall'annullamento del contratto di lavoro per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione¹⁰ – si applica anche ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni¹¹, comportando pertanto l'esclusione della perdita o della restituzione del trattamento retributivo, ove la prestazione fosse stata comunque resa. Gli effetti conseguenti alla stipulazione di un contratto collettivo integrativo nullo potrebbero realizzarsi a livello di responsabilità dirigenziale, nell'ipotesi in cui il dirigente avesse compiuto atti e procedure attuative viziati da nullità (come noto, l'art. 45, co. 4, del d.lgs. n. 165 fissa la responsabilità del dirigente relativamente all'attribuzione dei trattamenti economici accessori).

¹⁰ Ciò – come noto – salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa; in ogni caso, il secondo comma dell'art. 2126 cod. civ. stabilisce che se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha comunque diritto alla retribuzione. Sull'invalidità in generale del contratto di lavoro, v. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto*, in MARAZZA, MARTONE M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in PERSIANI e CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2011, p. 349 ss.; NOVVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2009. Cfr. poi Cass. 26 marzo 2010 n. 7380, in *DeJure*.

¹¹ V. da ultimo Cass. 5 luglio 2012 n. 1148 e Cass. 3 febbraio 2012 n. 1639, in *Banca dati De Agostini professionale*; Cons. St., III sez., 23 marzo 2012 n. 1691, in *DeJure*.

3. “*Fonti*” e “*regole*” sulle posizioni organizzative tra prerogative dirigenziali e vincoli delle relazioni sindacali (contratto collettivo e partecipazione)

Prima di proseguire l’analisi delle soluzioni offerte dal giudice, conviene soffermarsi sulla disciplina delle “posizioni organizzative” per rilevare il contesto normativo specifico in cui si inserisce la decisione giudiziale e focalizzarne le criticità.

Si analizzerà la disciplina del contratto collettivo del comparto sanità, ma le regole contrattuali si presentano assai simili a quelle degli altri comparti contrattuali¹².

Le posizioni organizzative, introdotte con la seconda tornata contrattuale seguita alla riforma del lavoro nelle amministrazioni pubbliche (1998/2001), si concretano nel conferimento di incarichi al personale inquadrato nelle aree, per svolgere compiti che comportano la direzione di unità organizzative complesse, l’espletamento di funzioni di responsabilità o di attività professionali altamente specializzate o caratterizzate da elevata autonomia ed esperienza, e presuppongono pertanto elevate capacità professionali e culturali del dipendente. Con le posizioni organizzative la contrattazione collettiva riconosce, nel sistema di direzione e gestione delle risorse umane, la cultura del lavoro per obiettivi e per progetti, nel tentativo, da un lato, di valorizzare le alte professionalità e, dall’altro, di fronteggiare le esigenze organizzative degli enti. L’istituto è configurato non quale progressione giuridica di carriera, ma come incarico temporaneo – attribuito previa valutazione di requisiti del lavoratore candidato (nel caso della Sanità tutto il personale inquadrato nella categoria D) – ad una posizione di lavoro¹³, per la quale è prevista la corresponsione di una retribuzione accesso-

¹² V. gli artt. 16 e 17 del Ccnl Enti pubblici non economici del 16 febbraio 1999; artt. 18-20 Ccnl Ministeri del 16 febbraio 1999. Per Regioni e Autonomie locali (v. gli artt. 8-10 del Ccnl 31 marzo 1999), la disciplina si distacca dagli altri comparti in quanto alle posizioni organizzative sembra conferito un ruolo di maggiore rilevanza nel sistema organizzativo, evidenziato dall’attenzione riservata alla remunerazione dell’incarico: il contratto stabilisce anche che la retribuzione di risultato varia da un minimo del 10% ad un massimo del 25% della retribuzione di posizione attribuita. Su tali peculiarità v. CERBONE, *op. cit.*, spec. cap. IV.

¹³ La giurisprudenza è stata chiamata più volte a circoscrivere i confini dell’istituto e ha sottolineato che la situazione giuridica riconosciuta in capo al dipendente, che aspiri al conferimento di una determinata posizione organizzativa, non costituisce un diritto soggettivo perfetto (né tanto meno potestativo), bensì soltanto un interesse legittimo di diritto privato; mentre la situazione che fa capo al datore di lavoro (alla pubblica amministrazione) è di potere discrezionale privato, non arbitrario, che si esplica nel rispetto dei limiti di legge o di

ria variabile, contraddistinta da una duplice caratteristica: una parte è connessa, in senso corrispettivo, alla funzione che si svolge e viene meno al cessare della stessa; un'altra parte è condizionata, nella sua erogazione (*an e quantum*), dalla realizzazione del programma da attuare o del risultato da conseguire. Una volta terminato il periodo dell'incarico, il funzionario torna a svolgere le mansioni proprie della declaratoria di appartenenza, senza alcuna attribuzione di funzioni direttive proprie o delegate e delle responsabilità connesse, ben inteso che resti ferma la possibilità del contratto collettivo di attribuire al lavoratore (o consentire l'attribuzione di) un emolumento definitivo come riconoscimento del suo arricchimento professionale e del contributo offerto per un periodo continuativo all'amministrazione, da questa valutato positivamente (si tratta del diritto alla retribuzione relativa alla fascia economica successiva rispetto a quella di inquadramento, che ha innescato la controversia di cui alla sentenza in commento).

Ma occorre approfondire ulteriormente l'indagine e analizzare più dettagliatamente l'assetto normativo, specie la "competenza" tra le fonti e il rapporto tra poteri datoriali, vincoli contrattuali e della partecipazione sindacale. In generale, come si vedrà più dettagliatamente, gli elementi essenziali degli incarichi risultano i seguenti: *a)* esclusivamente per situazioni tipizzate dal contratto; *b)* a termine; *c)* collegati a specifica retribuzione variabile; *d)* inseriti nella logica del risultato; *e)* soggetti a valutazione; *f)* revocabili¹⁴.

contratto collettivo al corretto espletamento della procedura per il conferimento. Qualora il potere sia stata esercitato in violazione dei limiti previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, oltre che dalle clausole generali di correttezza e buona fede, il giudice può dichiarare illegittimo il provvedimento datoriale, costringendo l'amministrazione ad operare una nuova valutazione nel rispetto delle norme in precedenza violate; il giudice non può emettere sentenza con la quale accerta il diritto del ricorrente a vedersi conferire l'incarico cui aspira: Trib. Trani 22 settembre 2011, in *DEJURE* con nota di IEVA, in *LPA*, 2011, p. 327 e già Cass. 27 febbraio 2008 n. 5104, in *DEJURE* (che riconosce l'esistenza di ampi spazi di discrezionalità là dove il contratto collettivo lasci all'ente il compito di individuare il personale al quale conferire l'incarico, tenendo conto delle funzioni da svolgere, della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare); in generale che il conferimento delle posizioni organizzative al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrate nelle aree, e le relative procedure di selezione, esulino dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi (*ex art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165*) e si iscrivano nella categoria degli atti adottati con la capacità e i poteri del datore di lavoro (artt. 5, co. 2, e 63, co. 1 e 4), v. Cass. 15 maggio 2008 n. 12315 e Cass., Sez. Un., 14 aprile 2010 n. 8836, in *DEJURE*, nonché Cass., Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16540, in *DeJure*.

¹⁴ In tal senso anche Cass., Sez. Un., n. 16540/2008, *cit.*

Il contratto collettivo nazionale del comparto sanità ammette innanzitutto che le aziende e gli enti istituiscano posizioni organizzative, ma in qualche misura ancora tale possibilità a condizioni necessarie relative anche alla graduazione delle funzioni¹⁵ e indica, in via esemplificativa, le ragioni istitutive (direzione di servizi, uffici o attività con alti contenuti di professionalità come i processi assistenziali o attività di studio, ricerca, coordinamento attività didattica) e gli elementi sulla cui base si devono graduare le funzioni¹⁶. Quest'ultimo aspetto è interessante perché si riflette anche sul sistema di valutazione del risultato atteso dall'attività del dipendente, a cui è collegata parte della retribuzione accessoria: "a) livello di autonomia e responsabilità della posizione, anche in relazione alla effettiva presenza di posizioni dirigenziali sovraordinate; b) grado di specializzazione richiesta dai compiti affidati; c) complessità delle competenze attribuite; d) entità delle risorse umane, finanziarie, tecnologiche e strumentali direttamente gestite; e) valenza strategica della posizione rispetto agli obiettivi aziendali".

Il contratto collettivo non si ferma qui: ammette anche che i criteri generali per il conferimento degli incarichi siano formulati in via preventiva dalle aziende e dagli enti, ma in ogni caso prevede criteri, procedure e atti ai quali gli enti sono tenuti (art. 21), e definisce anche, nel minimo e nel massimo, l'indennità di funzione (art. 36 del medesimo contratto, come modificato dall'art. 11 del Ccnl 20 settembre 2011 II biennio economico

¹⁵ Le posizioni organizzative, istituite "sulla base degli ordinamenti – delle aziende o degli enti: ndr – e delle leggi regionali di organizzazione ed in relazione alle esigenze di servizio", richiedono lo "svolgimento di funzioni con assunzione diretta di responsabilità"; la graduazione delle funzioni è definita da ciascuna azienda o ente in base "a criteri adottati per valutare le posizioni organizzative individuate".

¹⁶ La giurisprudenza è intervenuta in modo deciso per sottolineare come le posizioni organizzative non siano comunque atto contrattualmente dovuto, ma scelta discrezionale dell'azienda circa la loro istituzione; l'azienda conserva un ampio margine di apprezzamento in ordine alle specifiche esigenze organizzative, e le sue decisioni debbono considerarsi non ricognitive della situazione esistente, ma aventi funzione costitutiva delle posizioni organizzative (sicché prima della istituzione di tali posizioni non è configurabile un danno da perdita di *chances* per il dipendente che assuma di essere, con elevata probabilità, destinatario di una di essa): v. Cass., Sez. Un., 25 maggio 2012 n. 8297, in *DEJURE* (altra è invece la situazione, come descritta nella nota 13, quando si proceda all'individuazione dei dipendenti ai quali riconoscere, secondo le regole contrattuali e legali, la posizione organizzativa istituita; come pure, in mancanza di completamento del quadro normativo e di istituzione delle posizioni organizzative, non è possibile pretendere il diritto all'indennità di posizione prevista dal Ccnl: v. Cass. 5 dicembre 2008 n. 28860, *ibidem*).

2000/2001), nell'osservanza del compito definitorio, attribuito dalla legge ai contratti collettivi con riguardo al trattamento economico (art. 45 d.lgs. n. 165/2001)¹⁷.

Particolare attenzione il contratto dedica al controllo del risultato delle attività dei dipendenti ai quali sono stati attribuiti incarichi di funzioni:

- il risultato è soggetto a specifica e periodica valutazione di cadenza non inferiore all'anno;

- la valutazione positiva dà titolo alla corresponsione della retribuzione di risultato;

- le aziende e gli enti predeterminano in via preventiva i criteri che informano i predetti sistemi di valutazione da gestire attraverso i servizi di controllo interno o nuclei di valutazione;

- in caso di valutazione negativa, gli organismi, prima della definitiva formalizzazione, acquisiscono le considerazioni del dipendente;

- l'esito della valutazione periodica è riportato nel fascicolo personale dei dipendenti interessati: di esso si tiene conto nell'affidamento di altri incarichi;

- la revoca dell'incarico comporta la perdita dell'indennità di funzione, il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza e svolge le funzioni del proprio profilo professionale, mantenendo il trattamento economico già acquisito o quello che gli spetta secondo la previsione del contratto collettivo.

L'art. 36 del contratto collettivo del 1999 (come modificato dall'art. 11 del contratto collettivo del 2001) definisce l'indennità di funzione: al dipendente, al quale è conferito l'incarico per una delle posizioni organizzative, spetta, oltre al trattamento economico in godimento secondo la categoria e livello di appartenenza e alla retribuzione di risultato, un'indennità di funzione che varia da un minimo ad un massimo, corrisposta su 13

¹⁷ In particolare per la scelta dei dipendenti stabilisce che: – in ragione del notevole tasso di professionalità richiesto per lo svolgimento di tali compiti, si considerino i lavoratori collocati nell'area apicale del comparto (D per il comparto sanità); – l'ente tenga conto, rispetto alle funzioni e attività da svolgere, “della natura e delle caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisite dal personale”. Inoltre il contratto richiede che gli incarichi siano conferiti con provvedimento scritto e motivato e, in relazione agli stessi, sia corrisposta l'indennità di funzione prevista dallo stesso contratto, da attribuire per la durata dell'incarico.

mensilità (il valore complessivo dell'indennità comprende il rateo della tredicesima e tale indennità assorbe i compensi per lavoro straordinario). L'art. 36, co. 3, garantisce il dipendente nel caso in cui la posizione organizzativa sia soppressa: si tratta della pretesa che ha innescato la controversia in esame. Mentre l'ultimo comma, inserito dal contratto del 2001, amplia la competenza del contratto integrativo – rinviando allo stesso per la definizione dei criteri in relazione al personale considerato dall'art. 10 del contratto stesso (coordinamento).

Parimenti il contratto lascia presupporre che la revoca dell'incarico si connette alle valutazioni negative senza dettagliare oltre, affidando alla competenza degli enti la definizione della restante disciplina (come accade per la dirigenza).

La previsione contrattuale riveste particolare interesse ai fini retributivi, perché lascia alla competenza dell'ente la definizione della specifica indennità, sia pure da rapportare alla graduazione delle funzioni.

Sulle clausole contrattuali interviene incisivamente il d.lgs. n. 150/09 che lega al sistema di valutazione tutte le dinamiche attinenti alla gestione delle risorse umane¹⁸. In particolare, l'art. 25, co. 2, dispone che la professionalità, attestata dal sistema di valutazione “costituisce criterio per l'assegnazione di incarichi e responsabilità”: per l'ampiezza del suo contenuto, l'intersezione con le modalità di conferimento delle posizioni organizzative pare inevitabile. Gli andamenti della performance individuale si aggiungono pertanto ai criteri indicati dal contratto collettivo, operando come ulteriore parametro selettivo nell'assegnazione degli incarichi.

Passando alla competenza delle fonti, la fonte normativa, che disciplina l'istituto delle posizioni organizzative, è fondamentalmente il contratto collettivo nazionale di comparto. Nelle disposizioni relative all'istituto in questione non sono presenti rinvii agli accordi integrativi, tranne il caso della funzione di coordinamento, inserito successivamente nell'ambito della disciplina contrattuale (co. 4 dell'art. 36 aggiunto dall'art. 11 del Ccnl 20 settembre 2001); né l'art. 4 del contratto nazionale del 1999, che individua le materie disciplinabili dalla contrattazione integrativa, include le posizioni organizzative. Oggetto di contrattazione di secondo livello può essere solamente la definizione dell'ammontare complessivo delle risorse da destinare alla re-

¹⁸ È una scelta che produce difficoltà nel momento attuativo. Per un esame del comparto sanitario, v. LIGUORI, ZOPPOLI L. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012.

tribuzione di posizione e di risultato, al pari di tutti gli altri istituti contrattuali che hanno riflessi sulla retribuzione accessoria dei dipendenti (cfr. art. 4, comma 2, Ccnl del 1999). L'istituto costituisce, invece, materia di *informazione preventiva* (rientrando nell'attività "di valenza generale, anche di carattere finanziario, concernente il rapporto di lavoro, l'organizzazione degli uffici e la gestione complessiva delle risorse umane") e può formare oggetto di *concertazione*, così come previsto dall'art. 6 del Ccnl del 1999. In particolare, la concertazione, da attivare da parte dei soggetti sindacali (rsu e/o rappresentanti delle organizzazioni sindacali di categorie firmatarie del ccnl) mediante richiesta scritta, è prevista in ordine alla definizione dei criteri e modalità per la "*valutazione delle posizioni organizzative e la relativa graduazione delle funzioni, art. 20*", nonché per il "*conferimento degli incarichi relativi alle posizioni organizzative e loro valutazione periodica, art. 21*".

In ogni caso, la disciplina contrattuale di comparto, se per un verso è l'unica e, là dove lo sia, inderogabile fonte normativa delle posizioni organizzative, per un secondo verso non è del tutto esauriente sull'istituto. Il contratto collettivo di comparto ne prevede, infatti, alcune linee essenziali e fondamentali, lasciando all'autonomia degli enti e delle aziende del comparto la regolamentazione dettagliata, ancorandola tuttavia a criteri e procedure oggettivamente e socialmente verificabili e assoggettando la valutazione del dipendente a una procedura trasparente, sottratta però alla decisione dirigenziale¹⁹. L'ente ha la facoltà di calibrarle in relazione alle proprie peculiarità, utilizzando sia il potere di organizzazione riconosciuto dalla legge, sia i poteri gestionali, nell'ambito delle regole di merito e procedurali imposte dai contratti collettivi e dalle modalità partecipative di re-

¹⁹ È doveroso tuttavia rilevare che, ai sensi dell'art. 9, co. 3, d.lgs. n. 150/09, la misurazione e la valutazione della performance individuale del personale sono effettuate dal dirigente, sia pure sulla base del sistema di misurazione e valutazione delle performance, adottato dall'amministrazione (art. 7 d.lgs. n. 150/09) e collegate al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali e alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate e ai comportamenti professionali e organizzativi. In ogni caso, l'Organismo indipendente di valutazione della performance (art. 14) garantisce la correttezza dei processi di misurazione e valutazione, nonché dell'utilizzazione dei premi (lett. d). Alla luce di tali premesse non si può continuare a sostenere la competenza dell'organismo (o del nucleo di valutazione), così come dispone il contratto collettivo, nella valutazione dei risultati in quanto questa rientra nelle prerogative del dirigente, mentre l'organismo è solo garante del metodo utilizzato. Sul punto sia consentito rinviare a SANTUCCI, *Retribuzione accessoria, valorizzazione delle performance e responsabilità del dipendente pubblico nel d.lgs. n. 150 del 2009*, in *IF*, 2009, nn. 5 e 6.

lazioni sindacali previste dalla contrattazione di comparto (informazione, concertazione). È affidata alle singole aziende sanitarie, in virtù delle capacità imprenditoriale e di autogoverno ad esse riconosciuta, la definizione di una compiuta disciplina in ordine alle modalità di individuazione e di attribuzione delle posizioni organizzative. Pertanto, in analogia con il conferimento degli incarichi dirigenziali, ciascuna azienda deve adottare un atto unilaterale organizzativo e gestionale per disciplinare concretamente le modalità di affidamento, valutazione, conferma e revoca delle posizioni organizzative e per precisare i poteri e le responsabilità attribuite agli assegnatari di ciascuna posizione organizzativa: ciò al fine di limitare il più possibile il conferimento di incarichi generici, utilizzando la retribuzione per motivi discrezionali o svincolati dallo svolgimento effettivo di funzioni di particolare rilevanza. Gli Enti e le aziende del comparto, nell'individuare gli incarichi di posizione organizzativa (sia in via autonoma, sia a seguito di concertazione con le organizzazioni sindacali), non potranno derogare al contratto di comparto: ogni provvedimento contrastante o difforme da quanto stabilito dal contratto nazionale di comparto sarà nullo²⁰.

Il contratto collettivo interviene dunque su prerogative manageriali, per un verso riconoscendole e per l'altro verso individuando dei limiti di esercizio per la tutela dei lavoratori implicati, che si risolve anche nell'imporre (nell'autoimporre, dal momento che si tratta di una disciplina contrattuale, realizzata con l'accordo delle parti) prevalentemente regole procedurali di trasparenza e imparzialità. Alle pubbliche amministrazioni un assetto del genere si rivela comunque conveniente sia per i principi generali da rispettare, direttamente (macro) o indirettamente (micro), nelle proprie finalità organizzative, sia perché in questo modo è possibile utilizzare la leva

²⁰ La giurisprudenza ha precisato che la mancata esplicitazione dei criteri seguiti dalla pubblica amministrazione, per il conferimento della posizione organizzativa, determina l'illegittimità dei relativi atti di conferimento. In assenza dei criteri predeterminati di attribuzione dell'incarico, della conseguente procedura selettiva e del successivo provvedimento motivato, la procedura stessa è da ritenersi illegittima (v. App. L'Aquila 30 giugno 2005 n. 435, in *DEJURE*). Inoltre, l'indennità corrisposta per gli incarichi di posizione organizzativa è obbligatoriamente ed esclusivamente finanziabile con il fondo previsto dall'art. 39 del medesimo Ccnl per importi che possono variare, per ogni posizione organizzativa singolarmente individuata, da un minimo di € 3.098,74 ad un massimo di € 9.296,22. Ne consegue che la previsione, con accordi decentrati, di importi più elevati di quelli fissati dalla contrattazione di comparto, con somme a carico del bilancio aziendale, costituisce danno erariale (v. C. Conti Lombardia 10 marzo 2006 n. 172).

retributiva in modo variegato, là dove la definizione della retribuzione è rimessa, per esplicita volontà legislativa (art. 45, co. 1, d.lgs. n. 165/2001), alla competenza del contratto collettivo.

4. *La legittimità delle autonome determinazioni organizzative e gestionali alla luce del cangiante quadro normativo (prima, durante e dopo la c.d. riforma Brunetta) su prerogative manageriali e relazioni sindacali*

Il contratto collettivo di comparto è dunque la fonte che delinea e regola una serie di aspetti dell'istituto, ma è anche il luogo dove sono indicate le ulteriori fonti di disciplina della materia. Le posizioni organizzative rientrano nell'esercizio dei poteri datoriali, organizzativi e gestionali. Ciò significa che nel contratto di comparto va individuato quanto sia rimesso alla contrattazione integrativa, quanto sia affidato al potere regolamentare delle pubbliche amministrazioni e quanto al circuito della "partecipazione sindacale".

La posizione del giudice del lavoro di Ravenna non è pertanto condivisibile quando svalorza il riparto delle competenze nell'ambito del sistema sindacale, perché svuota di significato le attribuzioni effettuate a livello legislativo e contrattuale, le quali hanno fondamento non solo nel settore pubblico, ma anche in quello privato, e perseguono la finalità di contemperare libertà sindacali e potere imprenditoriale e datoriale. Mentre è del tutto condivisibile l'idea di verificare se la vicenda sia stata regolata direttamente da una "fonte" diversa da quella prevista dalla legge o dal contratto. Se fosse così, se la fonte fosse *sic et simpliciter* il contratto collettivo integrativo, evidentemente la ripartizione sarebbe stata violata e le conseguenze sarebbero devastanti. Se così non fosse, pur essendoci un coinvolgimento di fonti non previste, il sistema sarebbe stato rispettato e nessun contrasto normativo si sarebbe realizzato relativamente al provvedimento cui è rimessa la competenza in materia (la decisione dell'amministrazione sulla base della disciplina posta dal contratto collettivo nazionale di comparto). Questa sembra che sia l'ipotesi in questione o comunque questa consente di superare le criticità.

Tale soluzione non confligge con il quadro normativo precedente all'attuale in cui non va trascurata la forte interrelazione delle prerogative dirigenziali e di governo con il potere sindacale (relazioni sindacali e contrattazione collettiva). L'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 stabiliva infatti che i

contratti collettivi disciplinassero i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione, aventi riflessi sul rapporto di lavoro; l'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 su organizzazione e disciplina degli uffici (micro-organizzazione) e dotazioni organiche (macro-organizzazione) sanciva che l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche, fossero determinate previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 9; l'art. 40 del d.lgs. 165/2001 definiva, infine, l'ambito della contrattazione collettiva in modo generale ed ampio, stabilendone lo svolgimento su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali. Quest'assetto normativo ha consentito di generare istituti partecipativi nella contrattazione collettiva nazionale che, oltre a "procedimentalizzare" prerogative di organi di governo e burocratici, si sono dimostrati idonei a sfociare anche in regolazioni consensuali (accordi/contratti) relativamente a prerogative unilaterali della dirigenza. La contrattazione collettiva ha fissato competenze degli istituti di partecipazione su molte prerogative dirigenziali con informazione (preventiva e successiva), concertazione, consultazione. La concertazione (istituto idoneo ad aprire le porte ad accordi, ma in ogni caso occasione di confronto²¹), pur limitata ad alcune materie, ha sempre suscitato dubbi sull'esercizio genuinamente unilaterale di prerogative dirigenziali e politiche, forse per la debolezza "di fatto" dell'attore datoriale (stretto tra ricerca del consenso e "dipendenza" dalle decisioni politiche degli organi burocratici)²².

Ma in ogni caso le determinazioni organizzative e gestionali del manager pubblico, coesistenti con verbali di concertazione o contratti integrativi, non dovrebbero considerarsi affetti da nullità in quanto pur sempre riconducibili ad autonoma decisione dirigenziale, derivante dalla valutazione

²¹ V. Trib. L'Aquila (decr.), 26 ottobre 2012, in *DEJURE*.

²² Sul debordare delle varie relazioni partecipative in vere e proprie forme di attività negoziale, con la fissazione di vincoli gestionali a carico delle pubbliche amministrazioni v. VISCOMI, *La partecipazione sindacale e la partecipazione all'organizzazione del lavoro*, in CARINCI e ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 265 ss., spec. p. 273; la ricerca contenuta nel volume *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato* a cura di BELLARDI, CARABELLI, VISCOMI, Cacucci, 2007; VIMERCATI, *Relazioni sindacali e partecipazione*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *op. cit.*, p. 341 ss., spec. p. 344; SARACINI (e NATULLO), *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 61 ss., spec. p. 73; LUCIANI, sub art. 9, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *op. cit.*, p. 206 ss.

di tutte le condizioni implicate²³. L'eventuale nullità del contratto collettivo integrativo²⁴ non inciderebbe pertanto sulla legittimità delle autonome determinazioni organizzative e gestionali dell'amministrazione pubblica.

Tale conclusione dimostra la sua tenuta anche di fronte al mutamento del quadro normativo, prodottosi con il d.lgs. n. 150/2009 e con l'art. 2, co. 17, del d.l. n. 95/2012 conv. in l. 135/2012. L'art. 34 del d.lgs. n. 150/2009 (che modifica l'art. 5, co. 2, del d.lgs. 165/2001) precisa che, nell'ambito delle leggi e degli atti di macro-organizzazione, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte "in via esclusiva" (ecco la novità!) dagli organi preposti alla gestione, cioè dai dirigenti; si conferma la natura privatistica di tali atti, e si specifica che, in particolare, rientrano nell'esercizio dei poteri dirigenziali "le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici": si dettaglia dunque, anche se le linee di demarcazione non sono ulteriormente precisate, lasciando agli interpreti il compito di sciogliere eventuali nodi definitivi. La stessa disposizione stabilisce che, negli ambiti oggetto del potere decisionale dei dirigenti, è "fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'articolo 9" del d.lgs. 165/2001; nel testo modificato dall'art. 36 del nuovo decreto, l'art. 9 recita "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione"; l'art. 54 del d.lgs. n. 150, riscrivendo l'art. 40, comma 1, del d.lgs. 165/2001, statuisce che sono escluse dalla contrattazione collettiva, tra le altre, "le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17". Le previsioni legislative, esclusa la possibilità che le prerogative dirigenziali, le materie attinenti all'organizzazione degli uffici e le materie oggetto di partecipazione possano formare oggetto di contrattazione collet-

²³ Sull'intreccio tra partecipazione sindacale e autonomia organizzativa e gestionale del dirigente v. anche già TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e strutture*, in DLRI, 1994, p. 30 ss. e ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 114 ss.

²⁴ Sul carattere problematico, inoltre, della nullità prevista dal d.lgs. n. 165/2011 delle clausole di un contratto collettivo integrativo, v. VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità diffusa*, in LPA, 2007, p. 859 ss.

tiva, sembrano dunque esaurire nell'informazione la dimensione partecipativa delle organizzazioni sindacali non solo in ordine alla attività di organizzazione degli uffici, ma anche rispetto all'organizzazione del lavoro e alla gestione del personale. Va segnalato, però, che l'art. 6 del d.lgs. n. 165 è rimasto quasi del tutto invariato e, quindi, oltre all'informazione, è prevista, a beneficio delle organizzazioni sindacali, la consultazione in materia di organizzazione e disciplina degli uffici. Il d.lg. n. 150 sicuramente, in ogni caso, introduce un rafforzamento dei poteri dirigenziali²⁵ e in generale delle amministrazioni pubbliche nei confronti del potere sindacale. Ciò sembra fondatamente radicato per tutto quel che riguarda l'organizzazione degli uffici, ma suscita perplessità non tanto la sostanza della disposizione, quanto il problematico rispetto dell'autentica autonomia del dirigente pubblico/manager: questi, a differenza del dirigente privato, e in contraddizione con la conclamata autonomia e responsabilità, non potrà utilizzare le proprie prerogative, secondo il personale stile di direzione ma dovrà adeguarsi ad un limite etero-definito, una volta per tutte, nella sua strategia direzionale in materia di gestione delle risorse umane. Per la gestione del personale appare un'esagerazione limitare le prerogative datoriali alla sola informativa, privando il dirigente di un eventuale spazio discrezionale importante ed è sottovalutata la difficoltà di separare con nettezza la gestione del personale da quanto costituisce applicazione di istituti legislativi e/o contrattuali (ad esempio i turni di lavoro).

Ciò nonostante la conclusione della legittimità delle determinazioni organizzative e gestionali non muta pur in presenza di eventuali contratti collettivi integrativi che dovessero occuparsi di materie "improprie". Nel nuovo quadro normativo, oltre la restrizione della partecipazione sindacale²⁶, sono i divieti e le sanzioni che mutano, comprese quelle che riguar-

²⁵ Sul punto v. ALES, *Le prerogative datoriali*, cit., p. 109 ss.; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico*, Cacucci, 2012.

²⁶ Si ricorda che l'applicazione immediata della riforma c.d. Brunetta è stata comunque oggetto di contrasto interpretativo (dottrinale e giurisprudenziale): v. Trib. Salerno 18 luglio 2010, Trib. Pesaro 19 luglio 2010 e Trib. Trieste 5 luglio 2010, in *LPA*, 2010, p. 639 ss. con nota di ZILLI, *Le relazioni sindacali negli enti locali post riforma Brunetta*; NATULLO, *GIORNALE, Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel "limbo" della cd. riforma Brunetta*, in *questa rivista*, 2011, n. 1. In ogni caso cfr. le osservazioni critiche di RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *questa rivista*, 2011, n. 2, p. 187 ss., spec. p. 193, che nel considerare positiva la definizione più chiara degli ambiti della legge e della contrattazione collettiva, potendosene giovare il potere di organizzazione, critica l'incerto regime temporale che ha costretto all'in-

dano la responsabilità dirigenziale²⁷. In primo luogo, non solo sono “escluse le materie attinenti all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’art. 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, co. 2, 16 e 17, le materie del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all’art. 2, co. 1, lett. c) della l. 421/1992, ma la contrattazione collettiva “determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali” (art. 40, co. 1). Ed inoltre “nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, delle modalità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”. In secondo luogo, si assiste al rafforzamento operato dalla modifica del meccanismo sanzionatorio della nullità, che adesso è predisposto per le clausole del contratto integrativo nel caso di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale e dalle norme di legge, nullità a cui si accompagna l’inapplicabilità e la sostituzione delle clausole stesse ai sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 1, cod. civ. (art. 40, co. 3-*quinquies*), realizzandosi *per tabulas* l’efficacia reale del contratto collettivo. Pertanto sono gli effetti che colpiscono l’eventuale contrattazione collettiva in deroga o il comportamento del dirigente in violazione degli obblighi legali. Le determinazioni organizzative e gestionali “autonomamente” fondate e conformi a regole legali (o di fonti unilaterali) e contrattuali non sono passibili di annullamento.

tervento correttivo del d.lgs. n. 141 del 2011 con il quale è stata confermata l’immediata operatività della disposizione sul potere di organizzazione e ha individuato, nelle materie relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi, le disposizioni applicabili dalla tornata contrattuale successiva a quella in atto, al momento dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009.

²⁷ L’incidenza del d.lgs. n. 150/09 nella configurazione giuridica della responsabilità dirigenziale è complessa: basti solo riflettere sulle difficoltà interpretative dell’art. 21, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 165/01, anche se preservare la responsabilità dirigenziale (incentrata sui risultati) e distinguerla da quella strettamente contrattuale (disciplinare) è essenziale per continuare a configurare il dirigente pubblico come “datore di lavoro”. Su tali aspetti BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 399 ss., spec. p. 422 ss.; MONDA, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. 150/09: l’applicazione a Regioni ed enti locali*, in *IF*, 2009, p. 1067 ss.; NICOSIA, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *op. cit.*, p. 137 ss., e con approccio più generale NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011.

Il successivo mutamento dell'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 165, ad opera dell'art. 2, co. 17, del d.l. n. 95/2012 conv. in l. 135/2012, come già detto, non modifica la conclusione, anzi la consolida, riconducendo la disciplina in un ambito di maggiore equilibrio, anche se non di certezza cristallina e di fiducia assoluta nelle capacità manageriali del dirigente. Nel nuovo testo, infatti, la limitazione alla sola informazione è riservata alle determinazioni relative all'organizzazione degli uffici, mentre, per quelle riguardanti i rapporti di lavoro, è prevista la possibilità dell'esame congiunto (ove previsto nei contratti collettivi nazionali di lavoro). Sulla falsariga si muove anche la modifica dell'art. 6 del d.lgs. n. 165/01 (*ex art. 2, co. 18, lett. a*) del d.l. n. 95/12, conv. in l. n. 135/12), in quanto organizzazione degli uffici, consistenza e variazione delle dotazioni organiche sono riformate previa informazione delle organizzazioni sindacali rappresentative; l'esame è riservato poi ai casi in cui i processi di riorganizzazione dovessero comportare l'individuazione di esuberi o l'avvio di processi di mobilità, occupandosi dei criteri a cui saranno improntate le predette procedure.

Stefano Consiglio, Mariavittoria Cicellin Lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato: il punto di vista delle agenzie per il lavoro

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **2.** L'inquadramento normativo e contrattuale. **3.** La matrice delle relazioni agenzia - lavoratore - utilizzatore. **4.** La rilevanza quantitativa del fenomeno. **5.** Le caratteristiche del fenomeno. **6.** I diversi approcci strategici delle agenzie. **7.** La gestione dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato. **8.** Considerazione finali.

1. Introduzione

Il dibattito sul tema della precarietà del lavoro continua ad essere fortemente condizionato da posizioni preconcepite e ideologiche, e numerosa è, al riguardo, la letteratura organizzativa che si concentra sui rischi e sulle problematiche del lavoro in somministrazione¹. Ma la realtà corre veloce e si aprono scenari che evidenziano situazioni inattese e sorprendenti.

Un segnale di mutamento che evidenzia quanto la realtà sia complessa, articolata e frastagliata viene dalle agenzie per il lavoro italiane (APL) (meglio note come agenzie di lavoro interinale)². Questi nuovi operatori del mercato del lavoro, presenti in Italia da oltre 10 anni, considerati da più parti il simbolo della precarietà, hanno sorprendentemente iniziato ad assumere lavoratori a tempo indeterminato³.

¹ CONSIGLIO, *Il processo di esternalizzazione del lavoro tra esigenze di flessibilità e bisogno di stabilità*, in SANTUCCI, BELLINI, QUARANTA (a cura di), *ICT e Lavoro Flessibile*, FrancoAngeli, 2008, pp. 41-67; DAVIS-BLAKE, UZZI, *Determinants of employment externalization: A study of temporary workers and independent contractors*, in *ASQ*, 1993, vol. 38, n. 2, pp. 195-223; POLIVKA, *Into contingent and alternative employment: by choice?*, in *MLR*, 1996, October; VON HIPPEL, MANGUM S.L., GREENBERGER, HENEMAN, SKOGLIND, *Temporary Employment: Can Organization and Employers both win*, in *AOME*, 1997, vol. 11, n. 1, pp. 93-103; VOLBERDA, *Building the Flexible Firm*, Oxford University Press, 1998.

² Per approfondimenti si veda anche CIETT *Orchestrating the Evolution of Private Employment Agencies Towards a Stronger Society*, 2000, CIETT, Brussels.

³ AA.VV., *Un mercato del lavoro sempre più "atipico": scenario della crisi*, Report novembre,

Sono circa 7.000 i lavoratori in somministrazione che oggi lavorano per conto delle agenzie per il lavoro con un contratto a tempo indeterminato (fonte Ebitemp), nel 2006 erano solo 1.200 (fonte Ebiref).

Queste persone si trovano nella particolare condizione di non avere un luogo di lavoro fisso, ma hanno la sicurezza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'agenzia di riferimento. Questi lavoratori, dunque, hanno gli stessi diritti di un qualsiasi dipendente assunto a tempo indeterminato e sono pagati dall'agenzia, anche nei casi in cui quest'ultima non sia in grado di trovare un'impresa in cui inviarli in missione.

La scelta di assumere lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato rappresenta un segnale di cambiamento rilevante soprattutto perché il fenomeno, nonostante sia quantitativamente ancora poco significativo, riguarda numerose agenzie italiane. In alcuni casi si tratta di operazioni sporadiche ed episodiche legate a casi particolari; in altri casi, invece, rappresenta per le agenzie italiane una possibile opzione strategica per innovare e differenziarsi rispetto alla concorrenza, che scelgono dunque di specializzarsi con categorie professionali maggiormente richieste e difficilmente reperibili dalle aziende, guadagnando nuovi spazi di mercato⁴.

Chi sono i quasi 7.000 lavoratori in somministrazione assunti a tempo indeterminato dalle agenzie? Quali sono le figure professionali più frequenti e quale è la durata media delle missioni di tali lavoratori? Come vengono selezionati? Quali sono i percorsi formativi a cui accedono? Come cambia il livello di performance di un lavoratore nel passaggio da tempo determinato a indeterminato? In che modo sono incentivati dalle agenzie per il lavoro? Esistono percorsi di carriera costruiti *ad hoc* per queste figure? In mancanza di occasioni di lavoro è possibile intraprendere percorsi di selezione in uscita? Inoltre, alla luce di questi aspetti, appare interessante comprendere se la scelta di acquisire lavoratori a tempo indeterminato sia prevalentemente legata a processi di riposizionamento strategico

IRES, 2011; CONSIGLIO, MOSCHERA, *Le Società di Fornitura di Lavoro Temporaneo in Italia. Organizzazione e Performance*, FrancoAngeli, 2001; CONSIGLIO, *L'impatto della delega sul business della flessibilità*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004; CONSIGLIO, MOSCHERA, *Le Agenzie per il Lavoro. Organizzazione, Regolazione, Competitività*, Il Sole24Ore, 2005; CONSIGLIO, MOSCHERA, *Dall'Interinale ai Servizi per il Lavoro*, FrancoAngeli, 2008; CONSIGLIO, MOSCHERA, *Le Agenzie per il Lavoro e le risposte strategiche e organizzative alla crisi economica*, Ebitemp, FrancoAngeli, 2010.

⁴ MOSCHERA, CONSIGLIO, BERNI, CICELLIN, *Logiche istituzionali e allomorfismo in un campo organizzativo: le Agenzie per il Lavoro in Italia*, in SO, 2011, n. 2, pp. 13-43.

delle agenzie, oppure se tale opzione sia determinata da altri fattori contingenti, legati all'opportunità di strutturare rapporti di lunga durata con le aziende clienti, o ancora per andare incontro a esigenze nuove e di diverso tipo, per reperire nuove figure professionali o figure difficilmente reperibili dalle aziende⁵.

In ogni caso, questi scenari aprono a molteplici ulteriori domande sul fenomeno dei lavoratori in somministrazione assunti a tempo indeterminato: quesiti che riguardano le caratteristiche di questi lavoratori e questioni che, invece, attengono alle modalità di gestione di tali figure professionali all'interno dell'organizzazione di un'agenzia.

L'obiettivo di questo lavoro è di provare ad approfondire il fenomeno, descrivendo:

- il quadro normativo di riferimento;
- la particolare relazione triangolare che si viene a creare tra agenzia, lavoratore e utilizzatore;
- la consistenza quantitativa del fenomeno;
- le caratteristiche principali (settori e profili di riferimento, numero medio di missioni annue, rilevanza dell'indennità di disponibilità, ecc.);
- le motivazioni che spingono le agenzie ad assumere a tempo indeterminato;
- le modalità di gestione di tali lavoratori.

Per la realizzazione di questo lavoro, svolto nell'ambito di un'attività di ricerca commissionata dall'Osservatorio sul Lavoro Temporaneo (Ebitemp e Formatemp), è stata condotta un'indagine che ha coinvolto le 17 agenzie per il lavoro italiane che, al 31 dicembre 2011, avevano in organico almeno 100 lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato⁶. A tali agenzie è stato inviato un questionario strutturato ed è stata chiesta la disponibilità a realizzare un'intervista telefonica.

Le agenzie che hanno risposto al questionario sono state 13 (tra cui OpenjobMetis) e tra queste tutte le agenzie con in organico il maggior numero di lavoratori (Adecco, Manpower, Obiettivo Lavoro, Manutencoop,

⁵ MITLACHER, *The organization of Human Resource Management in temporary work agencies - towards a comprehensive research agenda on temporary agency work in Germany, the Netherlands and the US*, in *HRMR*, 2006, n. 16, pp. 67-81.

⁶ In realtà le agenzie che al 31 dicembre 2011 avevano più di 100 addetti erano 18, ma poiché due di queste (Openjob e Metis) il 1 gennaio 2012 si sono fuse, l'indagine si è concentrata su 17 interlocutori.

GiGroup, OpenjobMetis, Quanta, Gruppo VitaSerena, Lavorint, Umana, Randstad, Job Camere, Injob). Il tasso di risposta è stato molto alto e pari al 76%.

Per approfondire alcuni aspetti del questionario sono state inoltre realizzate sette interviste ai responsabili delle agenzie che curano questo particolare settore di attività (Adecco, Manuencoop, GiGroup, Quanta, Lavorint, Randstad, Injob).

Il paragrafo sulla consistenza quantitativa del comparto è stato realizzato grazie ai dati messi a disposizione da Ebiref (nel corso del 2007) e da Formatemp.

2. *L'inquadramento normativo e contrattuale*

Nella fase di costituzione del campo delle agenzie per il lavoro (1993-1996), la possibilità per l'agenzia di assumere a tempo indeterminato il lavoratore è stato uno dei cavalli di battaglia delle organizzazioni sindacali. Lo scontro sullo *status* del lavoratore ha rappresentato una delle tematiche che ha rallentato il processo di adozione del lavoro interinale in Italia⁷. Le organizzazioni sindacali e alcune parti politiche spingevano affinché le agenzie assumessero i lavoratori esclusivamente con contratti a tempo indeterminato, mentre le aspiranti società di fornitura di lavoro temporaneo vedevano, in tale ipotesi, il rischio di snaturare l'essenza del fenomeno trasformandolo in uno strumento di assistenza piuttosto che di flessibilità⁸.

La previsione di un fondo per la formazione dei lavoratori interinali ha rappresentato uno dei punti di mediazione che ha consentito di raggiungere un accordo tra le parti e la nascita del lavoro interinale in Italia con l'approvazione del cosiddetto "Pacchetto Treu" (l. 196/97).

La normativa all'articolo 22 comma 3 prevede che i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato, per i periodi in cui non prestano attività presso aziende utilizzatrici, restano a disposizione dell'agenzia e hanno diritto a percepire, a titolo di indennità mensile di disponibilità, la somma di 700 (settecento) euro al lordo delle ritenute di legge, comprensiva del TFR; tale indennità è divisibile in quote orarie ed è proporzional-

⁷ Per approfondimenti si veda CONSIGLIO, MOSCHERA, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁸ Per approfondimenti si veda DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Merito del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003; EBITEMP-OSSERVATORIO CENTRO STUDI, *Indicatori del lavoro interinale in Italia. Un aggiornamento al 2010, 2011*, in www.ebitemp.it/osservatorio-centro-studi.

mente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso l'agenzia⁹.

Durante il periodo di disponibilità il lavoratore deve garantire la sua reperibilità, deve essere cioè in grado di iniziare il lavoro dopo 12 ore dall'eventuale chiamata da parte dell'agenzia; non può, inoltre, prestare alcuna attività per altre APL ed è tenuto al rispetto degli obblighi di fedeltà e di non concorrenza di cui agli articoli 2105 e 2106 cod. civ. (articolo 27 del ccnl).

La mancanza di occasioni di lavoro per il lavoratore in somministrazione assunto a tempo indeterminato, rappresenta il principale fattore di rischio per le agenzie per il lavoro e il motivo che ha limitato la diffusione del fenomeno.

Il contratto di lavoro di categoria ha previsto una procedura da seguire in tutti quei casi in cui l'APL si trova nella situazione di non potere più mantenere alle proprie dipendenze il lavoratore assunto a tempo indeterminato per mancanza di occasioni di lavoro, con una anzianità di servizio del lavoratore interessato di almeno 30 settimane, comprensive di eventuali periodi di disponibilità¹⁰.

In questi casi, così come prescrive l'articolo 23bis del contratto: "l'agenzia è tenuta ad informare preventivamente le rappresentanze sindacali nazionali d'agenzia, nonché le organizzazioni sindacali dei lavoratori a livello territoriale e/o nazionale e a promuovere, nell'arco di 15 giorni, tramite un incontro con le stesse, l'attivazione della procedura di confronto sindacale. Tale procedura, volta a favorire nuove opportunità di lavoro, è finalizzata alla definizione di un accordo per la promozione di politiche attive idonee a agevolare percorsi di riqualificazione e continuità occupazionale, per una durata di 6 mesi, o 7 mesi per i lavoratori con più di 50 anni di età".

Durante tale periodo, i lavoratori coinvolti hanno diritto ad una indennità di disponibilità i cui oneri sono coperti per il 60% dall'APL e per il restante 40% dalla gestione bilaterale. In caso di accordo sindacale intervenuto nell'arco dei primi 3 mesi, a far data dall'inizio della procedura, l'onere della disponibilità è coperta con percentuali invertite tra agenzie (40%) e Enti bilaterali (60%).

Se al termine di tale periodo permane lo stato di inoccupabilità, l'agenzia ha la possibilità di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, con pagamento dell'indennità di mancato preavviso.

⁹ Articolo 27, comma 1, ccnl Somministrati 2009.

¹⁰ Ccnl, articolo 23-bis.

Il contratto collettivo nazionale di lavoro per la categoria delle agenzie di somministrazione, firmato il 24 luglio 2008, ha rappresentato un importante spartiacque per la regolazione del fenomeno dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato, poiché ha identificato una serie di fattispecie a cui le agenzie devono attenersi per assumere i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato.

In particolare, l'articolo 43 del contratto nazionale di lavoro prevede che un lavoratore assunto con contratto di somministrazione a tempo determinato ha diritto ad essere assunto dall'agenzia, con un nuovo contratto a tempo indeterminato, qualora abbia prestato attività lavorativa presso diverse imprese utilizzatrici, in esecuzione di due o più contratti di lavoro in somministrazione stipulati con la medesima agenzia, per un periodo complessivo pari a 42 mesi anche non consecutivi (articolo 43, comma 2).

Nel caso in cui il lavoratore presti attività di lavoro in favore della stessa agenzia, in esecuzione di un unico contratto di somministrazione eventualmente prorogato con la stessa impresa utilizzatrice, il periodo di 42 mesi, di cui al secondo comma, è ridotto a 36 mesi (articolo 43, comma 4).

Il contratto prevede, inoltre, anche una serie di misure che incentivano l'assunzione di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato; nell'articolo 43 comma 1 si dice, infatti, che: "Qualora l'assunzione a tempo indeterminato avvenga *ab initio* o nell'arco dei primi 21 mesi di lavoro, alle APL sarà riconosciuto un contributo pari ad 1/3 dell'indennità di disponibilità per 3 mesi in ragione di anno e fino alla concorrenza dei 42 mesi di anzianità previsti nel successivo punto 2. Per tali incentivi saranno utilizzate le risorse provenienti dai residui della gestione Ebitemp. A titolo di ulteriore incentivo, quota parte della contribuzione attualmente destinata al fondo di sostegno al reddito, istituito presso Ebiref, sarà utilizzata per la formazione professionale".

3. La matrice delle relazioni agenzia - lavoratore - utilizzatore

L'assunzione di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato da parte delle agenzie rappresenta un fenomeno particolare nel panorama del mercato del lavoro italiano. Le agenzie per il lavoro, infatti, una volta siglato un contratto di somministrazione con un'impresa utilizzatrice, stipulano, generalmente, un contratto di lavoro con il lavoratore la cui durata è pari a quella fissata nel contratto tra agenzia e impresa utilizzatrice.

Prima di approfondire i motivi che spingono le agenzie ad adottare tale forma d'impiego è necessario chiarire le caratteristiche di base del fenomeno evidenziando, in particolare, la differenza tra somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*) e assunzione di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato¹¹. Spesso, infatti, si ritiene erroneamente che l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori da parte di un'agenzia si verifica laddove si stipula un contratto di *staff leasing*.

Per chiarire tale aspetto è fondamentale ricordare che il lavoro interinale è caratterizzato da un contratto “triangolare” mediante il quale un'agenzia per il lavoro pone uno o più lavoratori in somministrazione, da essa assunto/i con un contratto a tempo determinato o indeterminato, a disposizione di un'altra azienda (l'impresa utilizzatrice). La normativa italiana, con l'approvazione del d.l. 276/2003, ha previsto che il contratto di somministrazione di lavoro possa essere a tempo indeterminato (*staff leasing*) limitandone, però, il campo di applicazione ad alcuni specifici ambiti¹². Tale

¹¹ CONSIGLIO, MOSCHERA, *op. cit.*

¹² L'articolo 20, comma 3 del d.lgs. 276/2003 prevede che la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è ammessa, esclusivamente in alcuni ambiti ed in particolare:

a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;

b) per servizi di pulizia, custodia, portineria;

c) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;

d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato;

e) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;

f) per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;

g) per la gestione di *call center*, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui fondi strutturali;

h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa;

i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative;

i-bis) in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia.

opzione è stata abrogata dal Governo Prodi, con la l. n. 247/2007, e successivamente reintrodotta grazie all'articolo 2, comma 143, della legge finanziaria del 2010.

Il rapporto triangolare che caratterizza questa particolare modalità di gestione della transazione di lavoro è configurabile come una forma intermedia tra mercato e gerarchia poiché il lavoratore, anche se assunto dall'agenzia per il lavoro, è inserito all'interno della struttura organizzativa e risponde gerarchicamente al management dell'impresa utilizzatrice¹³.

Le relazioni tra agenzia, lavoratore e impresa utilizzatrice sono, quindi, condizionate da due dimensioni (tav. 1):

– il tipo di relazione tra agenzia e impresa utilizzatrice (a tempo determinato o a tempo indeterminato);

– il tipo di relazione tra agenzia e lavoratore (a tempo determinato o a tempo indeterminato).

Tav. 1 - *Le possibili relazioni tra agenzie, lavoratori e imprese nella somministrazione di lavoro*

Rapporto tra agenzia e lavoratore	A tempo indeterminato	2. Somministrazione a tempo determinato con lavoratori a tempo indeterminato	3. <i>Staff leasing</i> con lavoratori a tempo indeterminato
	A tempo determinato	1. Somministrazione a tempo determinato con lavoratori a tempo determinato	4. <i>Staff leasing</i> con lavoratori a tempo determinato
		A tempo determinato	A tempo indeterminato (<i>Staff leasing</i>)

Rapporto tra agenzia e impresa utilizzatrice

Fonte: ns elaborazione

¹³ STANWORTH, DRUKER J., *Human resource solutions?, Dimensions of employers' use of temporary agency labour in the UK*, in *PR*, 2006, vol. 35, n. 2, pp. 175-190.

La relazione tra agenzia e impresa, in Italia, è oggi caratterizzata essenzialmente da una relazione a tempo determinato (quadranti 1 e 2); i rapporti in somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*) non sono molto diffusi per una serie di motivazioni e, principalmente, per l'ostilità dei sindacati nei confronti di tale modalità contrattuale.

Anche la relazione tra agenzia e lavoratore è caratterizzata quasi esclusivamente da una relazione a tempo determinato (quadrante 1), ma esistono casi in cui l'agenzia sceglie di assumere lavoratori a tempo indeterminato per inviarli in somministrazione (quadrante 2).

La presenza nell'organico delle agenzie per il lavoro italiane di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato non è quindi in alcun modo dipendente dal rapporto che tali operatori instaurano con le imprese utilizzatrici.

Ovviamente un contesto istituzionale che consente la stipula di contratti di *staff leasing* favorisce l'assunzione di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato, ma il fenomeno ha una sua ragion d'essere anche se un'agenzia non ha contratti di *staff leasing*.

Non esistono al momento dati ufficiali che ci consentono di capire in quale quadrante della matrice sono posizionati i circa 7.000 lavoratori che hanno un contratto in somministrazione a tempo indeterminato. In base alle interviste fatte emerge che la situazione cambia molto da agenzia ad agenzia; ci sono alcuni operatori che hanno un consistente numero di lavoratori assunti a tempo indeterminato senza avere alcun contratto di *staff leasing* (100% nel quadrante 2). Altre agenzie, invece, hanno il 75% dei lavoratori inviati in missione presso utilizzatori con i quali è stato stipulato un contratto di *staff leasing*.

Al momento, pertanto, non è possibile fare una stima attendibile, quello che però indubbiamente emerge dall'indagine realizzata presso le principali agenzie italiane è che il fenomeno è presente a prescindere dall'esistenza di un contratto di *staff leasing*.

4. La rilevanza quantitativa del fenomeno

La possibilità di assumere lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato era già prevista nella legge istitutiva del lavoro interinale in Italia. Tale opzione, però, nel corso dei primi 10 anni di vita del comparto è stata praticata in modo molto sporadico dalle agenzie italiane che hanno optato, quasi esclusivamente, per contratti a tempo determinato di durata

pari a quella prevista dal contratto stipulato con l'impresa utilizzatrice. Ciò non toglie che, per motivi diversi, già nei primi anni di vita del comparto, alcune agenzie hanno provato ad utilizzare questa modalità di relazione con alcuni lavoratori.

Nel dicembre del 2006, 27 erano le agenzie che avevano in organico almeno un lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato e complessivamente in Italia 1.200 erano i lavoratori in questa situazione. Sol tanto 4 erano le agenzie con più di 100 lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato.

Nel corso di questi anni il fenomeno, anche grazie alle innovazioni contrattuali e alle scelte strategiche di alcune agenzie per il lavoro italiane, è cresciuto in modo significativo, sebbene in termini percentuali continua ad avere un peso molto marginale rispetto al comparto della somministrazione.

Tav. 2 - *L'evoluzione del fenomeno in Italia*

	2006	2011
Numero lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato	1.200	6.900
Agenzie con lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato	27	62
Agenzie con più di 100 lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato	4	18

Fonte: ns elaborazione su dati Ebiref e Formatemp

Tra il 2008 ed il 2011, però, l'incidenza del tempo indeterminato sul totale della somministrazione è passato dall'1,66% al 3,00%, facendo registrare un significativo balzo in avanti.

Tav. 3 - *L'incidenza percentuale del tempo indeterminato sul totale della somministrazione*

2008	2009	2010	2011 ¹⁴
1,66%	2,53%	2,30%	3,00%

Fonte: ns elaborazione su dati Formatemp

¹⁴ Il dato del 2011 si riferisce fino al mese di settembre.

Nel dicembre del 2011 le agenzie con almeno un lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato sono passate a 62, di queste: 4 con più di 500 lavoratori, 4 con un organico tra i 250 ed i 499 lavoratori e 10 tra i 100 e i 249 lavoratori (tav. 4).

I lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato a dicembre del 2011 sono circa 6.900.

Per cogliere la dimensione del fenomeno è, infine, importante tener conto del fatto che il tasso di *turnover* dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato è molto alto e si attesta attorno al 30%. Questo significa che nel corso dell'anno le persone che hanno avuto un contratto di somministrazione a tempo indeterminato sono circa 9.000.

Un altro aspetto di particolare interesse riguarda la diffusione territoriale del fenomeno; purtroppo mancano dati ufficiali su questo punto, ma dalle interviste effettuate emerge che i lavoratori in somministrazione a

Tav. 4 - *Le agenzie ed i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato (dicembre 2011)*

N° di lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato	
> 500	Adecco Manutencoop Manpower Obiettivo lavoro
250-499	Workforce Quanta Gi Group Synergie
100-249	Metis Vitaserena Risorse Temporary Lavorint Umana Randstad Job Camere Injob Open Job

Fonte: ns elaborazione su dati Ebiref e Formatemp

tempo indeterminato sono presenti in tutta l'Italia. Ovviamente le percentuali di diffusione tendono a replicare quelle che caratterizzano la somministrazione a tempo determinato.

5. *Le caratteristiche del fenomeno*

L'indagine svolta presso le agenzie per il lavoro italiane che hanno in organico più di 100 lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato ha consentito di mettere a punto un quadro abbastanza definito circa le caratteristiche di fondo del fenomeno.

Nel corso dell'indagine è stato chiesto alle agenzie di indicare i cinque settori prevalenti in cui operano i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato. Dalle risposte è emersa una forte eterogeneità; più di 18 sono, infatti, i settori citati dalle 13 agenzie:

1. il settore della meccanica (10 agenzie su 13)
2. il settore del commercio (5 agenzie su 13)
3. il settore dell'industria alimentare (5 agenzie su 13)
4. il settore socio sanitario (5 agenzie su 13)
5. il settore dell'*ICT* (4 agenzie su 13).

Anche per quanto attiene i profili professionali prevalenti tra i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato, l'indagine evidenzia una tendenziale eterogeneità. Numerosissimi sono i profili indicati dai responsabili delle agenzie (più di 20). Ciò evidenzia che il fenomeno non è focalizzato su particolari famiglie professionali ma è abbastanza generalizzato e si concretizza soprattutto nei casi in cui un'impresa utilizzatrice stipula un contratto di lunga durata con l'agenzia.

I profili maggiormente citati dagli intervistati sono:

1. operai generici (9 agenzie su 13)
2. impiegati amministrativi (7 agenzie su 13)
3. profili commerciali (6 agenzie su 13)
4. operatori di *call center* (6 agenzie su 13)
5. magazzinieri (5 agenzie su 13)
6. operai specializzati (4 agenzie su 13).

Tra i profili indicati emerge una discreta presenza di profili socio-sanitari (infermieri, operatori socio sanitari, fisioterapisti, ecc.), di tecnici informatici e di figure di alta qualificazione (progettisti aeronautici, progettisti elettrici, ingegneri meccanici, esperti controllo qualità).

Per quanto concerne il livello di inquadramento dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato, il contratto prevede tre classi di inquadramento.

Tav. 5 – *Classi di inquadramento dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato*

Classi di inquadramento	
Gruppo A	Comprende i lavoratori di elevato contenuto professionale quali dirigenti, quadri e impiegati direttivi.
Gruppo B	Comprende i lavoratori di concetto, operai specializzati e/o corrispondenti alle cosiddette categorie intermedie con contenuti professionali caratterizzati da autonomia operativa ma non decisionale e da un elevato livello di conoscenze teorico pratiche.
Gruppo C	Comprende i lavoratori qualificati e d'ordine, che eseguono il lavoro sotto la guida e il controllo di altri.

Fonte: ns elaborazione

La maggioranza delle agenzie (61,54%) dichiara che l'assunzione a tempo indeterminato viene scelta soprattutto per i profili professionali del gruppo C, ovvero per lavoratori qualificati con un'elevata specializzazione verticale e che svolgono la propria mansione sotto il controllo di un supervisore. Si tratta, ad esempio, di operatori sociosanitari, impiegati amministrativi, operai metalmeccanici, operatori di *call center*, della grande distribuzione e del terziario, ecc.

Il 38,46% delle agenzie ha dichiarato che la maggioranza dei propri lavoratori assunti a tempo indeterminato sono ricompresi nel gruppo B. Si tratta di lavoratori di concetto e operai specializzati caratterizzati da autonomia operativa ma non decisionale come infermieri, impiegati di amministrazioni pubbliche, consulenti informatici, operatori del turismo.

In media la percentuale di lavoratori appartenenti alla categoria A si attesta intorno al 3%. Si tratta per lo più di progettisti dell'aeronautica e dell'edilizia, ingegneri e chimici.

Un altro interessante dato che emerge dall'indagine fa riferimento al numero di missioni annue che i lavoratori in somministrazione a tempo

indeterminato svolgono nel corso di un anno. 12 agenzie su 13 affermano che mediamente i loro lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato svolgono una sola missione nel corso di un anno.

In pratica i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato non sono persone che “girano” da un utilizzatore all’altro (se non in particolari casi come, ad esempio, potrebbe essere per una segretaria di direzione) nel corso dell’anno, ma sono lavoratori che hanno un luogo di lavoro fisso.

Nel corso dell’indagine si è inoltre focalizzata l’attenzione sul numero medio di giorni in cui l’agenzia paga al lavoratore l’indennità di disponibilità. Anche in questo caso l’indagine evidenzia un dato sotto certi aspetti inaspettato, la maggioranza assoluta delle agenzie italiane afferma che per la stragrande maggioranza dei lavoratori il numero di giorni in disponibilità è pari a zero. Tale dato è in linea con quanto evidenziato in precedenza e cioè con il fatto che, i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato sono impegnati in missioni di lunga durata, spesso di *staff leasing*. La necessità di pagare le indennità di disponibilità si manifesta soltanto quando si interrompe un contratto ed è necessario trovare una nuova missione al lavoratore. In diversi casi, grazie al preavviso, l’agenzia è in grado di gestire il passaggio di un lavoratore da un utilizzatore all’altro in pochi giorni. Dall’indagine emerge, quindi, che le agenzie sono in grado di ridimensionare al massimo i rischi connessi all’indennità di disponibilità.

6. I diversi approcci strategici delle agenzie

La scelta di assumere a tempo indeterminato un lavoratore in somministrazione rappresenta un’opzione di gestione molto delicata per le agenzie per il lavoro. Questa decisione ha sicuramente un valore simbolico, in quanto pone l’agenzia per il lavoro non come un mero intermediario, ma come un soggetto che, per garantire migliori livelli di servizio ai suoi interlocutori (lavoratori e imprese utilizzatrici), sceglie di assumersi maggiori rischi.

La decisione di stabilizzare i lavoratori rappresenta senza dubbio un rischio per l’agenzia che in assenza di utilizzatore è costretto a pagare al lavoratore un’indennità di disponibilità. Quali sono quindi i vantaggi che spingono gli operatori del comparto ad intraprendere tale strada?

L’analisi effettuata presso le 13 agenzie per il lavoro italiane evidenzia che dietro la scelta di ricorrere a questa tipologia contrattuale ci sono diverse motivazioni e diversi approcci strategici.

Una scelta volontaria e non imposta dalla normativa

L'indagine ha in primo luogo voluto verificare se tale scelta sia frutto di una decisione strategica volontaria dell'agenzia o se essa derivi dall'obbligo imposto dal contratto di lavoro dei lavoratori in somministrazione.

Dall'analisi emerge che 11 agenzie su 13 dichiarano che la scelta di assumere a tempo indeterminato lavoratori in somministrazione è volontaria, solo 2 agenzie su 13, invece, affermano che tale decisione è stata presa per ottemperare all'obbligo previsto dal contratto di lavoro. È molto probabile, inoltre, che la percentuale di agenzie che lo ha fatto con quest'ultima motivazione tende a crescere tra le agenzie (non oggetto dell'indagine) che hanno in organico meno di 100 lavoratori. È comunque interessante evidenziare che questi ultimi operatori hanno valutato i rischi della stabilizzazione come inferiori rispetto ai costi che comporterebbe la rottura del rapporto di collaborazione con il lavoratore e spesso con la stessa impresa utilizzatrice presso cui lavora tale persona. In questi casi è possibile affermare che l'agenzia considera la stabilizzazione come una strada che in ogni caso presenta una sua convenienza.

Il pre-requisito: la lunga durata del contratto con l'utilizzatore

La scelta di assumere a tempo indeterminato lavoratori in somministrazione risponde a differenti approcci strategici all'interno delle diverse agenzie ma, probabilmente, esiste un elemento che rappresenta per tutte le agenzie italiane un pre-requisito: la presenza di un utilizzatore con cui è stato stipulato un contratto di lunga durata.

L'esistenza di un contratto di lunga durata rappresenta per l'agenzia una garanzia per ridimensionare il rischio di dover sostenere costi legati al pagamento di indennità di disponibilità. Per attutire ulteriormente i rischi, l'agenzia richiede all'utilizzatore anche un periodo di preavviso più o meno lungo, in caso di interruzione del contratto, per avviare l'azione di ricollocamento dei lavoratori.

Naturalmente la presenza di contratti di *staff leasing*, che non hanno una data di scadenza, rappresenta un fattore di garanzia più forte per l'agenzia e per gli stessi lavoratori. Ciò non toglie però, che molte agenzie tendono ad assumere a tempo indeterminato anche in presenza di utilizzatori che sottoscrivono contratti di lunga durata per fattispecie che non consentono la sottoscrizione di contratti di *staff leasing*.

La presenza di un contratto di lunga durata spinge l'agenzia a creare un rapporto stabile con il lavoratore impegnato presso quel particolare utilizzatore. La stabilizzazione del contratto crea maggiore fidelizzazione e garantisce all'utilizzatore una relazione stabile con il lavoratore che è in grado di valorizzare l'esperienza maturata in azienda. Per le imprese utilizzatrici, infatti, è importante avere a disposizione, lungo tutto il periodo del contratto, le stesse persone¹⁵.

Il segmento della "lunga durata"

Se la lunga durata del contratto tra agenzia e utilizzatore è un fattore che spinge gli operatori del settore ad assumere a tempo indeterminato i lavoratori in somministrazione, un elemento di differenziazione che merita di essere evidenziato dipende dal segmento di mercato in cui l'agenzia sceglie di operare.

Le agenzie per il lavoro che assumono a tempo indeterminato lavoratori in somministrazione operano, infatti, sia in segmenti di mercato caratterizzati da un sostanziale equilibrio tra domanda ed offerta, che in nicchie di mercato in cui invece esistono fenomeni di *skill shortage* e di carenza di professionalità, come ad esempio gli infermieri e gli operatori socio-sanitari¹⁶.

Le agenzie che operano in segmenti di mercato del lavoro non caratterizzati da particolari situazioni di *skill shortage* hanno come unico elemento di convenienza la lunga durata del contratto che assicura all'agenzia il raggiungimento di un introito sicuro per un lungo periodo di tempo. In questo segmento sono molto frequenti i contratti di *staff leasing* e i contratti di semplice somministrazione, con durate medie che solitamente superano i 12 mesi. In questo caso l'agenzia non deve sostenere significativi costi commerciali e di reclutamento e selezione.

In questi segmenti di mercato l'attività di ricollocazione, in caso di interruzione del rapporto agenzia - utilizzatore, è molto più complessa e difficile e non sono rari i licenziamenti.

Inoltre, le agenzie non sono in grado di garantirsi *mark up* superiori a quelli medi di mercato, anzi in alcuni casi gli utilizzatori sono in grado di spuntare prezzi competitivi.

¹⁵ VON HIPPEL, MANGUM S.L., GREENBERGER, HENEMAN, SKOGLIND, *op. cit.*

¹⁶ CICELLIN, CONSIGLIO, GALDIERO, *Does the employment contract make them different? Diversity management and identity of temporary agency nurses in the Italian healthcare*, Proceedings della 7th International Critical Management Studies Conference, Napoli, 11-13 luglio 2011, in www.organizzazione.unina.it/cms7.

Il segmento dello "skill shortage"

Le agenzie che operano, invece, in segmenti di mercato caratterizzati da fenomeni di *skill shortage* hanno la possibilità di praticare *mark up* più alti della media, poiché riescono a garantire al cliente utilizzatore la disponibilità di profili professionali rari e difficilmente reperibili. In questo caso succede spesso che, dopo un periodo concordato, i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato sono assunti dall'utilizzatore. In questo segmento si riscontra un problema opposto rispetto al precedente: l'agenzia, infatti, non ha problemi di ricollocazione dei lavoratori ma, al contrario, deve sviluppare strumenti finalizzati a trattenere per periodi più o meno lunghi i lavoratori stessi. Per garantire all'agenzia un ritorno sui costi di reclutamento e formazione, agenzia e utilizzatore fissano, infatti, periodi minimi di durata del contratto.

Gli operatori presenti in questi segmenti di mercato sono, inoltre, in grado di ridimensionare i rischi di pagare le indennità di disponibilità, in quanto, anche in presenza di eventuali difficoltà da parte dell'utilizzatore, sarà possibile ricollocare con facilità quello specifico profilo.

La capacità di presidiare questi segmenti, attraverso un'azione costante di reclutamento, selezione e formazione dei profili professionali carenti, consente all'agenzia di ridurre il numero di ordini non evasi. Nelle aree dove il mercato della somministrazione è più sviluppato (Lombardia, Veneto, Emilia Romagna e Piemonte) numerosi sono, infatti, gli ordini effettuati dalle imprese che le agenzie non sono in grado di evadere per mancanza di lavoratori.

La possibilità di poter disporre di un congruo numero di lavoratori a tempo indeterminato detentori di competenze e professionalità carenti consente alle agenzie di ridurre significativamente il numero di ordini non evasi dei clienti. La capacità da parte delle agenzie di venire incontro a tali richieste da parte della clientela ha un impatto molto positivo, sia sugli introiti, che sulla notorietà e affidabilità dell'agenzia.

Nei segmenti caratterizzati da *skill shortage* si riscontra una minore presenza di contratti di *staff leasing*; la possibilità di disporre di profili professionali di cui esiste carenza garantisce l'agenzia circa la collocabilità.

Una scelta di gestione delle transazioni di lavoro

Tra le motivazioni che possono spingere gli operatori del comparto ad assumere a tempo indeterminato i lavoratori in somministrazione è neces-

sario citare il caso di una agenzia per il lavoro italiana che ha in organico esclusivamente questa tipologia di lavoratori: la Manutencoop.

L'agenzia italiana, infatti, ha assunto con contratto di somministrazione a tempo indeterminato nuovi soci cooperatori da somministrare nelle società del gruppo o in società che collaborano in modo stabile con il gruppo.

7. La gestione dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato

I lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato rappresentano un segmento particolare tra i lavoratori gestiti da un'agenzia. L'eventuale incapacità di trovare un'adeguata collocazione a tale lavoratore comporta per l'agenzia un appesantimento sui costi dell'impresa.

Nel corso dell'indagine si è voluto indagare sulle modalità di gestione di questo particolare segmento di lavoratori per capire se le agenzie hanno intrapreso politiche di gestione del personale specifiche per questa particolare tipologia di lavoratori.

Dall'analisi emerge che al crescere del numero dei lavoratori assunti a tempo indeterminato aumenta la necessità di impostare una politica di gestione *ad hoc* per queste figure.

Molti sono gli operatori che di fatto hanno avviato programmi di gestione differenziati tra i lavoratori in somministrazione a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato, ancora pochi quelli che hanno formalizzato e strutturato questa forma di attività.

Il processo di reclutamento e selezione

Il reclutamento e la selezione rappresenta, per qualunque agenzia, una fase fondamentale del processo di erogazione del servizio¹⁷. La qualità delle persone selezionate e inviate in missione impatta in modo determinante sulla qualità del servizio offerto all'utilizzatore. Nella scelta dei lavoratori in somministrazione da assumere a tempo indeterminato, la fase di selezione assume una valenza assolutamente strategica. I rischi di un'errata selezione possono impattare in modo molto negativo sull'operatività dell'agenzia. La cura che solitamente si presta nel selezionare tali lavoratori è assimilabile a quella utilizzata nel caso di assunzione di propri dipendenti di struttura. La prima condizione che sollecita le agenzie all'assunzione a tempo indeter-

¹⁷ DE VITA, MERCURIO, *Flessibilità: parola d'ordine o categoria scientifica?*, in *Cuoa*, 2000, n. 2, pp. 12-13; CONSIGLIO, MOSCHERA, *op. cit.*, CONSIGLIO, *op. cit.*

minato è legata alle caratteristiche del profilo professionale del lavoratore. Tanto più esso è raro e richiesto, tanto maggiore sarà la propensione dell'agenzia a stipulare un contratto a tempo indeterminato.

Il mercato del lavoro italiano, soprattutto in alcune aree del paese, è già caratterizzato da situazioni di “*skill shortage*” in diversi comparti (operatori specializzati, professioni sanitarie, ICT, ecc.) e questo fenomeno, con il progressivo invecchiamento della popolazione ed il ridimensionamento dei giovani con meno di 34 anni, tenderà a crescere in modo esponenziale¹⁸.

Le agenzie che sapranno identificare e mappare, meglio delle altre, le future aree di sofferenza e che saranno capaci di attivare processi di reclutamento e fidelizzazione dei profili professionali rari e maggiormente richiesti, saranno le sole in grado di competere in segmenti di mercato molto interessanti e redditizi¹⁹.

Dall'indagine effettuata emerge, inoltre, che la stragrande maggioranza dei lavoratori assunti a tempo indeterminato ha alle spalle una significativa esperienza di somministrazione a tempo determinato con l'agenzia e, molto spesso, un lungo periodo di lavoro presso l'utilizzatore. In pratica si arriva all'assunzione dopo una fase di prova più o meno lunga realizzata sia nei confronti dell'agenzia che dell'utilizzatore.

La scelta di assumere a tempo indeterminato ricade quindi sui lavoratori che hanno mostrato serietà, spirito di servizio e capacità di venire incontro alle esigenze degli utilizzatori e rappresenta una modalità per fidelizzare i migliori lavoratori dell'agenzia. Numerose sono le agenzie italiane che hanno tra i propri lavoratori in somministrazione una percentuale, a volte non piccola, di persone che lavorano per l'agenzia più di 180-200 giorni l'anno. Per tali lavoratori il rischio di dover pagare indennità di disponibilità è molto limitato. In pratica, molte agenzie italiane hanno già a loro disposizione lavoratori che di fatto lavorano in modo continuativo.

L'assunzione a tempo indeterminato rappresenta, quindi, anche un modo per gratificare questi lavoratori e venire incontro alle esigenze delle persone alla ricerca di stabilità lavorativa.

Il processo di gestione delle performance

La gestione delle performance dei lavoratori in somministrazione è molto condizionata dalla capacità di gestione del referente gerarchico affe-

¹⁸ CONSIGLIO, *op. cit.*

¹⁹ CONSIGLIO, MOSCHERA, *op. cit.*

rente all'impresa utilizzatrice²⁰. Al crescere della durata della missione questo aspetto assume una maggiore rilevanza.

L'agenzia mette in atto una serie di azioni tese a monitorare le performance del lavoratore ma è l'utilizzatore che ha le leve per gestirlo e per valorizzare le sue competenze e capacità²¹. Da ciò deriva un'importanza cruciale alla doppia relazione gerarchica che i lavoratori in somministrazione costruiscono contemporaneamente con agenzia e impresa utilizzatrice²².

Anche sul fronte della gestione del tasso di assenteismo, ad esempio, la capacità di tenerlo sotto controllo è nelle mani del referente dell'impresa utilizzatrice e ciò implica che, molto frequentemente, il costo dell'assenteismo viene caricato sull'utilizzatore piuttosto che sull'agenzia.

Questo accordo, che è abbastanza consueto nel comparto, consente di ridimensionare uno dei fattori che potenzialmente potrebbe frenare l'incremento del numero di lavoratori assunti a tempo indeterminato. Il rischio che la raggiunta "sicurezza e stabilità" possa innescare in alcune di queste persone un effetto di riduzione dell'impegno e della produttività, viene trasferito al soggetto che ha maggiori strumenti per impedire che ciò accada.

Il processo di sviluppo e di motivazione (formazione e incentivi)

La gestione del processo di sviluppo e di motivazione dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato è uno degli aspetti più critici nella gestione di tali persone. La presenza di tali lavoratori all'interno dell'organico dell'agenzia e la consapevolezza che l'aggiornamento e la motivazione di questi impattano sulla loro produttività e collocabilità, impone alle agenzie un'attenzione maggiore rispetto a quella posta sui somministrati a tempo determinato. Al tempo stesso, però, la presenza di tali lavoratori all'interno di un'altra struttura organizzativa pone degli oggettivi vincoli alla gestione di tali problematiche.

La gestione della leva formativa, ad esempio, deve armonizzarsi, da un lato con le esigenze dell'utilizzatore e dall'altro con i tempi di lavoro del cliente.

²⁰ MANGUM G., MAYALL, NELSON, *The temporary help industry: A response to the dual internal labour market*, in *ILRR*, 1985, vol. 38, n. 4, pp. 599-611; DRUKER P., *They're not employees, they're people*, in *HBR*, February, pp. 70-77.

²¹ COHANY, *Workers in alternative employment arrangements*, in *MLR*, October, vol. 119, n. 10, pp. 31-45.

²² STANWORTH, DRUKER J., *op. cit.*

Ciò nonostante, dall'indagine svolta emerge che 8 delle 13 agenzie intervistate dichiara di aver sviluppato una politica formativa *ad hoc* per i lavoratori in somministrazione assunti a tempo indeterminato.

Anche la politica incentivante è molto delicata in quanto, se gestita autonomamente dall'agenzia, rischia di creare potenziali squilibri all'interno dell'impresa utilizzatrice tra il lavoratore in somministrazione e il lavoratore dipendente diretto. Tale circostanza spinge, quindi, a scelte di grande cautela da parte delle agenzie. Solo tre agenzie, sulle 13 intervistate, hanno dichiarato di avere una politica incentivante *ad hoc* per i somministrati a tempo indeterminato.

Le problematiche evidenziate mostrano quanto sia cruciale, per chi ha la responsabilità di gestire persone con questo tipo di contratto, impostare politiche di *human resource management* integrate tra agenzia e utilizzatore²³. Ciò è particolarmente necessario visto che, come è stato sottolineato in precedenza, il lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato opera prevalentemente presso un solo utilizzatore.

Il processo di gestione della ricollocazione

L'eventuale attività di ricollocazione rappresenta la chiave di volta del processo di gestione dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato. La capacità di ricollocare i lavoratori che terminano una missione rappresenta il banco di prova più importante per un'agenzia per il lavoro che ha scelto di assumere questa tipologia di lavoratori.

Soltanto le agenzie capaci di garantire, in tempi brevi, una nuova occupazione ad un lavoratore la cui missione è finita, possono operare con successo in questo segmento di mercato. Naturalmente la possibilità di ricollocare è fortemente condizionata dall'efficacia del processo di selezione, motivazione e sviluppo dei lavoratori.

Le agenzie in grado di ricollocare i propri lavoratori in somministrazione, oltre ad evitare i costi connessi all'indennità di disponibilità, sono in grado di esercitare un'influenza positiva sulla motivazione di tutti i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato. La consapevolezza che esiste un'organizzazione interessata a ridurre al massimo i tempi di non occupazione fa aumentare il loro senso di sicurezza.

²³ DRUKER J., *op. cit.*; KOENE, VAN RIEMSDIJK, *Managing temporary workers: work identity, diversity and operational HR choices*, in *HRMJ*, 2005, vol. 15, n. 1, pp. 76-92; CICELLIN, CONSIGLIO, GALDIERO, *op. cit.*

Le agenzie più strutturate per sviluppare questo tipo di attività ricorrono ai servizi di divisioni o di società specializzate in ricollocazione.

Laddove esiste un'oggettiva impossibilità di ricollocare il lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato e ottemperate le prescrizioni dell'articolo 23-*bis* del contratto, le agenzie hanno anche la possibilità di licenziare i lavoratori.

Tra le agenzie intervistate quasi tutte hanno alle spalle casi in cui sono state costrette a licenziare alcuni lavoratori in somministrazione. È necessario sottolineare che nei casi in cui le agenzie rispettano il dettato del contratto di lavoro, il lavoratore riesce a percepire per circa 10-12 mesi un'indennità di disponibilità e, una volta interrotto il rapporto di lavoro, possono accedere alle tutele pubbliche di chi è disoccupato (indennità di disoccupazione).

8. Considerazioni finali

L'analisi realizzata sui lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato evidenzia un fenomeno nuovo e poco indagato del mercato del lavoro italiano. Infatti, ancora pochi sono i lavoratori coinvolti da questa innovativa forma di impiego.

Secondo i responsabili delle agenzie, però, questo fenomeno è destinato a crescere ancora. Probabilmente perché è un caso di gioco a somma positiva: gli utilizzatori hanno la possibilità di disporre continuamente delle prestazioni di una stessa persona senza legarsi contrattualmente ad esso per motivi di carattere strategico (competenze *non core*) o di bilancio (blocco *turnover*); le agenzie sono in grado di garantirsi un introito per un periodo di tempo lungo; i lavoratori sono in grado di ottenere un contratto a tempo indeterminato, servizi di ricollocazione e indennità di disponibilità per almeno 12 mesi.

Eppure, dalle interviste fatte, ancora si segnala un certo scetticismo nei confronti di questa forma di impiego. I lavoratori la considerano ancora una forma di precarietà; non è un caso che i responsabili delle agenzie affermano che la proposta di stabilizzazione attraverso l'agenzia è vissuta con delusione dal lavoratore (che si aspetta la stabilizzazione dall'azienda utilizzatrice). Le persone ancora non percepiscono il vantaggio di avere alle spalle un'organizzazione che, in caso di scadenza del contratto con l'utilizzatore, ha tutto l'interesse a ricollocare il lavoratore in un'altra organizzazione. La crisi, però, ha fatto venire a galla casi in cui la chiusura di aziende

ha comportato il licenziamento e la disoccupazione dei dipendenti diretti degli utilizzatori e il ricollocamento per gli “interinali” a tempo indeterminato che operavano all’interno della stessa struttura.

L’ulteriore sviluppo di questo fenomeno è indubbiamente rallentato da una cultura conservatrice, molto sospettosa nei confronti di percorsi innovativi. Le resistenze più forti nei confronti di questa prospettiva vengono da una parte del sindacato, che vede in questa soluzione una stortura rispetto al modello di impiego tipico. Eppure, bisogna ricordare che, una parte consistente del sindacato, nelle fasi che hanno preceduto la nascita del Pacchetto Treu, ha fortemente spinto affinché le agenzie fossero costrette ad assumere i lavoratori esclusivamente a tempo indeterminato. È necessario sottolineare, però, che una parte delle resistenze a tale cambiamento vengono anche dai vertici e dal management delle agenzie che, abituate a lavorare in un certo modo (formazione dei lavoratori ad hoc, processi di reclutamento e selezione mirati, ecc.), guardano con sospetto a tale opzione²⁴. Le agenzie sono consapevoli, infatti, che l’assunzione a tempo indeterminato imporrebbe la definizione di percorsi di carriera e di formazione e di piani di sviluppo retributivo che le agenzie non sono ancora attrezzate ad affrontare, soprattutto in termini di competenze interne.

Nonostante queste difficoltà, le prospettive future riguardo il fenomeno della somministrazione a tempo indeterminato, secondo gli operatori del comparto, sono positive. Le agenzie oggetto di indagine hanno risposto in maniera quasi unanime che prevedono, nel medio periodo, di aumentare il numero dei lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato; si ritiene, infatti, che da tale strategia discendono risultati positivi soprattutto per determinati profili professionali molto richiesti dal mercato del lavoro.

Probabilmente, però, il fattore da cui maggiormente dipende questa prospettiva è legato alla volontà delle agenzie di percorrere questo scenario innovativo che richiede due nuove competenze fondamentali: la capacità di individuare segmenti del mercato del lavoro dove tale opzione può risultare vincente e la capacità di gestire in modo innovativo, “diverso” e in stretta sinergia con le imprese utilizzatrici lavoratori a tempo indeterminato.

Un’ulteriore implicazione che è possibile desumere dalle riflessioni fin qui esposte e dai risultati della ricerca, è il peso che assume (come variabile interveniente) la durata e la tipologia del rapporto che l’agenzia riesce ad

²⁴ Per approfondimenti si veda anche DE VITA, MERCURIO, TESTA (a cura di), *Organizzazione, Assetto e Meccanismi di Relazione*, Giappichelli, 2007.

instaurare con l'azienda cliente, nonché, come conseguenza, la dimensione stessa dell'azienda e quindi la quantità di lavoratori richiedibili. La letteratura organizzativa ha spesso analizzato l'opportunità della partnership di lunga durata tra agenzia e azienda cliente per una gestione congiunta dei lavoratori in somministrazione²⁵. Ciò permetterebbe senza dubbio di ridurre l'asimmetria informativa sul mercato del lavoro che si crea tra azienda e lavoratori, attraverso la costruzione di un rapporto fiduciario che rafforza il ruolo delle agenzie. La partnership di lungo periodo e l'*in-house* (ossia l'agenzia che entra materialmente all'interno dell'azienda cliente), già sviluppata da alcune APL, soprattutto in determinati settori e con aziende di grandi dimensioni che hanno un numero elevato di lavoratori in somministrazione, favorirebbe sicuramente la scelta strategica da parte delle APL di assumere lavoratori a tempo indeterminato.

Da questo punto di vista, sarà molto importante osservare con attenzione gli sviluppi del comparto per capire quali agenzie, poi di fatto, sceglieranno di perseguire questa scommessa e chi riuscirà a vincerla.

Abstract

Il dibattito sul tema della precarietà del lavoro continua ad essere fortemente condizionato da posizioni preconcepite e ideologiche. Un segnale di mutamento viene dalle agenzie per il lavoro italiane (APL) che hanno iniziato ad assumere lavoratori a tempo indeterminato. L'obiettivo di questo lavoro è di provare ad approfondire tale fenomeno. Sono circa 7.000 i lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato. L'analisi empirica realizzata evidenzia un fenomeno nuovo e poco indagato del mercato del lavoro italiano, ma destinato a crescere. Sarà dunque, molto importante osservare gli sviluppi del comparto per capire quali agenzie sceglieranno di perseguire questa scommessa e chi riuscirà a vincerla.

Debate on precarious work is still influenced by early and ideological ideas. An indication of change comes from the Italian Temporary Work Agencies (TWAs) starting to employ agency workers on a permanent basis. The main goal of this article is to deepen this trend. Today there are about 7.000 permanent agency workers. The empirical analysis carried out highlights a new phenomenon, little discussed in the Italian labour market, but expected to grow in the future. It is therefore important to follow future developments and next steps of the TWA sector, in order to understand how many agencies will engage in this challenge and which of them will prevail.

²⁵ E.g. KOENE, VAN RIEMSDIJK, *op. cit.*; MITLACHER, *op. cit.*

notizie sugli autori

Mariavittoria Cicellin

Assegnista di ricerca in Organizzazione Aziendale - Università di Napoli Federico II

Stefano Consiglio

Professore ordinario di Organizzazione Aziendale - Università di Napoli Federico II

Massimiliano Delfino

Professore associato di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II

Ombretta Dessì

Ricamatore di Diritto del lavoro - Università di Cagliari

Ornella La Tegola

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro - Università di Cassino

Roberto Romei

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma Tre

Raffaello Santagata

Ricamatore di Diritto del lavoro - Seconda Università di Napoli

Giuseppe Santoro Passarelli

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma La Sapienza

Rosario Santucci

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università del Sannio, Benevento

Antonio Viscomi

Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università Magna Græcia di Catanzaro

abbreviazioni

Normativa

ai	<i>accordo interconfederale</i>
ccnc	<i>contratto collettivo nazionale di comparto</i>
ccnl	<i>contratto collettivo nazionale di lavoro</i>
ccnq	<i>contratto collettivo nazionale quadro</i>
cod. civ.	<i>codice civile</i>
cod. pen.	<i>codice penale</i>
cod. proc. civ.	<i>codice di procedura civile</i>
cod. proc. pen.	<i>codice di procedura penale</i>
Cost.	<i>Costituzione</i>
d.d.l.	<i>disegno di legge</i>
d.g.r.	<i>delibera giunta regionale</i>
d.i.	<i>decreto interministeriale</i>
dir.	<i>direttiva della Comunità europea</i>
dir. P.C.M.	<i>direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.l.	<i>decreto legge</i>
d.lgs.	<i>decreto legislativo</i>
d.lgs.lgt.	<i>decreto legislativo luogotenenziale</i>
d.m.	<i>decreto ministeriale</i>
d.P.C.M.	<i>decreto Presidente del Consiglio dei Ministri</i>
d.P.R.	<i>decreto Presidente della Repubblica</i>
GU	<i>Gazzetta Ufficiale</i>
GUCE	<i>Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee</i>
GUE	<i>Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
l.	<i>legge</i>
l.cost.	<i>legge costituzionale</i>
l.d.	<i>legge delega</i>
l.p.	<i>legge provinciale</i>
l.r.	<i>legge regionale</i>
PL	<i>Public Law</i>
racc.	<i>raccomandazione della Comunità europea</i>
r.d.l.	<i>regio decreto legge</i>

reg.	<i>regolamento della Comunità europea</i>
St. lav.	<i>Statuto dei lavoratori</i>
Statutes	<i>Statutes at Large</i>
Supp.	<i>Supplement</i>
Tratt. CE	<i>Trattato delle Comunità europee</i>
t.u.	<i>testo unico</i>

Giurisprudenza e altre Autorità

Caa	<i>Cour administrative d'appel</i>
Cass.	<i>Cassazione</i>
Cass. Pen.	<i>Cassazione penale</i>
Cass. Sez. Un.	<i>Cassazione Sezioni Unite</i>
App.	<i>Corte d'Appello</i>
C. Conti	<i>Corte dei Conti</i>
C. Cost.	<i>Corte Costituzionale</i>
Comm. Gar.	<i>Commissione di Garanzia</i>
Cons. Giust. Amm. Sic.	<i>Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia</i>
Cons. St.	<i>Consiglio di Stato</i>
Cons. St., Ad. Plen.	<i>Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria</i>
C. Eur. Dir. Uomo	<i>Corte europea dei diritti dell'Uomo</i>
C. Giust.	<i>Corte di Giustizia delle Comunità europee</i>
Pret.	<i>Pretura</i>
Trib.	<i>Tribunale</i>
Ta	<i>Tribunal administratif</i>
Tar	<i>Tribunale amministrativo regionale</i>

Commentari, enciclopedie e trattati

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone

<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrazione
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations

<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de informaciòn sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	CNS-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio

<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEccl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTy</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations

<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS</i>	The European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EuLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GA Sicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore

<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature

<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTl</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&G</i>	Legge&Giustizia: www.legge-e-giustizia.it
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social

<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCCS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil

<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia CE
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile

<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECON WP</i>	RECON Online Working Papers, www.reconproject.eu
<i>REDT</i>	Rivista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>REVDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGLVeneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Publ.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali

<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelyke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica

SS	Sicurezza sociale
SU	Studi urbinati
TAR	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
TE	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
TG	Toscana giurisprudenza
TL	Temas Laborales
TP	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
UA	Urbanistica e appalti
UCLR	University of Chicago Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
VN	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
WD	World Development
WESoc.	Work, Employment and Society
WP	World Politics
WP C.S.D.L.E.	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <i>www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</i>
<i>WP Olympus</i>	I Working Paper di Olympus
WSIM	WSI - Mitteilungen
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
ZA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

indice dell'annata 2012

editoriale

- 229** MARIA VITTORIA BALLESTRERO
Habemus legem!
- 1** SERGE LATOUCHE
La crisi dell'Occidente e le risposte della decrescita
- 11** MARCO MUSELLA
Pensare diversamente la crescita: la teoria dello sviluppo umano
- 425** GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Crisi economica globale e valori fondanti del Diritto del lavoro

saggi

- 31** VINCENZO BAVARO
Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali
- 305** MARIO CERBONE
La legge n. 146/1990 nel prisma dell'effettività
- 59** MARIA CRISTINA CATAUDELLA
L'efficacia generale degli accordi aziendali e territoriali
- 465** MASSIMILIANO DELFINO
Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee
- 481** OMBRETTA DESSÌ
Federalismo, formazione e contratto di mestiere: è davvero una storia finita?
- 73** GABRIELE FRANZA
Coesistenza di contratti collettivi, libertà sindacale e diritto dei contratti
- 243** EDOARDO GHERA
Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)

- 263** PIETRO LAMBERTUCCI
Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav.
- 517** ORNELLA LA TEGOLA
Il contrasto all'assenteismo negli accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Melfi
- 93** LUCA MIRANDA
Gli accordi del Gruppo Fiat-Chrysler: verso un modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?
- 333** PAOLO PASSANITI
I trent'anni che sconvolsero il diritto di famiglia e del lavoro
- 19** GIANCARLO PERONE
Guardare all'attuale crisi e al futuro del sindacato con equilibrio e lungimiranza
- 115** ANTONIO RICCIO
Clausola di responsabilità e clausola di inscindibilità: previsioni, anomalie e suggestioni
- 543** RAFFAELLO SANTAGATA
Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco (Parte I)
- 287** PAOLA SARACINI
Contratto e legge dopo il caso FIAT: le nuove regole sindacali
- 441** ANTONIO VISCOMI
Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche

giurisprudenza

note e rassegne critiche

- 397** SILVIA CIUCCIOVINO, CARMEN AMATO
Trasformazione del contratto a termine illegittimo e mansioni: l'ultimo orientamento della Corte di Giustizia
(NOTA a Corte di Giustizia 8 marzo 2012, Causa C-251/11)
- 135** MARCO ESPOSITO, GAETANO NATULLO
I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia FIOM vs. FIAT

(NOTA a Trib. Bologna 27 marzo 2012, Trib. Napoli 12 aprile 2012, Trib. Lecce 12 aprile 2012, Trib. Torino 13 aprile 2012 - decreti)

373 GABRIELLA NICOSIA
La valutazione nelle amministrazioni pubbliche: oscurità normativa e delle prassi applicative (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)

361 ALESSANDRA PIOGGIA
La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo indipendente di valutazione (NOTA a Tar Campania 28 marzo 2012 n. 350)

565 ROBERTO ROMEI
Sciopero e responsabilità delle organizzazioni sindacali
(NOTA a Corte Appello di Roma, Sezione lavoro, 23 aprile 2012 n. 3685)

577 ROSARIO SANTUCCI
Relazioni sindacali, prerogative manageriali e posizioni organizzative nelle amministrazioni pubbliche
(NOTA a Trib. Ravenna 27 febbraio 2012)

osservatorio

597 STEFANO CONSIGLIO, MARIAVITTORIA CICELLIN
Lavoratori in somministrazione a tempo indeterminato: il punto di vista delle agenzie

151 MARIA DO ROSARIO PALMA RAMALHO
Concilier famille et travail pour les femmes et pour les hommes: normes et acquis européens

159 CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, MARIA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS
Il nuovo ruolo nell'intermediazione del lavoro nella crisi economica: le agenzie private di collocamento dopo la ley n. 35/2010

175 ANNA TROJSI, MARIO CERBONE, ALESSANDRO DI CASOLA, CLAUDIA MURENA
Diritto del lavoro e regionalismo in Italia: dalla riforma della Costituzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale

table of contents 2012

editorial

- 229** MARIA VITTORIA BALLESTRERO
Habemus legem!
- 1** SERGE LATOUCHE
The crisis of Western countries and the response of decreasing
- 11** MARCO MUSELLA
Thinking about growth differently: the theory of human development
- 425** GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
The global economic crisis and the basic values of Labour Law

articles

- 31** VINCENZO BAVARO
Trade union representation and representativeness in the evolution of the industrial relations system
- 305** MARIO CERBONE
Law on strikes in essential public services (no. 146/1990) and its effectiveness
- 59** MARIA CRISTINA CATAUDELLA
The universal applicability of firm-level and territorial collective agreements
- 465** MASSIMILIANO DELFINO
'Prossimità' collective agreements and derogation to EU provisions
- 481** OMBRETTA DESSÌ
Federalism, vocational training, and 'contratto di mestiere': is it really an ended story?
- 73** GABRIELE FRANZA
Coexistence of collective agreements, trade union freedom and contract law
- 243** EDOARDO GHERA
Entitlement for the right to strike, union truce or peace

- 263 PIETRO LAMBERTUCCI
Separate collective bargaining, union representatives in the workplace and illegitimacy of Article 19 of the Workers' Statute
- 517 ORNELLA LA TEGOLA
The struggle against absenteeism in Fiat collective agreements of Pomigliano, Mirafiori and Melfi
- 93 LUCA MIRANDA
The Fiat-Chrysler group agreements: towards a common model of jointly safety representation?
- 333 PAOLO PASSANITI
The thirty years that changed the historical plot of family law (and labour law)
- 19 GIANCARLO PERONE
Looking at the future of trade unionism in the crisis: a balanced approach
- 115 ANTONIO RICCIO
Liability clause and clause of inseparability: predictions, anomalies and suggestions
- 543 RAFFAELLO SANTAGATA
The recent legal debate on dismissal protection legislation in Germany (Part 1)
- 287 PAOLA SARACINI
Contract and the law after the Fiat case: the new trade union rules
- 441 ANTONIO VISCOMI
Private autonomy between social function and utility. A labour law perspective

cases

notes and critical reviews

- 397 SILVIA CIUCCIOVINO, CARMEN AMATO
Transformation of fixed term contract and duties: the last view of the Court of Justice (NOTE to Court of Justice 8 March 2012, Case C-251/11)
- 135 MARCO ESPOSITO, GAETANO NATULLO
The limits of the dialogue between trade union and legal orders in the shadow of the dispute FIOM vs FIAT (NOTE to Bologna 27 March 2012, Tribunal of Napoli 12 April 2012, Tribunal of Lecce 12 April 2012, Tribunal of Torino 13 April 2012 - decrees)

- 373** GABRIELLA NICOSIA
The evaluation of local government and the appointment of the evaluation independent organism
 (NOTE to Tar Campania 28 March 2012 no. 350)
- 361** ALESSANDRA PIOGGIA
The evaluation in public administration: law and practice application darkness
 (NOTE to Tar Campania 28 March 2012 no. 350)
- 565** ROBERTO ROMEI
Strike and union organisations' liability
 (NOTE to judgement of Corte d'Appello of Rome, Labour Branch, 23 April 2012 no. 3685)
- 577** ROSARIO SANTUCCI
Industrial relations, managerial prerogatives and "posizioni organizzative" in public administrations
 (NOTE to judgement of Tribunal of Ravenna 27 February 2012)
- observatory**
- 597** STEFANO CONSIGLIO, MARIAVITTORIA CICELLIN
Permanent agency workers: the point of view of the Temporary Work Agencies
- 151** MARIA DO ROSARIO PALMA RAMALHO
Conciliating family and work for women and men: legal provisions and the EU competence
- 159** CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, MARIA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS
The new role of job placement in economic crisis: the employment private agencies after law no. 35/2010
- 175** ANNA TROJSI, MARIO CERBONE, ALESSANDRO DI CASOLA, CLAUDIA MURENA
Labour law and regionalism in Italy: from the reform of the Constitution to case-law of the Constitutional Court

indice degli autori 2012 table of authors 2012

- CARMEN AMATO, 397
- MARIA VITTORIA BALLESTRERO 229
- VINCENZO BAVARO, 31
- MARIA CRISTINA CATAUDELLA, 59
- MARIO CERBONE, 175, 305
- MARIAVITTORIA CICELLIN, 597
- SILVIA CIUCCIOVINO, 397
- STEFANO CONSIGLIO, 597
- MASSIMILIANO DELFINO, 465
- OMBRETTA DESSÌ, 481
- ALESSANDRO DI CASOLA, 175
- MARCO ESPOSITO, 135
- MARIA BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS, 159
- GABRIELE FRANZA, 73
- EDOARDO GHERA, 243
- PIETRO LAMBERTUCCI, 263
- ORNELLA LA TEGOLA, 517
- SERGE LATOUCHE, 1
- LUCA MIRANDA, 93
- CLAUDIA MURENA, 175
- MARCO MUSELLA, 11
- GAETANO NATULLO, 135
- GABRIELLA NICOSIA, 373
- MARIA DO ROSARIO PALMA RAMALHO, 151
- PAOLO PASSANITI, 333
- GIANCARLO PERONE, 19
- ALESSANDRA PIOGGIA, 361
- ANTONIO RICCIO, 115
- ROBERTO ROMEI, 565
- CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, 159
- RAFFAELLO SANTAGATA, 543
- ROSARIO SANTUCCI, 577
- GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, 425
- PAOLA SARACINI, 287
- ANNA TROJSI, 175
- ANTONIO VISCOMI, 441

Finito di stampare
nel mese di marzo 2013
presso Arti Grafiche Solimene - Casoria (Napoli)

